

TENTACIONES ACADÉMICAS

Tomo I



MARIO CASTILLO FREYRE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1998

Tentaciones Académicas

La Reforma del Código Civil Peruano de 1984

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor de Obligaciones y Contratos
en la Pontificia Universidad Católica del Perú
y en la Universidad Femenina
del Sagrado Corazón

TENTACIONES ACADÉMICAS

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Tomo I



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1998

Primera edición: junio de 1998.

Cubierta: AVA Diseños.

Idea original: Jorge Málaga, Pilar Gallego Crespo y Mario Castillo Freyre.

Arte y fotografía: Pilar Gallego Crespo.

Tentaciones Académicas

La Reforma del Código Civil Peruano de 1984.

Tomo I

Copyright © 1998 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Telfs.: 460-0872 y 460-2291 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-113-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru.

A la Memoria de mi madre.

En esta obra expreso mis convicciones en contra de reformar integralmente el Código Civil Peruano de 1984.

Diversos puntos de vista resultan discrepantes con otros sostenidos por apreciados colegas. Es a ellos a quienes rindo homenaje con este libro, pues precisamente la pluralidad de criterios y diversidad de opiniones son garantía del progreso del Derecho Peruano.

Este es sólo un enfoque más sobre el tema, y con mis coincidencias y discrepancias expreso mi respeto y admiración al medio jurídico nacional y especialmente a todos quienes –en uno u otro sentido– han tomado posición al respecto.

Todos los documentos, como libros, artículos de revistas, periódicos, cartas, informes, discursos y otros que se citan a lo largo de esta obra son de carácter público o son documentos oficiales de la misma condición, por lo que su cita, comentario o difusión puede ejercerse con la más amplia libertad que otorgan la Constitución Política y las leyes del Perú.

CONTENIDO GENERAL

TOMO I

PROLOGO	29
NOTA DEL AUTOR	39
- El Código Civil de 1984. Una apreciación crítica	44

PRIMERA PARTE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

CAPITULO I	La idea de reformar orgánicamente el Código Civil de 1984	49
	- Discusión pública sobre la reforma del Código Civil	64
CAPITULO II	Mi posición frente al proceso de reforma al Código Civil Peruano	199
	a. El aspecto político e ideológico	203
	b. La Convención sobre los Derechos del Niño	204
	c. La reforma legislativa operada en el Derecho Procesal Civil	206
	d. La Ley General de Arbitraje	207

SEGUNDA PARTE MIS TENTACIONES ACADEMICAS

CAPITULO UNICO		
	Mis tentaciones y pecados académicos	211
	- Cuestiones preliminares. ¿Cómo debería ser y cuánto debería permanecer en vigencia un Código Civil?	213

a. Un Código Civil debe tener una adecuada sistemática	213
b. Un Código Civil debe ser un cuerpo legal serio, en el sentido de recoger y responder a necesidades reales de la sociedad, y no a las ficciones o tentaciones académicas de los hombres de Derecho	214
c. Un Código Civil no debe incorporar -inmediatamente- dentro de sus normas todos los cambios coyunturales derivados del avance de la ciencia	214
d. Un Código Civil -en lo posible- no debe incorporar dentro de sus normas cambios coyunturales derivados de situaciones políticas o de gobierno.....	214
e. La sociedad en general y el medio jurídico, en particular, no deben identificar al Derecho con la legislación, ni al Derecho Civil con el Código Civil. Deben revaluarse las otras tres fuentes del Derecho: la Doctrina, la Jurisprudencia y la Costumbre	214
f. Un Código Civil debe valorar, de modo considerable, a la fidelidad y a la buena fe.....	214
g. Un Código Civil debe moralizar y educar a la sociedad	214
h. Los magistrados deberían aplicar creativa e imaginativamente el Código Civil y las demás normas legales.....	214
i. En todo caso, sólo debe precisarse o modificarse aquello que resulte absoluta o totalmente incompatible con el desarrollo de la sociedad	214
j. Cualquier modificación integral al Código Civil debe hacerse en épocas de estabilidad política, social y económica	215
k. La prisa es el peor enemigo del buen resultado de cualquier reforma (y, en general, de cualquier obra humana).....	215
- Las reglas del juego de las Tentaciones Académicas	215

a. Procuro tratar sobre lo esencial, no acerca de lo accesorio	215
b. El juego de las tentaciones académicas que nos han vencido y aquellas que han sido vencidas por nosotros	218
c. El problema de las expresiones usuales en Derecho, que no son técnicamente correctas	220
d. El caso de las palabras empleadas en el Código Civil que no existen en la Lengua Española	221
e. La numeración de nuestras modificaciones al Código Civil	221
f. El problema de las definiciones	222
g. El problema de las sumillas	222
h. El problema de lo exótico	222
i. En cuanto a los artículos que sólo numeramos	223
j. Tentación y fundamento	223

ALGUNAS IDEAS PUNTUALES SOBRE UN EVENTUAL PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

TITULO PRELIMINAR 225

LIBRO I DERECHO DE LAS PERSONAS

SECCION PRIMERA Personas naturales

TITULO I	Principio de la persona	233
TITULO II	Derechos de la persona	234
TITULO III	Nombre	256
TITULO IV	Domicilio	260
TITULO V	Capacidad e incapacidad de ejercicio	261
TITULO VI	Ausencia	262
	CAPITULO PRIMERO Desaparición	262
	CAPITULO SEGUNDO Declaración de ausencia	263
TITULO VII	Fin de la persona	266

CAPITULO PRIMERO	Muerte	266
CAPITULO SEGUNDO	Declaración de muerte presunta	268
CAPITULO TERCERO	Reconocimiento de existencia	269
TITULO VIII	Registros del estado civil	270

SECCION SEGUNDA

Personas jurídicas

TITULO I	Disposiciones generales	271
TITULO II	Asociación	272
TITULO III	Fundación	277
TITULO IV	Comité	284

SECCION TERCERA

Asociación, fundación y comité no inscritos

TITULO I	Asociación	287
TITULO II	Fundación	288
TITULO III	Comité	289

SECCION CUARTA

Comunidades campesinas y nativas

TITULO UNICO	Disposiciones generales	291

LIBRO II

ACTO JURIDICO

TITULO I	Disposiciones generales	293
TITULO II	Formalidad del acto jurídico	295
TITULO III	Representación	296
TITULO IV	Interpretación del acto jurídico	305
TITULO V	Modalidades del acto jurídico	306
TITULO VI	Simulación del acto jurídico	315
TITULO VII	Fraude del acto jurídico	317
TITULO VIII	Vicios de la voluntad	319
TITULO IX	Nulidad del acto jurídico	325
TITULO X	Confirmación del acto jurídico	333

LIBRO III **DERECHO DE FAMILIA**

SECCION PRIMERA	
Disposiciones generales	337

SECCION SEGUNDA Sociedad conyugal

TITULO I	El matrimonio como acto	342
	CAPITULO PRIMERO Esponsales	342
	CAPITULO SEGUNDO Impedimentos	343
	CAPITULO TERCERO Celebración del matrimonio	349
	CAPITULO CUARTO Prueba del matrimonio	354
	CAPITULO QUINTO Invalidez del matrimonio	354
TITULO II	Relaciones personales entre los cónyuges ...	360
	CAPITULO UNICO Deberes y derechos que nacen del matrimonio	360
TITULO III	Régimen patrimonial	361
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones generales	361
	CAPITULO SEGUNDO Sociedad de ganancias	362
	CAPITULO TERCERO Separación de patrimonios	369
TITULO IV	Decaimiento y disolución del vínculo	370
	CAPITULO PRIMERO Separación de cuerpos	370
	CAPITULO SEGUNDO Divorcio	411

SECCION TERCERA Sociedad paterno-filial

TITULO I	Filiación	414
	CAPITULO PRIMERO Hijos matrimoniales	414
	CAPITULO SEGUNDO Adopción	419
TITULO II	Filiación extramatrimonial	427
	CAPITULO PRIMERO Reconocimiento de	

	los hijos extra- matrimoniales	427
	CAPITULO SEGUNDO Declaración judi- cial de filiación ex- tramatrimonial	431
	CAPITULO TERCERO Hijos alimentistas ..	435
TITULO III	Patria potestad	436
	CAPITULO UNICO Ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad	436

SECCION CUARTA

Amparo familiar

TITULO I	Alimentos y bienes de familia	450
	CAPITULO PRIMERO Alimentos	450
	CAPITULO SEGUNDO Patrimonio familiar	455
TITULO II	Instituciones supletorias de amparo	458
	CAPITULO PRIMERO Tutela	458
	CAPITULO SEGUNDO Curatela	469
	CAPITULO TERCERO Consejo de familia..	476

LIBRO IV

DERECHO DE SUCESIONES

SECCION PRIMERA

Sucesión en general

TITULO I	Trasmisión sucesoria	487
TITULO II	Petición de herencia	491
TITULO III	Indignidad	492
TITULO IV	Aceptación y renuncia de la herencia	496
TITULO V	Representación	502

SECCION SEGUNDA

Sucesión testamentaria

TITULO I	Disposiciones generales	506
TITULO II	Formalidades de los testamentos	510
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones co- munes	510

CAPITULO SEGUNDO	Testamento por escritura pública	512
CAPITULO TERCERO	Testamento cerrado	514
CAPITULO CUARTO	Impedimentos del notario y de los testigos testamentarios	516
CAPITULO QUINTO	Testamento ológrafo	518
CAPITULO SEXTO	Testamento militar	522
CAPITULO SEPTIMO	Testamento de los navegantes	525
CAPITULO OCTAVO	Testamentos otorgados en el extranjero	529
TITULO III	La legítima y la porción disponible	530
TITULO IV	Institución de herederos y legatarios	537
TITULO V	Desheredación	539
TITULO VI	Legados	542
TITULO VII	Derecho de acrecer	548
TITULO VIII	Albaceas	549
TITULO IX	Revocación, caducidad y nulidad de los testamentos	553
CAPITULO PRIMERO	Revocación	553
CAPITULO SEGUNDO	Caducidad	556
CAPITULO TERCERO	Nulidad	557

SECCION TERCERA

Sucesión intestada

TITULO I	Disposiciones generales	559
TITULO II	Sucesión de los descendientes	560
TITULO III	Sucesión de los ascendientes	561
TITULO IV	Sucesión del cónyuge	561
TITULO V	Sucesión de los parientes colaterales	564
TITULO VI	Sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas	564

SECCION CUARTA

Masa hereditaria

TITULO I	Colación	564
TITULO II	Indivisión y partición	570

	CAPITULO PRIMERO	Indivisión	570
	CAPITULO SEGUNDO	Partición	571
TITULO III		Cargas y deudas de la herencia	576
	CAPITULO PRIMERO	Cargas	576
	CAPITULO SEGUNDO	Deudas	578

TOMO II

LIBRO V DERECHOS REALES

	SECCION PRIMERA	
	Disposiciones generales	601

SECCION SEGUNDA Bienes

TITULO I	Clases de bienes	605
TITULO II	Partes integrantes y accesorios	611
TITULO III	Frutos y productos	612

SECCION TERCERA Derechos reales principales

TITULO I	Posesión	614
	CAPITULO PRIMERO	Disposiciones generales
		614
	CAPITULO SEGUNDO	Adquisición y conservación de la posesión
		615
	CAPITULO TERCERO	Clases de posesión y sus efectos
		618
	CAPITULO CUARTO	Presunciones legales
		620
	CAPITULO QUINTO	Mejoras
		621
	CAPITULO SEXTO	Defensa posesoria ..
		623
	CAPITULO SEPTIMO	Pérdida de la posesión
		624
TITULO II	Propiedad	624
	CAPITULO PRIMERO	Disposiciones generales
		624

	CAPITULO SEGUNDO	Adquisición de la propiedad.....	633
	SUB-CAPITULO I	Apropiación.....	633
	SUB-CAPITULO II	Especificación y mezcla.....	636
	SUB-CAPITULO III	Accesión.....	637
	SUB-CAPITULO IV	Trasmisión de la propiedad.....	638
	SUB-CAPITULO V	Prescripción adquisitiva.....	643
	CAPITULO TERCERO	Propiedad predial...	645
	SUB-CAPITULO I	Disposiciones generales.....	645
	SUB-CAPITULO II	Limitaciones por razón de vecindad..	659
	SUB-CAPITULO III	Derechos del propietario.....	660
	CAPITULO CUARTO	Maneras en que acaba la propiedad.	660
	CAPITULO QUINTO	Copropiedad.....	662
	SUB-CAPITULO I	Disposiciones generales.....	662
	SUB-CAPITULO II	Derechos y obligaciones de los copropietarios.....	663
	SUB-CAPITULO III	Partición.....	667
	SUB-CAPITULO IV	Terminación de la copropiedad.....	669
	SUB-CAPITULO V	Pacto de indivisión.	670
	SUB-CAPITULO VI	Medianería.....	670
TITULO III	Usufructo.....		673
	CAPITULO PRIMERO	Disposiciones generales.....	673
	CAPITULO SEGUNDO	Deberes y derechos del usufructuario...	675
	CAPITULO TERCERO	Cuasiusufructo.....	678
	CAPITULO CUARTO	Terminación y modificación del usufructo.....	679
TITULO IV	Uso y habitación.....		680
TITULO V	Superficie.....		681
TITULO VI	Servidumbres.....		683

SECCION CUARTA

Derechos reales de garantía

TITULO I	Prenda	686
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones ge- nerales	686
	CAPITULO SEGUNDO Derechos y obliga- ciones	692
	CAPITULO TERCERO Prenda sobre crédi- tos, títulos valores y dinero	697
	CAPITULO CUARTO Extinción de la prenda	697
TITULO II	Anticresis	698
TITULO III	Hipoteca	699
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones ge- nerales	699
	CAPITULO SEGUNDO Rango de las hipo- otecas	705
	CAPITULO TERCERO Reducción de la hi- poteca	706
	CAPITULO CUARTO Efectos de la hipo- teca frente a terce- ros	706
	CAPITULO QUINTO Hipotecas legales ...	707
	CAPITULO SEXTO Extinción de la hi- poteca	708
TITULO IV	Derecho de retención	708
TITULO V	De los privilegios	710

LIBRO VI

LAS OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

	Las obligaciones y sus modalidades	715
TITULO I	Obligaciones de dar	715
TITULO II	Obligaciones de hacer	726
TITULO III	Obligaciones de no hacer	728
TITULO IV	Obligaciones alternativas y facultativas	729
TITULO V	Obligaciones divisibles e indivisibles	736
TITULO VI	Obligaciones mancomunadas y solidarias...	738

TITULO VII	Reconocimiento de las obligaciones	745
TITULO VIII	Trasmisión de las obligaciones	746
CAPITULO UNICO	Cesión de derechos	746

SECCION SEGUNDA

Efectos de las obligaciones

TITULO I	Disposiciones generales	749
TITULO II	Pago.....	750
CAPITULO PRIMERO	Disposiciones ge- nerales	750
CAPITULO SEGUNDO	Pago de intereses ...	754
CAPITULO TERCERO	Pago por consigna- ción.....	755
CAPITULO CUARTO	Imputación del pago.....	777
CAPITULO QUINTO	Pago con subroga- ción.....	779
CAPITULO SEXTO	Dación en pago	782
CAPITULO SEPTIMO	Pago indebido	783
TITULO III	Novación	789
TITULO IV	Compensación	791
TITULO V	Condonación	792
TITULO VI	Consolidación	794
TITULO VII	Transacción	794
TITULO VIII	Mutuo disenso	797
TITULO IX	Inejecución de obligaciones.....	797
CAPITULO PRIMERO	Disposiciones ge- nerales	797
CAPITULO SEGUNDO	Mora	801
CAPITULO TERCERO	Obligaciones con cláusula penal	802

LIBRO VII

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

Contratos en general

TITULO I	Disposiciones generales	805
TITULO II	El consentimiento	821

TITULO III	Objeto del contrato	836
TITULO IV	Forma del contrato	849
TITULO V	Contratos preparatorios	850
TITULO VI	Contratos con prestaciones recíprocas y autónomas	854
TITULO VII	Cesión de posición contractual	857
TITULO VIII	Excesiva onerosidad de la prestación	858
TITULO IX	Lesión	861
TITULO X	Contrato en favor de tercero	873
TITULO XI	Promesa de la obligación o del hecho de un tercero	878
TITULO XII	Cláusula de persona a nombrar	879
TITULO XIII	Arras confirmatorias	880
TITULO XIV	Arras de retractación	882
TITULO XV	Obligaciones de saneamiento	884
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones generales	884
	CAPITULO SEGUNDO Saneamiento por evicción	886
	CAPITULO TERCERO Saneamiento por vicios ocultos	891
	CAPITULO CUARTO Saneamiento por hecho propio del transferente	896

SECCION SEGUNDA

Contratos típicos

TITULO I	Compraventa	897
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones generales	897
	CAPITULO SEGUNDO El bien materia de la venta	899
	CAPITULO TERCERO El precio	911
	CAPITULO CUARTO Obligaciones del vendedor	916
	CAPITULO QUINTO Obligaciones del comprador	920
	CAPITULO SEXTO Transferencia del riesgo	934
	CAPITULO SEPTIMO Venta a satisfacción del compra-	

	dor, a prueba y sobre muestra	948
	CAPITULO OCTAVO	Compraventa sobre medida y en bloque
	CAPITULO NOVENO	Compraventa sobre documentos
	CAPITULO DECIMO	Pactos que pueden integrar la compraventa
		963
	SUB-CAPITULO I	Disposición general
	SUB-CAPITULO II	Pacto con reserva de propiedad
		964
	SUB-CAPITULO III	Pacto de retroventa
	CAPITULO DECIMO PRIMERO	Derechos de preferencia y retracto
		973
TITULO II	Permuta	977
TITULO III	Suministro	977
TITULO IV	Donación	986
TITULO V	Mutuo	998
TITULO VI	Arrendamiento	1002
	CAPITULO PRIMERO	Disposiciones generales
		1002
	CAPITULO SEGUNDO	Obligaciones del arrendador
		1005
	CAPITULO TERCERO	Obligaciones del arrendatario
		1005
	CAPITULO CUARTO	Duración del arrendamiento
		1007
	CAPITULO QUINTO	Subarrendamiento y cesión de la posición contractual de arrendatario
		1009
	CAPITULO SEXTO	Resolución del arrendamiento
		1010
	CAPITULO SEPTIMO	Conclusión del arrendamiento
		1012
TITULO VII	Hospedaje	1016
TITULO VIII	Comodato	1018
TITULO IX	Prestación de servicios	1026
	CAPITULO PRIMERO	Disposiciones generales
		1026

	CAPITULO SEGUNDO	Locación de servicios	1028
	CAPITULO TERCERO	Contrato de obra....	1029
	CAPITULO CUARTO	Mandato.....	1033
	SUB-CAPITULO I	Disposiciones generales	1033
	SUB-CAPITULO II	Obligaciones del mandatario	1034
	SUB-CAPITULO III	Obligaciones del mandante.....	1034
	SUB-CAPITULO IV	Extinción del mandato	1036
	SUB-CAPITULO V	Mandato con representación	1037
	SUB-CAPITULO VI	Mandato sin representación	1038
	CAPITULO QUINTO	Depósito.....	1038
	SUB-CAPITULO I	Depósito voluntario	1038
	SUB-CAPITULO II	Depósito necesario .	1047
	CAPITULO SEXTO	Secuestro	1048
TITULO X	Fianza.....		1050
TITULO XI	Cláusula compromisoria y compromiso arbitral		1063
	CAPITULO PRIMERO	Cláusula compromisoria.....	1063
	CAPITULO SEGUNDO	Compromiso arbitral.....	1063
TITULO XII	Renta vitalicia		1065
TITULO XIII	Juego y apuesta		1069
	SECCION TERCERA		
	Gestión de negocios		1072
	SECCION CUARTA		
	Enriquecimiento sin causa		1073
	SECCION QUINTA		
	Promesa unilateral		1073
	SECCION SEXTA		
	Responsabilidad extracontractual		1075

LIBRO VIII
PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

TITULO I	Prescripción extintiva	1079
TITULO II	Caducidad	1081

LIBRO IX
REGISTROS PUBLICOS

TITULO I	Disposiciones generales	1083
TITULO II	Registro de la propiedad inmueble.....	1086
TITULO III	Registro de personas jurídicas	1087
TITULO IV	Registro personal	1087
TITULO V	Registro de mandatos y poderes	1088
TITULO VI	Registro de testamentos	1088
TITULO VII	Registro de sucesiones intestadas.....	1088
TITULO VIII	Registro de bienes muebles	1089

LIBRO X
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TITULO I	Disposiciones generales	1091
TITULO II	Competencia jurisdiccional	1092
TITULO III	Ley aplicable	1093
TITULO IV	Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros	1096

TITULO FINAL

CAPITULO PRIMERO	Disposiciones finales	1099
CAPITULO SEGUNDO	Disposiciones transitorias	1099
CONCLUSIONES		1101
BIBLIOGRAFIA		1107

CODIGO CIVIL DE 1984
TEXTO ORIGINAL. NORMAS MODIFICATORIAS
Y COMPLEMENTARIAS

(Del 24 de julio de 1984 al 30 de abril de 1998)

PROLOGO

Un Código Civil debe tener permanencia. Esta necesidad es exigida no sólo por elementales principios de seguridad jurídica, sino porque él requiere decantarse mediante su estudio, divulgación e interpretación, lo cual sólo se logra a través del transcurso del tiempo.

Se trata, en definitiva, que un Código Civil se consolide, a través de la interpretación de sus normas, con una jurisprudencia firme y uniforme; que los civilistas proyecten su pensamiento acerca del Código, mediante artículos especializados, manuales o tratados; que sus preceptos —y la razón de ser de ellos— sean conocidos no sólo por los estudiantes de las Facultades de Derecho, formados con el nuevo Código, sino por los magistrados y abogados que se forjaron con el Código que lo antecedió.

Es verdad que en el caso del Perú, tanto el Proyecto de Código Civil de 1984, como el propio Código, tuvieron y tienen con las restricciones propias de materias a menudo complejas, singular difusión. Frondosa literatura jurídica, conferencias nacionales e internacionales, empeño de los juristas dedicados al estudio del Derecho Civil, han determinado una cierta divulgación, durante los últimos 20 años, del Código que hoy nos rige y que abrogó al del año 1936.

Pero falta mucho camino por recorrer. Algunos libros del Código no se han abordado ni siquiera tangencialmente. La jurisprudencia, por el breve lapso —en términos relativos— transcurrido desde su promulgación, carece aún de riqueza conceptual.

A principios de la década del noventa, cuando el Código Ci-

vil de 1984 tenía a duras penas siete u ocho años de vigencia, surge una corriente liderada por distinguidos juristas, fundamentalmente maestros universitarios, destinada a revisarlo. La idea original –y fui testigo de ello– era la de proponer tan sólo aquellas modificaciones que se consideraran indispensables. Se advirtió –y también fui testigo de ello– del riesgo que conllevaba tal misión, por la natural proclividad de redactar un nuevo Código o, en todo caso, de introducir modificaciones de tal naturaleza que sólo quedarán del Código de 1984 algunas normas y el año en que se promulgó.

Y era lógico que esto último ocurriera, porque los profesores universitarios mantenemos a menudo tesis críticas respecto a instituciones que académicamente podemos considerar objetables, pero que, sin embargo, operan con singular fluidez en la vida social y económica del país. Quienes ejercemos cátedra solemos incurrir en «tentaciones académicas», coincidentes con el título de la obra de Mario Castillo Freyre que tengo el honor de prologar.

Esos estudios sobre el Código Civil de 1984, efectuados por grupos de trabajo que integraron distinguidos profesores, determinó primero, en noviembre del año 1994, la dación de la Ley N° 26394, y luego, en el mes de octubre de 1996, la promulgación de la Ley N° 26673, modificatoria de la anterior, en virtud de las cuales se ha constituido una Comisión Reformadora, actualmente en plena labor, destinada a variar numerosos preceptos del Código vigente.

¿Cuáles serán los frutos de esta Comisión? No se sabe. Tan sólo se tiene conocimiento que en la fecha en que se escriben estas notas se ha modificado sustancialmente el Título Preliminar y se ha iniciado una reforma, también sustancial, del Libro I sobre el Derecho de las Personas.

No obstante ser ese el riguroso rumbo que hasta el momento ha adoptado la Comisión Reformadora, se desconoce si continuará en ese empeño, o si, por el contrario, en el futuro sólo introducirá los cambios que considere fundamentales. Y este desconocimiento, que causa un cierto desconcierto y desasosiego, obedece a que en la primera parte de la obra de Mario Castillo Freyre, aparecen con frecuencia opiniones disímiles y a menudo contradictorias, respecto a los trabajos en los que se encuentra

abocada la Comisión. Me atrevo a afirmar que entre los propios miembros de la Comisión de Reforma no existen criterios unívocos sobre las metas a alcanzar.

No aspiro a defender la estructura básica del Código Civil de 1984 en razón del inmerecido honor que tuve al presidir la Comisión que se encargó de redactarlo. Lo hago porque es un buen cuerpo normativo de las relaciones jurídicas civiles, y porque paradójicamente, aunque tenga detractores peruanos, así se ha reconocido por las voces insistentes de juristas europeos y americanos en foros internacionales realizados en nuestro país y en el extranjero.

Me provocaría invitar, aunque desde luego que no lo hago, a que se señalen cuáles son los preceptos del Código Civil de 1984 que han entorpecido el desarrollo social y económico del Perú desde la fecha de su promulgación. Lo he dicho en otro foro, y lo repito ahora, que durante los últimos años ha existido en el Perú una enorme afluencia de capital nacional y extranjero en numerosas actividades económicas, y que el Código Civil de 1984 no ha constituido obstáculo para ello. Y si alguna de sus normas pudiera haber retraído en determinadas oportunidades el fomento de proyectos de inversión, pues simplemente se han debido aplicar las leyes de mayor jerarquía, esto es las constitucionales, o variarse las reglas del Código que pudieran haber enervado algún principio de la libre contratación, dentro de un marco social que necesariamente debe presidirlo.

El Código Civil de 1984 no ha sido fruto de la improvisación. He dicho en forma reiterada, y ello debe estar muy vivo en el recuerdo de numerosos colegas, que el Proyecto tuvo difusión plena a través de los medios de comunicación, particularmente del diario oficial «El Peruano», y que sus autores comparecimos ante toda clase de foros, llámense Poder Judicial, Universidades, Colegios de Abogados y, en general, numerosas instituciones, cuyas valiosas sugerencias fueron incorporadas al Proyecto.

Además, luego de presentado el Proyecto de Código Civil en el mes de julio de 1981, una Comisión Revisora, integrada por distinguidos parlamentarios y juristas, se dedicó, con enorme entrega, a revisarlo y mejorarlo, coordinando sus trabajos con los autores del Proyecto.

Se aduce, como uno de los argumentos determinantes para expedir una severa Ley de Enmiendas, el acelerado avance de la tecnología. La tecnología, en efecto, evoluciona prácticamente de día en día. Pero ello no significa, en modo alguno, que un Código Civil deba ser modificado, por tal razón, de día en día. Los Códigos Civiles suelen contener normas genéricas, no son reglamentos, y sus preceptos son perfectamente adaptables a las evoluciones tecnológicas. Se trata, simplemente, de interpretarlos. Tuve oportunidad de citar en un trabajo anterior al ilustre Manuel Augusto Olaechea, artífice del Código Civil peruano de 1936, quien manifestaba, citando a su turno a Baudry-Lacantinerie, que el hecho de no legislar una institución no implicaba prohibirla, y que una codificación no suprime ni detiene el progreso jurídico, excluyendo las nuevas concepciones de la ciencia que responden a necesidades efectivas.

Dije en aquella oportunidad que así lo habían entendido los gobiernos y los juristas de países desarrollados en materia civil, al preservar sus codificaciones, introduciendo paulatinamente y con prudencia, de tiempo en tiempo, los cambios que juzgaban indispensables. Afirmaba que prueba de ello, por citar tan sólo cinco casos de países europeos que se encuentran a la vanguardia del Derecho Civil, es que aún subsisten, con vigorosa vigencia, los Códigos francés de 1804, español de 1889, alemán de 1900, suizo de 1911 e italiano de 1942. Y, en el caso de la América Latina, citaba solamente dos cuerpos civiles que corresponden, en opinión mía, a los dos países en que el Derecho Civil ha cobrado el mayor auge. Me refería al Código argentino de 1871, objeto de una importante pero adecuada Ley de Enmiendas dictada en el año 1968, y al Código brasileño de 1916.

Se ha expresado, en fin, que el Código Civil de 1984 es «anacrónico» y «obsoleto». ¿Por qué? Se desconoce. Se trata de simples generalizaciones sin sustento alguno. De ser ciertas esas premisas todos los Códigos Civiles del mundo, sin excepción, serían anacrónicos y obsoletos, porque ellos tienen patrones universales y, con frecuencia, normas similares para regir sus instituciones. Si de lo que se trata, mediante esas afirmaciones, es de destruir el Derecho Civil codificado, ello tan sólo nos conduciría al caos y a la anarquía.

Y se ha propuesto, en blanco y negro, regresar al Código Civil de 1936, y verbalmente, pues soy testigo de ello, alguien

ha promovido la idea de que volviera a regir el Código de 1852. Respeto los afectos filiales y familiares, pero no comparto tales proposiciones.

En suma, y recapitulando, podría ser imprudente, cuando se carece de una jurisprudencia sólida y de un estudio riguroso del Código Civil, ingresar a una reforma inmediata, integral y de fondo, pues se corre el riesgo de que él pierda su homogeneidad, articulación y sistemática.

Estos conceptos preliminares, vinculados a la obra que prologo, tienen el propósito de revelar mi visión sobre el tratamiento que merece un Código Civil moderno, nuestra ley civil de 1984.

Mario Castillo Freyre comparte totalmente las afirmaciones que anteceden. Y lo puede hacer con mayor libertad, pues no tuvo participación alguna en la redacción del Código Civil de 1984, año en que —precisamente— comenzaba sus estudios de Derecho.

En el monumental trabajo preparado por Mario Castillo Freyre, mi amigo, mi discípulo en los claustros de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hoy distinguido jurista y maestro universitario y coautor, con quien escribe estas líneas, del Tratado de las Obligaciones, se opone tajantemente al enfoque con el que se está plasmando la reforma hoy en marcha.

Con pulcritud digna del mayor encomio, dedica la primera parte de su obra a transcribir numerosos documentos, recolectados con singular diligencia, tales como las Actas de la Comisión de Reforma, publicaciones oficiales, notas con opiniones intercambiadas entre los miembros de la Comisión, artículos periodísticos y entrevistas y textos especializados, por mencionar algunos de los documentos a los que alude.

Y para ello no incurre en infidencia alguna, porque toda esa frondosa documentación ha sido, en una forma u otra, divulgada para el conocimiento público.

De su lectura se desprenden las marchas y contramarchas que suscita la reforma, las opiniones acerca de sus alcances, a

menudo discrepantes, de los distinguidos miembros que conforman la Comisión y una cronología sobre el avance y conclusión de los trabajos totalmente alejada de la realidad.

Revisando estos textos se advierte que en alguna oportunidad se expresó que los proyectos de las Subcomisiones estarían concluidos indefectiblemente el 31 de marzo de 1997 y que el Proyecto de Reforma estaría finalizado, también indefectiblemente, por el pleno de la Comisión, en el mes de noviembre del mismo año.

El 12 de marzo de 1997 se afirmó que la Comisión de Reforma había culminado la revisión del 80% del Proyecto, quedando sólo dos libros pendientes. Días después el Congreso de la República divulgó la noticia de que habían finalizado los trabajos de la Comisión.

Y así numerosas notas periodísticas con previsiones desfazadas.

Hay pues dos interrogantes no respondidas. La primera, conocer los alcances de la obra emprendida por la Comisión de Reforma. Y luego, saber cómo evolucionarán tales trabajos.

Hoy es un hecho público y notorio que las Subcomisiones están lejos de finalizar la obra que se les ha encomendado y que la Comisión de Reforma sólo ha aprobado algunos artículos del Código.

La segunda parte del trabajo de Mario Castillo Freyre es el que reviste, desde mi óptica, singular valor académico.

En el primer tramo de esta parte, el autor revela su pensamiento acerca de una eventual reforma sustancial y se opone rotundamente a ella. Esto no constituye una novedad. Mario Castillo Freyre no sólo renunció a su designación como asesor de la Comisión de Reforma inmediatamente después de nombrado, sino ha manifestado, privada y públicamente, en forma invariable, su rechazo a esa corriente.

En la segunda porción, el autor incurre en una aparente paradoja. Vencido por sus «tentaciones académicas», formula un

Proyecto de Código Civil en el que «juega», sobre la base del Código vigente, con numerosas reformas fundamentales.

Y digo que la paradoja es aparente porque percibo que Mario Castillo Freyre desea demostrar, al formular prácticamente una nueva ley civil, que desde el punto de vista académico un Código puede replantearse en forma permanente, según la concepción que cada autor tenga de sus instituciones. Es verdad que Mario Castillo Freyre demuestra un enorme talento y muy sólidos conocimientos jurídicos, que lo han conducido a incursionar no sólo en su especialidad, el Derecho Civil Patrimonial, sino en todos los libros del Código Civil. Pero también es cierto que civilistas con la profunda formación de Mario Castillo Freyre, también podrían proponer nuevos Códigos Civiles, con cambios sustanciales en muchas materias, y así, abusando de la expresión, se podrían efectuar toda clase de ensayos académicos indefinidamente.

Los civilistas bien formados, y hoy hay una pléyade de ellos en el Perú, tienen desde una visión académica, panoramas diferentes respecto a las distintas materias que abarca el Código Civil, y si cada uno de ellos tuviera el tesón, la inteligencia, y la formación de Mario Castillo Freyre, podría formular su propio Proyecto de Código.

Dicho en otras palabras, Mario Castillo Freyre demuestra que, no obstante su oposición a las numerosas reformas que aparentemente se van a introducir en el Código Civil de 1984, es posible, desde una óptica académica, replantear permanentemente instituciones.

Este notable esfuerzo no caerá, sin duda, en saco roto, porque como la mayoría de los miembros de la Comisión de Reforma son maestros universitarios, algo, estoy seguro, recogerán de los valiosos aportes de Mario Castillo Freyre.

No puedo, dentro de las limitaciones de un prólogo, por naturaleza breve, efectuar un enjuiciamiento crítico de cada una de las enmiendas del peculiar juego que nos plantea Mario Castillo. Esta imposibilidad, afortunadamente, me impide caer en las mismas «tentaciones académicas». Estoy de acuerdo con algunas de las alternativas previstas por el autor, aunque confieso que muchas de ellas, aunque respetándolas, no las comparto.

Dejo por ello al ilustrado criterio del lector evaluarlas, enjuiciarlas y criticarlas.

Por ello sólo me cabe concluir estas breves expresiones felicitando con toda efusión a un brillante jurista, que si bien no pudo reprimir sus «tentaciones académicas», demuestra, a través de su trabajo, que un Código Civil, como obra de seres humanos, es siempre perfectible, sin que esto signifique que él deba ser renovado constantemente, por las razones que he delineado en este prólogo y que son coincidentes con las aducidas por el autor de la obra.

Lima, abril de 1998

Felipe Osterling Parodi

«Quizá no estamos todavía preparados para una modificación integral del Código, quizá el camino legislativo no es el más adecuado todavía para un **«aggiornamento»**. Hay mucho trabajo de reflexión por hacer; y antes que cambiar un Código por otro –e incluso antes que introducirle modificaciones importantes al actual Código– debemos poner en orden nuestras ideas y extraer todo lo que sea posible del texto vigente. La doctrina y la jurisprudencia, actuando creativamente, pueden introducir muchísimas innovaciones con carácter experimental, tanteando reflexivamente hasta encontrar la vía más adecuada. Los Códigos no deben cambiarse a cada rato: eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa. El Código Napoleón sigue vigente en Francia desde hace 190 años. Pero ello ha sido posible porque la doctrina y la jurisprudencia francesa no han tenido miedo a la innovación y han ido introduciendo nuevos sentidos al viejo texto legal.» (El subrayado es nuestro).

Fernando de Trazegnies Granda⁽¹⁾.

(1) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Obligación de Salvar el Derecho Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 23 de noviembre de 1994, Página A-2.

NOTA DEL AUTOR

Soy abogado en ejercicio, investigador y profesor universitario en el área de Derecho Civil, y confieso que estoy convencido de que escribir este libro responde más a mis sentimientos que a la razón.

En principio, considero necesario –hasta imprescindible– compartir con el lector mis cavilaciones sobre el origen y destino de estas páginas.

Siempre tuve vocación por la carrera de Derecho, incluso –creo– desde antes de nacer. Mi padre es abogado y magistrado; y mi abuelo, Juan Lino Castillo Vargas, lo fue, y de mucha nota, pues tiene el honor de ser el fundador del Derecho Tributario en el Perú. Sin embargo –lo lamento– nunca trabajé con ellos: con el primero, por un alejamiento familiar, y con el segundo, porque su avanzada edad hizo que el fin de sus actividades en su Estudio de Abogado ocurriera cuando yo tenía apenas once años, y su muerte –muy sentida por mí– se produjese en 1987, cuando todavía me encontraba cursando la carrera de Derecho.

Empecé estudios de Letras en 1982, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, no antes de haber discutido acremente con mi madre, dado que yo quería estudiar en otra Universidad a la que también había ingresado y gozaba de mis preferencias. Sin duda, fue una de las ocasiones en las que uno siente encono por quien lo trajo al mundo, pero el tiempo se encarga de darle la razón. Hoy sólo me queda recordar esta anécdota y decir que una vez más mi madre no se equivocó.

En el año de 1983 llevé –en la Unidad Académica de Estu-

dios Generales Letras-, el curso de Introducción al Derecho, siendo el único en el que obtuve el calificativo de diecisiete (17) -para mí toda una hazaña, sobre todo si comparaba esa nota con mis depresivos promedios de esos años, de los que no guardo muy gratos recuerdos-. Fue entonces que me terminé de convencer de que quería ser Abogado.

Ingresé a estudiar Derecho en el mes de agosto de 1984, cuando el Código Civil que iba a reemplazar al de 1936 -único que conocía por haberlo ojeado algunas veces en el curso antes mencionado- acababa de ser promulgado.

Los profesores de los cursos de Derecho Civil nos hicieron adquirir en las oficinas del Diario Oficial «El Peruano» un ejemplar del nuevo Código. En ese momento no imaginaba que estaba adquiriendo el texto legal que más habría de utilizar hasta hoy.

Ese semestre, en nuestros primeros cursos de Derecho Civil, los catedráticos utilizaban paralelamente ambos Códigos, y parecían estarse -ellos mismos- familiarizando en el uso del nuevo cuerpo legal.

Me di cuenta rápidamente de que el Derecho me fascinaba. Mi etapa de Letras había terminado. Por fin me sentí feliz en un salón de clases. Por ese entonces era Decano de la Facultad de Derecho el Doctor Fernando de Trazegnies Granda, sin duda uno de los hombres más inteligentes del Perú, brillante catedrático y gran Decano.

Conforme avancé en la carrera, fui alumno de casi todos los abogados que habían elaborado el Código Civil. Así, escuché las clases de los Doctores Jorge Avendaño Valdez, quien elaboró el Libro de Derechos Reales; Felipe Osterling Parodi, Ponente en la elaboración del Libro de Derecho de Obligaciones; Manuel de la Puente y Lavalle, Ponente del Contrato de Compraventa y sustento doctrinario de la Parte General de Contratos; Jorge Vega Velasco, quien participó en lo relativo a Garantías Reales; César Fernández Arce, ilustre miembro de la Comisión Revisora del Código y Carlos Cárdenas Quirós, entre otros. También, sin ser alumno suyo, asistí a algunas clases del Doctor Héctor Cornejo Chávez, Ponente del Libro de Derecho de Familia.

Al Doctor Jack Bigio Chrem lo conocí en abril de 1989, una vez terminados mis estudios, y desde esos años hemos cultivado una sólida amistad. Al Doctor De Trazegnies lo tuve como profesor en dos Seminarios de la Maestría de Derecho Civil, y en uno del Doctorado, que cursara posteriormente.

Pues bien, mis profesores y los de muchas Promociones de abogados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fueron quienes elaboraron el Código Civil que hoy nos rige. A todos ellos les estaré eternamente agradecido, por su dedicación a la docencia, su vocación por el Derecho y por haber despertado en mí el interés por el Derecho Civil, sin duda alguna, la columna vertebral de toda sociedad y del Derecho en general.

Ya en el tercer semestre de mis estudios de Derecho, unos amigos –de ciclos más avanzados que el mío– me presentaron ante el Estudio Olaechea, donde realicé mis prácticas pre-profesionales desde octubre de 1985 hasta el fin de mi carrera de Derecho, en diciembre de 1988. Como es natural, el permanente recuerdo de la vida y obra del genial Manuel Augusto Olaechea, se aspiraba diariamente en el Estudio de su hijo, el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois. Pero dentro de la nostalgia por la Memoria de tan ilustre jurista, ocupaba un lugar preponderante la nostalgia por el Código Civil de 1936, del cual había sido protagonista Olaechea. Ahí, más allá de las pasiones que se encendieron con su derogatoria, tuve siempre presente la otra cara de la medalla: la permanente reprobación del nuevo cuerpo de leyes y una serie de argumentos en favor del Código derogado.

Además, debo confesar mi profunda admiración por el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois, quien fue mi Maestro de Prácticas y es uno de los juristas y abogados en ejercicio más notables de nuestro tiempo.

Tal vez esta dicotomía me hizo ser un tanto más reflexivo y empezar a cuestionar –en ese entonces como alumno de Derecho– algunos preceptos del nuevo Código. Este, como toda obra humana, contenía vacíos y ciertas imperfecciones, que fui descubriendo conforme avanzaba en mis estudios de Derecho Civil, ya en el análisis individual, ya en los salones de clase, ya en las reuniones de estudio con dos grandes amigos y compañeros de promoción: Daniel Bacigalupo Villanueva y Christian Schröder

Romero, con quienes compartía la afición por los cursos de Derecho Civil, especialmente por el área de los Contratos, al igual que con Margarita Basay Vega, mi gran amiga de siempre.

Buena parte de mis estudios de Derecho convivieron con la política universitaria, apego y hasta pasión de entonces. Con seguridad, mi participación en esta actividad de la vida del Claustro fue en detrimento de mi asistencia a algunas horas de clase, lo que afectó muy poco mis calificaciones. Sin embargo –debo confesarlo–, aquéllo determinó que fuese relegado de participar en revistas editadas por estudiantes de la Facultad y que nunca se me convocara como Jefe de Prácticas, Asistente o Auxiliar de Docencia e, incluso ya graduado de Abogado, como Profesor. Tuvo que pasar mucha agua bajo el puente para que ello ocurriera.

Luego de concluir mis estudios de Derecho cursé la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de la propia Universidad Católica, concluyéndola en diciembre de 1990.

Pero es en agosto de ese año que incursioné en el campo de la docencia universitaria –no en mi Facultad (pues por lo dicho anteriormente no podía hacerlo)–, sino en la recientemente fundada Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, cuya Presidente de la Comisión Organizadora, Doctora Gabriela Aranibar Fernández-Dávila, tuvo a bien aceptarme. Ese mismo semestre empecé a dictar el curso de Derecho de Obligaciones, lo que representaba un reto para mí. Los años siguientes también estarían llenos de retos, pues conforme las Promociones de alumnas avanzaban, tuve que preparar y dictar además los cursos de Contratos Parte General (Contratos I), Contratos Típicos I (Contratos II) y Contratos Típicos II (Contratos III), de todos los cuales fui catedrático fundador.

A partir de mi ingreso a la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, destiné la mayor parte de mis actividades a la docencia y a la investigación en el área de Obligaciones y Contratos, dedicándome a una de las labores económicamente menos rentables de nuestra sociedad. Pero no me arrepiento. De allí salieron mis tesis de Bachiller y Magíster: «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos» y «El Bien Materia del Contrato de Compra-venta», respectivamente. De allí también surgió mi quinto libro

que lleva por título «El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta», los dos últimos, de la Biblioteca «Para leer el Código Civil», del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, en agosto de 1993, fui convocado por el recientemente electo Decano de la Facultad de Derecho de la P.U.C.P., Doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, para dictar el Curso de Contratos Típicos I, correspondiente al Quinto Ciclo de la especialidad de Derecho. Confieso que el primer día que me tocó dictar en mi Facultad la cátedra asignada, sentí la inmensa alegría de que me permitieran regresar a casa.

Paralelamente, en el verano de 1993, inicié con el Doctor Felipe Osterling Parodi la elaboración de nuestro Tratado de las Obligaciones, obra de la que ya hemos publicado ocho tomos y que actualmente seguimos avanzando.

Por otra parte, fui honrado a inicios de 1995, por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, al enviarme al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde permanecí en calidad de Investigador Visitante durante mes y medio.

El 7 de septiembre de 1994 fui nombrado Profesor Ordinario, en la categoría de Asociado, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lo propio ocurrió en la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 20 de noviembre de 1996, fecha en la cual el Consejo Universitario de mi Alma Máter acordó mi nombramiento como Profesor Ordinario en la categoría de Auxiliar del Departamento de Derecho.

Desde mi ingreso a la cátedra universitaria en ambas Universidades no he dejado de dictar un solo semestre en ninguna de las dos.

Actualmente me desempeño como Secretario del Doctorado en Derecho de la Escuela de Graduados de mi Casa de Estudios, cargo que ocupo desde el inicio de este Doctorado, en julio de 1995 (por honrosa designación de la Comisión Coordinadora, presidida por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle e integrada por los Doctores César Delgado Barreto y Lorenzo Zolezzi

Ibárcena), y recién en agosto de 1997 he concluido la currícula que el mismo impone.

- El Código Civil de 1984. Una apreciación crítica.

Si bien no nací en el estudio del Derecho con el Código de 1984, sí puedo decir que di mis primeros pasos con él. Debo afirmar, hoy, catorce años después de ese comienzo, que se trata de un buen Código. Con esta afirmación no estoy desmereciendo en nada al Código derogado. Este cuerpo de leyes fue muy bueno –y en muchos aspectos tanto o más que el de 1984, en su tiempo–; y quienes lo elaboraron, los Doctores Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, Alfredo Solf y Muro, Juan José Calle y Pedro M. Oliveira, sin lugar a dudas, fueron juristas de primer orden, que ocupan un lugar de privilegio en la Historia del Derecho Peruano.

El transcurso de los años y la evolución de la codificación extranjera, así como también el desarrollo de la doctrina que la sustentaba e interpretaba, hizo que se considerara aconsejable la elaboración de un nuevo Código Civil, y tal vez por esta razón es que la Comisión instalada en 1965 para proponer enmiendas al mencionado cuerpo legal, excedió el mandato original conferido por el Poder Ejecutivo, cuando era Presidente de la República el Arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia el Doctor Carlos Fernández Sessarego.

La labor de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (más conocida como Comisión Reformadora), duró alrededor de 19 años, con serios paréntesis, sobre todo en la época de la Dictadura Militar de los setentas. Dicha Comisión, que tuvo como último Presidente al Doctor Felipe Osterling Parodi, estuvo conformada, además, por una serie de connotados hombres de Derecho, los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Avendaño Valdez, Ismael Bielich Flórez, Héctor Cornejo Chávez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Manuel García Calderón Koechlin, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Félix Navarro Irvine, Jorge Vega García y Fernando Vidal Ramírez, entre otros.

El impulso decisivo para la promulgación del nuevo Código lo dio el Doctor Felipe Osterling Parodi, siendo Presidente de la mencionada Comisión, a la par que Ministro de Justicia, entre julio de 1980 y julio de 1981.

La Comisión Revisora tuvo como Presidente al Doctor Javier Alva Orlandini y como su más entusiasta propulsor al Doctor Jack Bigio Chrem, estando conformada, además, por los Doctores Edmundo Haya de la Torre, Róger Cáceres Velásquez, Rodolfo Zamalloa Loaiza, Ricardo Castro Becerra, César Fernández Arce, Guillermo Velaochaga Miranda y Roberto Ramírez del Villar.

Finalmente, el Código, como es de público conocimiento, fue promulgado el 24 de julio de 1984, mediante el Decreto Legislativo N° 295, siendo Ministro de Justicia el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet, y entró en vigor el 14 de noviembre de 1984.

Este Código, que tuvo la virtud de ser elaborado por eminentes abogados y profesores universitarios, como toda obra humana, tiene virtudes –numerosas, por cierto– y defectos –igualmente numerosos–. Pero esto es natural. Todo Código Civil los tiene, incluso el Código Civil Francés, obra maestra del Derecho. El problema no radica en la virtuosidad de un Código Civil, sino en la calidad de su interpretación y aplicación por la doctrina y la jurisprudencia.

Como comentábamos en una oportunidad con nuestro amigo, el profesor y jurista argentino Doctor Ernesto Clemente Wayar, el Derecho de todo país es como una mesa de tres patas, que –obviamente– no puede sostenerse sin las tres. Dos no bastan; una menos. Esas tres son: la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia.

En lo que al ámbito del Derecho Peruano se refiere, no son muchas las Ejecutorias que hayan transformado la interpretación o sentido de una norma legal, como sí ha ocurrido en la Corte Suprema de la Nación Argentina o, por citar un ejemplo cumbre, la Corte de Casación Francesa. Esta última, desde la aparición del Código Napoléon, ha interpretado muchas de sus normas en sentidos absolutamente contrarios a sus tenores lite-

rales. Esto —que aquí seguramente sería «prevaricato»— allá ha representado avance del Derecho.

Por otra parte, la producción jurídica en nuestro país siempre fue escasa. Sin embargo, debemos reconocer que a lo largo de los últimos años esta situación ha ido cambiando paulatinamente. No sé si sea mérito del Código Civil de 1984 —como dicen sus autores— o producto de algún otro fenómeno más complejo, tal vez de una especie de «democratización del Derecho», algo así como que en el Perú se ha perdido el temor reverencial de antaño.

En los últimos tiempos es frecuente leer artículos periodísticos o de revistas firmados por alumnos de Derecho, en los cuales se exponen argumentos contra posiciones de los más reputados profesores nacionales. En lo personal, creo que el mérito de la evolución de la Doctrina Jurídica Nacional es compartido tanto por los profesores como por los alumnos de Derecho, quienes en actitud que en otros tiempos sería calificada de irreverente, han decidido opinar con altura y sobriedad acerca de los más diversos temas jurídicos.

Ahora bien, sí debemos reconocer que no obstante la proliferación de artículos en diarios y revistas sobre estas materias, la producción de obras de mediano y largo aliento en nuestro país es muy limitada. En materia de Derecho Civil, durante la vigencia del Código de 1984, han aparecido una buena cantidad de libros, mientras que a nivel de tratados de Derecho, tenemos dos o tres.

Pero todo ello no es suficiente.

Existen, casi catorce años después de promulgado el Código de 1984, muchos temas o áreas que no han recibido comentarios o que los han recibido, pero de manera muy escasa o, incluso, pobre. En tal situación, es evidente que sobre estas materias de nula o poca reflexión, resultaría una osadía que se propusiese una modificación legislativa. Creemos, modestamente, que antes de proponer enmiendas al Código en esas áreas, los profesores especialistas en las mismas deberían empezar interpretando sólidamente los alcances de las normas vigentes.

Pensamos que la labor de los catedráticos universitarios de-

bería pasar -necesariamente- por dedicar buena parte de su tiempo a la investigación jurídica.

Nuestro Código Civil no es la obra cumbre del Derecho. No estamos en la situación de Napoleón cuando manifestó, como relata el profesor Eduardo Dato Iradier⁽²⁾ -ante los primeros comentarios a su Código, que hiciera Jacques de Malleville, uno de sus redactores- que algunas producciones literarias, por su brillantez no precisan prólogos ni comentarios.

Tal no es la situación del Derecho Civil en el Perú. No somos la panacea jurídica. Tampoco tocamos fondo. De que estamos mejor que antes, no cabe la menor duda; de que no somos los mejores en América Latina, tampoco.

Nos falta mucho camino por recorrer.

Hay que andarlo.

Lima, abril de 1998.

Mario Castillo Freyre

(2) DATO IRADIER, Eduardo. Introducción a la obra. En: GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, volumen I. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1909.

PRIMERA PARTE

LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

CAPITULO I

LA IDEA DE REFORMAR ORGANICAMENTE EL CODIGO CIVIL DE 1984

¿Era necesario reformar integralmente el Código Civil de 1936 –como se hizo–, con su revisión integral y posterior sustitución por el Código de 1984?

En lo personal creo que tal vez hubiera dado lo mismo mantener el Código de 1936 o proceder a modificarlo.

Y adviértase que no me estoy pronunciando sobre el alcance ni mucho menos sobre el contenido de la reforma a ese cuerpo legal.

Digo esto, porque el Código Civil de 1936 representó –sin lugar a dudas– el más grande salto cualitativo que en el plano legal tuvo el Derecho Civil Peruano. Ello es así –simplemente– porque el Código al que sustituyó, vale decir, el de 1852, era vetusto y defectuoso desde muchos puntos de vista.

En mi opinión, el Código Civil de 1852 no fue bueno ni siquiera para su tiempo. No es que quiera ser cruel, pero basta compararlo con la meditada obra del ilustre sabio venezolano Don Andrés Bello, cuyo Proyecto de Código Civil, incluso algunos pocos años más antiguo que el Peruano de 1852, fue una obra pulcramente elaborada, de fina inspiración, y cuya permanencia en el tiempo como cuerpo de leyes vigente –no sólo en el país que le encargó elaborarlo, sino en varias naciones latinoamericanas– constituye prueba irrefutable de sus bondades.

Así, la derogatoria del Código Civil de 1852 fue absolutamente necesaria. El Perú ganó mucho con ella, tal vez tanto como hubiera ganado de haberse traducido en Ley de la Repú-

blica el Proyecto de Código Civil que en 1890 terminó de elaborar la Comisión que presidió el Doctor Juan Luna (en opinión mía –por lo menos, en sede de Obligaciones y Contratos–, excelente).

Por otra parte, era claro que el Código de 1936 contó para su elaboración con la pluma de hombres que han marcado huella en la Historia del Derecho Peruano.

Especialmente Don Manuel Augusto Olaechea, de quien, en obras anteriores ya he manifestado considero el más ilustre hombre de Derecho que haya tenido el Perú, entendido esto en su acepción más cabal, vale decir, como abogado en ejercicio, legislador, hombre de función pública (Ministro de Hacienda y Comercio, Primer Presidente del Banco Central de Reserva) y –aunque fuere por un año (1937), maestro universitario en San Marcos–.

Olaechea, además, tenía el hábito de lectura de las más calificadas y novedosas obras de Derecho. El, prácticamente las compraba casi todas. Contaba con la integridad de colecciones, tratados, manuales o libros que se publicaban en Europa o América Latina, y los adquiría inmediatamente después de que entraban a circulación. Pero no sólo eso: también los leía, interpretaba y sacaba sus propias conclusiones. Para comprobar esta afirmación basta con revisar las Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil que integró, dar lectura a sus Memorándum, piezas invalorable en el plano jurídico, o a sus intervenciones, siempre agudas y en muchos casos lapidarias.

El Código de 1936 tuvo el sello personal de Olaechea, sin que ello implique –en modo alguno– restar mérito a los demás miembros de dicha Comisión Codificadora.

Y ese sello fue indeleble.

Era evidente que de muchas de las normas del Código Civil de 1936 podía decirse que debían ser perfeccionadas, pero ello puede sostenerse respecto de cualquier Código Civil del mundo, incluso de aquel que el lector de estas páginas considere como el mejor.

Sin embargo, cuando en 1965 se toma la decisión de revisar y modificar el Código de 1936, no se advertían los alcances que podía tener ese proceso reformador.

No nos olvidemos que mediaron diecinueve años entre la creación de la Comisión Reformadora, en 1965, y la entrada en vigencia del Código Civil, en 1984. Y en esos diecinueve años pasaron muchas cosas, incluso la parálisis por un buen tiempo de las labores de la referida Comisión, más allá de que habían gobernado el Perú: Belaunde, Velasco, Morales Bermúdez y nuevamente Belaunde (con todo lo que ello implicaba).

La Constitución de 1979 es quince años más antigua que la Comisión Reformadora, de modo tal que dicha Carta Política no fue la razón que llevó a iniciar el Proceso de Reforma, pero sí –tal vez– constituyó el detonante para que la Reforma se tradujera al plano legislativo. No olvidemos que esta Constitución introdujo cambios importantes en aspectos de Derecho de Personas y de Familia.

Pero considero que el tramo final de promulgación del Código Civil de 1984 estuvo marcado también por la presencia de nuevos ímpetus, distintos a los primigenios (de 1965) y por nuevos protagonistas que –con la autoridad jurídica que les corresponde– decidieron dar el impulso final y decisivo a ese proceso reformador.

Me refiero a los Doctores Felipe Osterling Parodi y Max Arias-Schreiber Pezet, quienes entre julio de 1980 y agosto de 1981, el primero, y julio de 1984 y diciembre de 1984, el segundo, ocuparon el cargo de Ministro de Justicia.

Durante el ejercicio ministerial del Doctor Osterling, se terminó de elaborar el Anteproyecto de la Comisión Reformadora y se publicaron –en dos volúmenes– los Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil⁽³⁾; en tanto que durante el ejercicio ministerial del Doctor Max Arias-Schreiber, el 24 de julio de 1984, se promulga el Decreto Legislativo N° 295, con las firmas

(3) MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

del Presidente Belaunde y del Ministro Arias-Schreiber, norma a través de la cual se establecía que el nuevo Código Civil empezaría a tener vigencia el 14 de noviembre de ese año, exactamente a los cuarentiocho años en que comenzó a regir el Código de 1936, que derogaba⁽⁴⁾.

- (4) En la referida obra, el Doctor Osterling hace una breve e ilustrativa reseña de la historia de la Comisión Reformadora, que consideramos útil recordar:

«La Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil fue creada mediante Decreto Supremo N° 95, dictado el 1° de marzo de 1965, siendo Presidente Constitucional de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia y Culto el doctor Carlos Fernández Sessarego, con el objeto de proponer las enmiendas que salvaran las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes.

La Comisión estuvo integrada en su origen por el Ministro de Justicia y Culto, quien la presidía, por un delegado designado por la Corte Suprema, cuyo nombramiento recayó en el doctor Alberto Eguren Bresani, y por los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, quien nunca se incorporó, Héctor Cornejo Chávez, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine. La Comisión quedó instalada el 31 de mayo de 1965 y de inmediato dio inicio a sus funciones.

El primer acuerdo que adoptó la Comisión fue distribuir, para su estudio, las materias de que está compuesto el Código Civil, entre sus integrantes. Así, los doctores León Barandiarán y Vega García fueron encargados de la revisión del Título Preliminar; los doctores Fernández Sessarego y León Barandiarán del Libro de las Personas; los doctores Cornejo Chávez y Eguren Bresani del Derecho de Familia; el doctor Lanatta del Derecho de Sucesiones; los doctores Bielich y Castañeda de los Derechos Reales; el doctor León Barandiarán del Acto Jurídico; los doctores Castañeda, León Barandiarán y Navarro Irvine del Derecho de Obligaciones; y los doctores Arias-Schreiber y Vega García de los Contratos.

Mediante Decreto Supremo de 15 de septiembre de 1965 se nombró miembro de la Comisión al doctor Carlos Fernández Sessarego, quien había dejado de pertenecer a la misma al renunciar al cargo de Ministro de Justicia y Culto.

La Comisión a lo largo de su existencia ha tenido varios cambios con respecto a su integración original.

Así, para sustituir al eminente jurista doctor Ismael Bielich Flórez, con motivo de su sensible fallecimiento ocurrido el 2 de diciembre de 1966, fue nombrado el doctor Jorge Avendaño Valdez por Decreto Supremo de 27 de agosto de 1967.

Mediante Decreto Supremo N° 367 del 27 de octubre de 1967 se modificó el artículo 2° del Decreto Supremo N° 95, disponiendo que la Comisión no la integraría como miembro nato el Ministro de Justicia y Culto y que, por tanto, sería presidida por el delegado de la Corte Suprema.

De este modo, asumieron el cargo sucesivamente el doctor Alberto Eguren Bresani, luego el doctor Manuel García Calderón Koechlin y finalmente,

Estimo que las razones que sustentaron el Anteproyecto que dio lugar al nuevo Código⁽⁵⁾, fueron plenamente valederas, sin dejar de reconocer que la decisión de reformar el Código de 1936, no dejaba de representar una opción legislativa⁽⁶⁾.

desde hace muchos años, el doctor Felipe Osterling Parodi, su actual Presidente.

Por Resolución Suprema N° 0043-73-PM/ONAJ de 14 de marzo de 1973, se dispuso la ampliación de la Comisión, con el nombramiento de los doctores Oscar Macedo López, que no se incorporó, Ezio Parodi Marone, quien tampoco se incorporó y renunció meses después, Fernando de Trazegnies Granda y Fernando Vidal Ramírez.

En junio de 1973 falleció el ilustre jurista doctor Jorge Vega García y en julio de 1974 el distinguido hombre de leyes doctor Félix Navarro Irvine, con lo cual la Comisión perdió a dos de sus más prominentes miembros, quienes habían intervenido muy activamente en el desarrollo de las labores de la Comisión, aportando sus vastos conocimientos y experiencia.

Mediante Resolución Suprema N° 0046-78-PM/ONAJ de 1° de marzo de 1978, la doctora Lucrecia Maisch von Humboldt y el doctor Manuel de la Puente y Lavalle fueron designados miembros de la Comisión.

El 27 de septiembre de 1978, la Comisión designó como su asesor bibliográfico al doctor Víctor M. Villavicencio Cúneo.

En la sesión de 26 de octubre de 1978, la Comisión acordó nombrar como asesores a la doctora Delia Revoredo de Debakey, al doctor Jorge Vega Velasco y al señor Carlos Cárdenas Quirós.

Posteriormente, la Comisión, en su sesión de 22 de marzo de 1979, acordó nombrar, también como asesores, a la señora Susana Zusman Tinman y a los doctores Jorge Muñiz Ziches y Rafael Rosselló de la Puente.

Actualmente, la Comisión se encuentra integrada por los doctores Felipe Osterling Parodi, quien la preside, Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Avendaño Valdez, Héctor Cornejo Chávez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Lucrecia Maisch von Humboldt y Fernando Vidal Ramírez. Intervienen como secretarios los doctores Sergio León Martínez y Jorge Vega Velasco y en calidad de colaboradores o asesores, la doctora Delia Revoredo de Debakey, la señora Susana Zusman Tinman, los doctores Jorge Muñiz Ziches, Rafael Rosselló de la Puente, Jorge Vega Velasco, Víctor M. Villavicencio Cúneo y el señor Carlos Cárdenas Quirós.»

- (5) OSTERLING PARODI, Felipe. La Necesidad de la Actualización del Código Civil. Introducción a la obra citada: MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.
- (6) El fundamento oficial de la reforma al Código de 1936, en palabras del Presidente de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Doctor Felipe Osterling Parodi, fue el siguiente:

«Han pasado 44 años desde que entrara en vigencia el Código Civil de 1936 y el dilatado tiempo transcurrido reclamaba el estudio de su reforma integral, como directa consecuencia de los profundos cambios ocurridos en todos los órdenes y con el propósito esencial de adecuarlo a dichos

La otra opción era la de no promulgar ese nuevo Código que venía en camino, sino mantener vigente el de 1936; pero la inmensa mayoría del medio académico (en el ámbito jurídico) había participado –en una u otra manera– de ese proceso de reforma, que se encontraba en su fase final.

En tal sentido, los intentos para detenerlo, que básicamente provinieron del Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois y otros notables abogados, fueron infructuosos.

Y ello resulta plenamente comprensible.

A principios de los años ochenta era –en la práctica– imposible frenar un proceso que había comenzado hacía dos décadas y que contaba con el decidido apoyo de los catedráticos de Derecho más representativos de Lima.

cambios y a la nueva dimensión que han adquirido los valores de la solidaridad social y el humanismo.

Era indispensable, pues, proponer la actualización de los preceptos del Código Civil vigente debido a esas realidades del mundo de hoy que influyen decisivamente en materias vinculadas al derecho de personas, al de familia, al sucesorio, al de los derechos reales y al de obligaciones y contratos.

El vigente, no es precisamente el ordenamiento civil más adecuado. El Perú de 1980 no es ya el de 1936. Paulatinamente el país va asumiendo procesos propios de desarrollo en lo económico, tecnológico, científico e industrial, que son fiel reflejo de nuestros tiempos.

Esta afirmación no es de ningún modo una crítica a la magna obra de los legisladores de 1936, cuyos méritos indiscutibles nunca podrán ser suficientemente enaltecidos. Sin embargo, esa obra es reflejo de un periodo histórico que ha sido marcado tanto en lo político como en lo jurídico por un exagerado individualismo ya superado en nuestros días.

Ha expresado con certeza el ilustre doctrinario brasileño Clovis Bevilacqua que 'por el hecho mismo que el Derecho evoluciona, el legislador tiene necesidad de armonizar los principios divergentes para acomodar la ley a las nuevas formas de relaciones y para asumir discretamente la actitud de educador de una nación, guiando cautelosamente la evolución que se acusa en el horizonte'.

La actitud del codificador no puede ser otra, si tenemos en cuenta aquello que se ha denominado la 'naturaleza ambivalente de su misión', que consiste en preservar, por un lado, las raíces del pasado, para alcanzar, por el otro, una visión del porvenir.

El momento histórico en que se formula la reforma no puede ser más propicio. La nueva Constitución Política del Perú, que ha entrado en plena vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional, ha introducido sustanciales modificaciones en materias que son precisamente aquellas de las

Ahora bien, en lo que respecta a las directrices generales de la Reforma, en el documento citado, el Doctor Osterling precisa que ellas fueron las siguientes:

- «— Mantener en lo posible la redacción de los preceptos del Código Civil de 1936 y su estructura, en la medida en que no se justifique su modificación.
- Actualizar el Código Civil vigente no sólo para superar los presupuestos individualistas, reflejo de la época en que fue redactado y que condicionaron su elaboración, sino también para dotarlo de nuevas instituciones que son reclamadas por la sociedad actual.
- Coger los modelos jurídicos elaborados por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, normándolos para superar algunas situaciones conflictivas que comprometen la unidad y coherencia del ordenamiento legal nacional.
- Incluir en la sistemática de la ley civil, con las revisiones necesarias, la materia contenida en leyes especiales vinculadas a ella, promulgadas después de 1936.

que se ocupa un Código Civil, tales como las referidas al derecho de propiedad, a la igualdad entre el varón y la mujer, a la igualdad en todos los órdenes entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, etc.

Las condiciones son, pues, las más idóneas para definir con claridad los problemas básicos de la vida civil.

Somos actores de una época en que son repudiadas todas las formas de colectivismo o estatismo absorbentes o de totalitarismo, reconociéndose como fundamentos esenciales los de la democracia social, la libertad y la vigencia plena del Estado de Derecho.

Una época en que se reconoce también que el Derecho es social tanto en su origen como en su fin; en que se impone una interrelación concreta y dinámica entre los valores colectivos y los individuales, con el propósito fundamental de que la persona sea preservada sin privilegios y exclusivismo, en un orden de participación comunitaria. Una época, en suma, en donde se ha superado felizmente el individualismo absoluto.

La época no puede ser, pues, más adecuada y ello hace de la reforma una tarea, un deber, urgente e indispensable. La renovación de los códigos vigentes se convierte, en consecuencia, en una de las más nobles metas del Gobierno.

La labor de codificación así entendida se transforma en un eficaz instrumento de afirmación de los valores en la época de crisis, una de las expresiones máximas de la cultura de un pueblo.» (El subrayado es nuestro).

- Eliminar la necesidad del empleo de formalidades excesivamente onerosas, como por ejemplo la notificación judicial, cuando sea posible obtener el mismo resultado con economía natural de medios, o el uso de la escritura pública si es suficiente el documento de fecha cierta o uno similar.
- No descartar aquellas instituciones del Código Civil de 1936 que por más de cuarenta años han demostrado su bondad, y antes bien, conservar de él todo lo positivo y actual, como fiel reflejo de que el propósito de la reforma no es meramente el de crear un nuevo orden legal en lo civil distinto del anterior. Rendimos así reverente homenaje a los distinguidos juristas que tuvieron a su cargo la responsabilidad de elaborar el Código Civil vigente.
- Acoger los aportes y sugerencias más relevantes que la moderna doctrina y legislación comparada puedan ofrecer, pero incorporándolos en la medida que se muestren acordes con nuestra idiosincracia y respondan a nuestra realidad. No se busca un Código que resulte copia de otros cuerpos legales similares muy modernos y de técnica depurada, pero cuyas normas y conceptos no se adecúen ni coincidan con los que la época reclama, sino un Código que se nutra de nuestra problemática y sea fiel reflejo de ella.»

Suscribo en su integridad las líneas rectoras del anterior proceso de reforma. Ellas eran adecuadas y representaban criterios muy ponderados y coherentes.

Además, transcurrido casi medio siglo, el tema de la necesidad de reformar el Código de 1936 era, por lo menos, debatible.

Pero tal situación no necesariamente implicaba que el texto que fuera ley a partir de 1984 plasmase todos aquellos buenos propósitos.

Por otra parte —no lo olvidemos— el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, luego de convertirse en Proyecto, pasó a la Comisión Revisora, en donde —en algunos casos para bien y en otros para mal— se le formularon diversas enmiendas.

Si hubiese que hacer un balance entre los Códigos Civiles de 1936 y 1984, creo que el mismo resultaría equitativo, pero

no efectuando una comparación ahistórica y fuera de contexto. Cada Código fue muestra cabal del Derecho de su tiempo. Y ambos, uno en 1936 y otro en 1984, fueron buenos.

En la elaboración de ambos cuerpos legales participaron los más renombrados abogados y catedráticos universitarios, obviamente, con notables excepciones, tanto en uno como en otro caso.

Pero jamás podría compararse el Código de 1984 al de 1936 con el argumento de que aquél ha mejorado los defectos de este último. Y digo esto, porque el Código de 1936 era un Código de avanzada en su tiempo y es natural que si tenía normas defectuosas, las Comisiones Reformadora y Revisora, en 19 años de trabajo, estuvieran en la obligación de advertirlas y enmen-darlas. Para ello fueron nombradas.

Por otra parte, la doctrina de nuestra tradición jurídica había avanzado notablemente; y en el Perú ya contábamos, por citar las más notables y representativas, con las obras de los Doctores José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda y Manuel de la Puente y Lavalle, cuyos estudios y observaciones respecto a determinados defectos del Código de 1936 eran dignos de tomar en consideración.

Pero –lo reitero– el Código de 1936 era bueno y si se hubiera optado por el camino de no reformarlo o de no derogarlo, se encontraría vigente y ni el mundo jurídico peruano ni el país se hubieran venido abajo. Por lo demás, las normas de este Código que con el paso de los años devinieron contrarias a las Constituciones de 1979 y 1993, en Derecho de Personas, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones simplemente habrían quedado derogadas (pues norma superior deroga a otra de inferior jerarquía).

En fin, anoto esta opinión con el único propósito de expresar que si se hubiera emprendido el camino de abstenerse de reformar dicho Código las consecuencias no hubieran sido nefastas.

Simplemente era cuestión de pareceres.

Se optó por la reforma, luego de 48 años y –estemos o no

de acuerdo-, la pertinencia del asunto al menos era -lo reitero- debatible.

Como es evidente, dicho proceso no era comparable, en modo alguno, con el planteado informalmente a comienzos de los años noventa y de manera oficial en 1994. Estimo -como veremos en estas páginas- que la impertinencia y circunstancias que rodearon desde sus inicios a este último no dejan lugar a debate alguno -al menos- de que no reúne las condiciones básicas que lo conviertan en algo sólido y viable.

Desde mediados de los años ochenta, la Universidad de Lima organizó conferencias y congresos nacionales e internacionales con la participación de numerosos catedráticos peruanos y extranjeros. En estos congresos se analizaron las bondades y los defectos del Código Civil de 1984. Ya el primero de ellos, realizado entre el 9 y 11 de agosto de 1985 por dicha Casa de Estudios y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), tuvo como corolario la publicación de una obra editada al año siguiente, con numerosas propuestas y comentarios sobre el Código en reciente vigencia.

En los años noventa -1991, para ser preciso-, el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, bajo la conducción del Doctor Carlos Fernández Sessarego -su Director-, tuvo la iniciativa de efectuar un estudio integral del Código Civil de 1984, a través de Comisiones de Trabajo, encaminadas a la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Enmiendas a ser presentado tres años después (en el transcurso de 1994) al Congreso de la República, para su discusión y aprobación.

La convocatoria a las mencionadas Comisiones fue amplia, habiéndose invitado a participar a los más destacados profesores de las diversas Universidades de la Capital. Sin embargo, salvo escasos supuestos de excepción, el trabajo de dichas Comisiones se llevó adelante con la ausencia -voluntaria, por cierto- de la gran mayoría de ellos, habiendo estado integradas -fundamental y mayoritariamente- por catedráticos de la Universidad de Lima.

En lo personal, debo manifestar mi más profunda gratitud a los Doctores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet, por haberme convocado -a comienzos de 1992- para participar (aunque no lo hice convencido de la idea) en dos

de dichas Comisiones: la de Derechos Reales, que trabajó desde esa fecha, bajo la Presidencia del Doctor Arias-Schreiber, y la de Fuentes de las Obligaciones – Parte Especial, la misma que sólo llegó a instalarse formalmente.

Las Comisiones de trabajo que se constituyeron en la Universidad de Lima fueron las de Derecho de Personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derechos Reales, Derecho de Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones - Parte General y Fuentes de las Obligaciones - Parte Especial⁽⁷⁾.

-
- (7) En el mes de septiembre de 1992, la Universidad de Lima, a través de su Centro de Investigación Jurídica, publicó el primer número de su Revista «Cuadernos de Derecho» (Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Año 1, N°1, septiembre de 1992, Páginas 64 y 65), en el que se hizo referencia –de manera orgánica– al proceso de estudio y revisión del Código Civil de 1984, que habían emprendido.

El texto del artículo es el siguiente:

«Dentro de un amplio y ambicioso programa de trascendencia social, el CIJ ha elaborado un proyecto de mediano plazo destinado a la revisión del Código Civil a través de 8 comisiones y 2 sub-comisiones, con el propósito de concordar un Anteproyecto de Ley de Enmiendas que contenga las principales modificaciones para poder corregir los visibles errores y/o llenar los vacíos apreciados durante los siete años de vigencia de este cuerpo legal.

No se trata, por cierto, de redactar un nuevo Código Civil ya que al actual se le reconocen bondades y aciertos no sólo de parte de los juristas nacionales sino también, y principalmente, de ilustres tratadistas extranjeros.

Para cumplir con esta tarea el CIJ cuenta con la activa participación de especialistas en cada uno de los libros del Código Civil.

Libro de Personas.

Han participado en las reuniones como integrantes de la Comisión los profesores Víctor Guevara Pezo, Carlos Enrique Becerra, Juan Morales Godo, Carlos Cárdenas Quirós, Ricardo Marcenaro Frers, Walter Rivera Vilchez, Enrique Varsi, Juan Espinoza Espinoza, Alberto Loayza, Bettina Sonza y Laura Fantozzi y los bachilleres Olenka Woolcott y William Fernández, bajo la dirección del profesor Carlos Fernández Sessarego. La Secretaría está a cargo del Doctor Yuri Vega Mere.

A la fecha se han realizado 8 reuniones, en las cuales se discutió específicamente el articulado del Código Civil y el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones.

Se ha propuesto la modificación de los siguientes artículos del Código Civil: 1, 2, 5, 7, 8, 9, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 29, 30, 34, 35, 36, 38, 69, 76 y 78. Además, se ha realizado una reunión de la Sub-Comisión encargada de revisar los textos de capacidad e incapacidad relativa.

Libro de Acto Jurídico.

Este grupo está compuesto por los profesores José León-Barandiarán Hart, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Lizardo Taboada, Fernando Vidal Ramírez, Bárbara Farfán y la bachiller Laura Fantozzi, actuando

como secretario de la Comisión el bachiller William Fernández de la Cruz. Se han realizado, hasta la fecha 3 reuniones y una específicamente para tratar, junto con las comisiones de Contratos - Parte General y Obligaciones, el tema del objeto del acto jurídico.

Asimismo, se han presentado propuestas del Dr. Manuel de la Puente y Lavalle sobre la unificación de criterios conceptuales de los artículos 140, 1402 y 1403.

El Doctor Lizardo Taboada presentó un proyecto para modificar algunos aspectos relativos a la interpretación y el Doctor José León Barandiarán hizo lo mismo en cuanto al error.

Libro de Familia.

Esta Comisión está integrada por los siguientes profesores: César Fernández Arce, Carlos Montoya Anguerry, Nelson Reyes Ríos, Luis Enrique Antúnez y Villegas, Alex Plácido, Lissy Maquilón, Cecilia del Pino, Milagros Terry. El Doctor Enrique Varsi es el secretario de esta Comisión.

En la primera reunión se debatió una propuesta presentada por el Doctor Max Arias-Schreiber recogida de su libro Luces y Sombras del Código Civil, así como también la propuesta presentada por el Doctor Enrique Varsi y la Doctora Cecilia del Pino.

En la segunda reunión se planteó un proyecto sobre divorcio por el Doctor Nelson Reyes Ríos. En una tercera reunión se discutió una propuesta del Doctor Alex Plácido sobre la modificación de diversos aspectos del articulado del Libro de Familia así como también se sumó el aporte del Doctor Enrique Varsi con un proyecto modificadorio del régimen de filiación.

Se halla pendiente de análisis la modificación del Código Civil a raíz de la promulgación del Código Procesal Civil a cargo del Doctor Alex Plácido.

Libro de Obligaciones.

Esta Comisión, bajo la dirección del profesor Carlos Cárdenas Quirós, está compuesta por los doctores Gastón Fernández Cruz, Alberto Loayza, Edgardo Mosqueira, Eduardo Seminario, Luciano Barchi y Fernando Macías, actuando como secretario el Doctor Yuri Vega. Además, debe mencionarse que esta Comisión cuenta con la asesoría de los Doctores Felipe Osterling Parodi y Raúl Ferrero Costa.

El Doctor Carlos Cárdenas Quirós ha presentado una propuesta de enmienda y se esperan otras propuestas de parte de sus integrantes.

Libro de Fuentes de las Obligaciones - Parte General.

La Comisión se instaló el 22 de enero del presente año. Contó entre sus miembros a los profesores Max Arias-Schreiber, Manuel de la Puente y Lavalle (quienes rotaron la dirección), Hugo Forno, Elvira Martínez Coco y Eduardo Benavides, actuando como secretaria la bachiller Laura Fantozzi junto con otros miembros del Grupo Permanente de Trabajo.

Se han realizado 7 reuniones debiéndose resaltar que ésta es la primera Comisión que ha concluido sus labores.

Se ha acordado la enmienda de los siguientes artículos: 1351, 1353, 1378, 1390, 1400, 1403, segundo párrafo, 1430, 1431, primer párrafo, 1434, 1440, 1441, 1447, 1450, 1456, 1473, 1477, 1495 inciso primero, 1498, 1502, 1512 inciso primero y 1523. Además, el Doctor Eduardo Benavides ha sugerido la modificación de los artículos 1445 y 1446.

Libro de Sucesiones.

Esta Comisión está integrada por los profesores César Fernández Arce, Javier Vargas Vargas, Augusto Ferrero, Juan Guillermo Lohmann y Juan Olavarria.

Se han realizado tres reuniones en las que se discutieron las posibilidades de modificación del articulado que conforma el Libro de Sucesiones. La Comisión ha distribuido entre sus miembros la presentación de propuestas concretas de modificación, sobre determinados aspectos del correspondiente Libro.

Libro de Reales.

La Comisión está integrada por los profesores Max Arias-Schreiber, Jorge Orihuela Iberico, Ronald Cárdenas Krenz, Víctor Guevara Pezo, Alberto Loayza Lazo, Jorge Vega Velasco, Guillermo García Montúfar, Raúl Canelo Rabanal, Jorge Avendaño Valdez, Lucy Henderson Palacios y María Murillo, actuando como secretaria la Doctora Katherine Christopherson Puh quien, para agilizar el trabajo de la Comisión, y con la colaboración del Doctor Ronald Cárdenas Krenz, Jorge Cantuarias y Andrés Emmerich, preparó un estudio de los Derechos Reales en nuestra legislación, rescatando las propuestas de modificación de los principales estudios de la materia a lo largo de los últimos diez años.

A la fecha se han realizado tres reuniones. Los proyectos presentados, que serán próximamente debatidos son: Anteproyecto de Ley de Propiedad Horizontal, preparado por el Doctor Max Arias-Schreiber y aquéllos propuestos tanto por el Doctor Guevara Pezo como por la Doctora Lucy Henderson. Estos, formulados de manera individual, proponen un estudio de los cambios que deben hacerse en este Libro de Derechos Reales. A estas propuestas se ha sumado un cuestionario de preguntas que alcanzó el Doctor Avendaño, acerca de las posibilidades de modificación de este Libro.»

Posteriormente, en la citada Revista (Revisión Crítica del Código Civil. En: Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 2, Número 2, marzo de 1993, Páginas 80 y 81) se volvió a hacer referencia al tema, anotándose lo siguiente:

«Como lo hiciéramos de conocimiento público el CIJ, a través de ocho comisiones, viene revisando el texto del Código Civil vigente con el objeto de actualizarlo y perfeccionarlo mediante la oportuna elaboración de una Ley de Enmiendas.

En los números sucesivos iremos publicando los textos que han sido materia de enmiendas para recoger sus comentarios, críticas y sugerencias.

Se trata de una tarea colectiva que a todos nos compromete.

Con esta edición hacemos de conocimiento de nuestros lectores las enmiendas aprobadas en la Comisión que viene estudiando el Libro de Sucesiones con su correspondiente Exposición de Motivos.

a) Libro de Personas:

Se ha concluido con una primera revisión integral del articulado del Libro del Derecho de las Personas habiéndose propuesto diversas enmiendas que tienden a mejorar su texto sobre la base de la ponencia presentada por el profesor Carlos Fernández Sessarego.

No obstante, se está estudiando con detenimiento materias que denotan dificultades teóricas o de aplicación a la realidad, como es el caso de la capacidad y el de las personas jurídicas, con especial referencia al tema de las fundaciones.

Colaboran en esta tarea los profesores Enrique Becerra Palomino, Víctor Guevara Pezo, Carlos Cárdenas Quirós, Alberto Loayza, Juan Morales Godo, Walter Rivera, Enrique Varsi, Yuri Vega, Laura Fantozzi y el Direc-

tor del CIJ profesor Carlos Fernández Sessarego. Ha anunciado su próxima incorporación el profesor Javier de Belaunde. Los graduados Olenka Woolcot y William Fernández de la Cruz participan en los trabajos de la Comisión.

b) Libro de Acto Jurídico:

La Comisión ha aprobado las enmiendas correspondientes a las Disposiciones Generales y a la Forma del Acto Jurídico con su correspondiente Exposición de Motivos. Se tuvo como base la ponencia presentada por el profesor Lizardo Taboada.

Participan en los trabajos de la Comisión los Profesores Fernando Vidal, Lizardo Taboada, José León Barandiarán Hart y Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, con la participación de William Fernández de la Cruz.

c) Libro de Familia:

Los problemas de carácter ideológico y social que contiene el Libro de Derecho de Familia han dificultado el avance de los trabajos. Los debates preliminares sobre diversos puntos teóricos absorbieron mucho tiempo. El trabajo se centra sobre las ponencias presentadas por los Doctores Alex Plácido y Enrique Varsi.

Han concurrido a las reuniones los profesores Nelson Reyes, Carlos Montoya Anguerry, Alex Plácido, Lisy Maquilón, Enrique Varsi, Milagros Terry y Luis Antúnez y Villegas.

d) Libro de Sucesiones:

En este número publicamos las enmiendas que, sobre la base de la ponencia presentada por el profesor Augusto Ferrero, fueran aprobadas por la Comisión y que corresponden a la Parte General, las mismas que van acompañadas de su Exposición de Motivos.

Participan de los trabajos de esta Comisión los Profesores Augusto Ferrero, César Fernández Arce, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Javier Vargas, Juan Olavarria, Dalia Suárez y Katherine Christopherson.

e) Libro de Reales:

Se dedicaron varias reuniones a la discusión en torno a los lineamientos básicos de la reforma del Libro de los Derechos Reales, los mismos que fueron aprobados y sobre cuya base se están elaborando los textos sustitutorios.

Intervienen en esta Comisión los Profesores Max Arias-Schreiber, Jorge Avendaño, Víctor Guevara Pezo, Guillermo García Montúfar, Jorge Vega, María Murillo, Ronald Cárdenas, Mario Castillo, Jorge Orihuela y Lucy Henderson.

f) Libro de Obligaciones:

La Comisión está elaborando las correspondientes enmiendas sobre la base de la ponencia presentada por el profesor Carlos Cárdenas Quirós. Intervienen en la Comisión los Profesores Gastón Fernández Cruz, Alberto Loayza, Eduardo Seminario, Edgardo Mosqueira y Luciano Barchi.

g) Fuentes de las Obligaciones (Parte General):

La Comisión concluyó su trabajo, habiéndose elaborado los textos de las enmiendas así como su correspondiente Exposición de Motivos.

Participaron activamente en los trabajos de la Comisión los Profesores Max Arias-Schreiber, Manuel de la Puente y Lavallo, Hugo Forno, Eduardo Benavides y Elvira Martínez Coco, actuando como Secretaria la Doctora Laura Fantozzi.

h) Fuentes de las Obligaciones (Parte Especial):

El grupo de trabajo inició su labor apenas culminó la tarea de la Comi-

Según expresiones del Doctor Fernández Sessarego⁽⁸⁾, vertidas cinco años más tarde, la idea de reformar el Código Civil de 1984 parte de sus propios autores:

«Luego de una década, después de conocer los comentarios producidos por juristas extranjeros y luego de un estudio colectivo e integral del Código, sus autores decidieron que había llegado la oportunidad de proceder a un análisis más detenido de sus disposiciones para suplir, aunque fuere de modo parcial, la ausencia de una jurisprudencia referencial. Por ello, de propia iniciativa promovieron la organización de equipos de trabajo integrados por profesores especialistas en las diversas ramas del Derecho Civil, provenientes de diversas Universidades y pertenecientes a distintas generaciones, para el efecto de abordar esta seria y desprendida tarea que nos conduciría a complementar el balance provisional al que hemos hecho referencia. Fue así que más de sesenta profesores, convocados por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, culminaron exitosamente su labor. Muchos de ellos son actualmente miembros de la Comisión Especial encargada de Elaborar un Proyecto de Ley de Reformas del Código Civil que, remozada, se reinstala formalmente en este acto.

El resultado del mencionado trabajo colectivo fue elevado al Congreso de la República el que, valorando su importancia y consciente de su misión dictó la Ley por la cual se constituía dicha Comisión con la finalidad que, sobre la base de dicho aporte académico, procediera a revisar el Código Civil para introducir en él las enmiendas que fueran necesarias.

sión encargada de la revisión de la Parte General del libro. La Comisión viene preparando las enmiendas sobre la base de la ponencia presentada por el profesor Max Arias-Schreiber Pezet.

Participan de los trabajos de la Comisión los profesores Max Arias-Schreiber, Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente, Eduardo Benavides, Hugo Forno, Víctor Raúl Ramírez, Aníbal Torres Vásquez, Elvira Martínez Coco, Edgardo Mosqueira y con la colaboración de Oswaldo Hundskopf y Rafael Roselló.» (El subrayado es nuestro. Lo hago, porque todos los hombres de Derecho teníamos que sentirnos comprometidos con esta idea y su desarrollo).

- (8) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Discurso pronunciado en la ceremonia de instalación de la Comisión Especial encargada de elaborar un Proyecto de Ley de Reformas del Código Civil, el 12 de febrero de 1997.

Es este, por consiguiente, el marco legal de su actividad. Sus integrantes somos plenamente conscientes de los alcances de nuestra tarea.

La inusual actitud asumida por los autores del Código extraño y hasta desconcertó a los más. Unos, tal vez los menos, pensaron que se trataba de un infrecuente gesto de humildad científica motivado por un afán de perfección sustentado en un servicio que se debía continuar prestando a la comunidad. Otros, posiblemente los que aún no conocen suficientemente el Código Civil y su doctrina, imaginaron ser testigos de una actitud destinada a cambiar un Código que, supuestamente, había devenido obsoleto. Los autores del Código que iniciaron este proceso de revisión son conscientes que lo impulsaron por varios motivos, entre los que podríamos citar tanto el afán, que no reconoce tregua, tendente a que el Código Civil peruano mantenga el honroso sitio en el que ha sido colocado por el derecho comparado como por la imperiosa necesidad de perfeccionar sus dispositivos luego de haber verificado la existencia de ciertos defectos y vacíos y al ineludible requerimiento de actualizarlo al ritmo de los avances de la ciencia y de los reclamos de la comunidad. Todas estas motivaciones conllevan a que el Código se mantenga lozano, en permanente sintonía con la realidad, hasta que el paso del tiempo obligue a su integral reestructuración.» (El subrayado es nuestro).

- **Discusión pública sobre la reforma del Código Civil.**

La discusión periodística y pública sobre la posibilidad de reformar el Código Civil de 1984 se inició con un artículo en el cual el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois⁽⁹⁾ hacía alusión a otro, bajo el mismo título, escrito por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle⁽¹⁰⁾.

(9) OLAEACHEA DU BOIS, Manuel Pablo. La Libertad de Contratar. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 4 de agosto de 1993, Página A-2.

(10) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La Libertad de Contratar. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 21 de julio de 1993, Página A-2. A propósito de la publicación del Proyecto de la nueva Constitución Política, que establece el principio de la intangibilidad del contrato, el Doctor Manuel de la Puente expresó –en el referido artículo– que la consagración

Olaechea, luego de referirse (en términos que a mi entender fueron innecesaria e injustamente duros frente a un hombre de tan altas condiciones personales y académicas) a los planteamientos de De la Puente, opuestos al artículo del entonces Proyecto de Constitución sobre la imposibilidad de modificar las condiciones de los contratos por normas legales, fue más allá, lanzando un argumento que nos sorprendió a todos: propuso derogar el Código Civil de 1984 y restablecer la vigencia del de 1936, por considerar al cuerpo legal en vigencia como plagado de errores y contradicciones incompatibles con los tiempos actuales⁽¹¹⁾.

constitucional de dicho principio constituiría un rezago del liberalismo, incompatible con la moderna orientación que reconoce la función social del contrato, y un evidente desvío de la posición tomada por el Código Civil de 1984, respecto a los alcances de la autonomía privada.

- (11) En el referido artículo, el Doctor Olaechea señalaba lo siguiente:

«En el diario 'El Comercio' de 21 de julio último y sobre el mismo tema se publica un interesante artículo de un distinguido hombre de leyes. Critica el autor el artículo 69º (no 66º) del proyecto de la nueva Constitución, tal como acaba de ser aprobado por el pleno del CCD.

Según ese artículo, 'los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial', es decir, se suprime la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materia de contratación, ya sea ésta entre particulares, o entre particulares y el Estado. Expresa el autor que lo guía el ánimo de perfeccionar la redacción de nuestra Carta Magna y que quiere señalar que el principio de la intangibilidad del contrato es un rezago del liberalismo. Afirma luego que la intervención del Estado en la contratación logra un equilibrio adecuado entre lo individual y lo social. Es el reconocimiento -dice- del llamado principio de la aplicación inmediata de la ley, que justifica la intervención para controlar la autonomía de la voluntad individual y que debe aplicarse tanto a los nuevos contratos como a las relaciones contractuales ya existentes en el momento de la entrada en vigencia del precepto que dispone la intervención.

Agrega que lo contrario no guardaría coherencia con los artículos 1351, 1354, 1355 y el III del Título Preliminar del Código Civil, todo lo cual coincide con su Exposición de Motivos. Anuncia así que la modificación de esos artículos producirá una hecatombe.

Preocupa pues al articulista que los jueces se vean obligados a aplicar la Constitución y que se ponga fin a la interferencia del Estado en los contratos, por lo que propone la supresión del texto aprobado por el CCD en la parte en que prohíbe modificar los términos contractuales mediante leyes o disposiciones de cualquier clase y que los contratos sólo puedan discutirse en la vía arbitral o judicial.

Lo primero que me ha sorprendido en este artículo es la forma peyorativa como se refiere al liberalismo como doctrina económica. Este punto de vista es compartido por los Codificadores de 1984 que en reiteradas opor-

tunidades han declarado estar a favor de la intervención estatal en el Derecho Privado en general y en la contratación en especial.

Lo curioso es que ese mismo día, en otro diario, se publica un cable de la Agencia AFP, procedente de Moscú, en el que el último dictador soviético, Mijail Gorbachov, hoy convencido del fracaso del colectivismo, declara que 'El socialismo era una utopía y el sistema soviético una utopía comunista impuesta por una dictadura'; y agrega la 'creación de un sistema socialista es irreal, es un sistema inventado'. Termina el líder soviético declarando que la idea socialista no debe ser abandonada por completo y que el capitalismo debe ser moderado con una dosis de socialismo.

Es evidente que en los momentos que vive el mundo, el comunismo y el socialismo han demostrado su total ineficacia para resolver los problemas morales, jurídicos y económicos de los pueblos y que se les considere periclitados. Esto después de haber producido mucho sufrimiento y muertes, especialmente entre los más pobres.

Si se examina el Código Civil de 1984 a la luz de lo que queda dicho, es evidente que también ha caducado, pues según declaraciones de sus autores fue redactado aplicando los principios (comunistas y socialistas) que informaron la revolución peruana iniciada en 1962-1963 y cuya incorporación fue impuesta como condición '**sine qua non**' a la Constitución de 1979. Los resultados los estamos palpando ahora.

Al resurgir las ideas liberales, también lo ha hecho la libertad individual, recuperando toda su vigencia las disposiciones del Código Civil de 1936, pues conjugan en adecuadas proporciones la autonomía de la voluntad y el interés social. El Código Civil de 1936 consideró el aspecto social en el ejercicio de los derechos, pero limitó exclusivamente al Poder Judicial interpretar y aplicar la ley, teniendo en cuenta el orden público, el derecho vigente, los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, etc.) y novedosos institutos como el abuso del derecho, el prudente arbitrio judicial, la revisión de los contratos y otros, todos impregnados de contenido social, para proteger a la parte más débil y suprimir situaciones de predominio, pero nunca la intervención estatal en los contratos por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, so pretexto de restablecer la justicia social que es cosa diferente. La intervención estatal trae consigo el desconocimiento del derecho que confunde con el abuso y crea la arbitrariedad. Supone la negación del derecho subjetivo o adquirido e impone la imprevista, abusiva y extemporánea intervención de quienes no están en posición de dictaminar sobre esos derechos. Es la pérdida de toda seguridad jurídica y de la libertad, cuyas consecuencias son el retraimiento de la inversión, la crisis, la desocupación y la miseria.

La misión del Estado en una economía libre es asegurar la libertad individual en su indivisible conjunto. No existen unas libertades y otras no. También impedir todo lo que interfiera la libre competencia en cualesquiera de sus formas y proteger a los más débiles.

El bienestar social reposa precisamente en la estabilidad del derecho subjetivo del individuo. Y esto lo contempla debidamente el Código Civil de 1936, que combina en justa medida el derecho individual con el elemento social que el Código Civil Alemán de 1899 aportó al derecho mundial. Mas no cabe. No se puede hacer derecho contra el derecho.

Los juegos de palabras para sostener teorías heterodoxas y esotéricas son muy peligrosos, sobre todo en materia jurídica. Los términos social y socialismo pueden ser sinónimos o no serlo. Depende de cómo y cuándo se

Paralelamente, la idea de estudio, revisión y reforma del Código Civil de la Universidad de Lima, fue estrechamente coordinada por quienes la impulsaban, con el Diario Oficial «El Peruano», el que publicó varias entrevistas al respecto. Entre ellas las formuladas a los Doctores Lizardo Taboada Córdova (el 23 de agosto de 1993), Max Arias-Schreiber Pezet (el 26 de octubre de 1993), Enrique Varsi Rospigliosi (el 1 de noviembre de 1993) y Carlos Fernández Sessarego (el 21 de diciembre del mismo año)⁽¹²⁾.

les utiliza. Una cosa es defender al más débil sin coactar la libertad individual y otra muy distinta referirse peyorativamente, al liberalismo y pretender la reimplantación de la arbitrariedad socialista, que convierte la persona en cosa. Una visita a Rusia y Europa del Este es suficiente para llegar a la conclusión que los Poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden intervenir en la actividad privada sin violar el derecho subjetivo y traer miseria y anarquía.

Las simultáneas declaraciones contrarias del articulista y del ex-dictador soviético confirman mi idea que el Código de 1984 no sólo debe ser derogado por sus múltiples errores y contradicciones reconocidas expresamente por sus autores, sino, y de modo principalísimo, porque está inspirado en la Constitución de 1979 cuyos errores ahora se trata de enmendar. Ambos deben partir al olvido por las mismas razones.

No hay magistrado, profesor o abogado por cuya mente no haya pasado en algún momento ese pensamiento. La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 son los símbolos o columnas que sostienen la desgraciada experiencia socialista iniciada en 1963. El texto del artículo 69 de la nueva Constitución es acertado y debe mantenerse. Integra el propósito de cambio del régimen económico y social del país para darle la estabilidad y seguridad necesarias.

Restablecer la vigencia del Código Civil de 1936 no es difícil. Basta sustituir sólidas instituciones desaparecidas en el aluvión socialista, como las cédulas hipotecarias, por ejemplo, por otras análogas que hoy pudieran existir, restablecer la vigencia de la propiedad mueble o inmueble rústica y urbana, lo que ya parcialmente se ha hecho y efectuar algunas correcciones en el texto de dicho cuerpo de leyes como fue el propósito inicial del Estado. El problema es sencillo.

El artículo 69 del proyecto de Constitución tal como ha sido aprobado, no tendrá las premonitorias características de caótica hecatombe que se derivarían de la derogatoria de varios artículos del Código Civil. Muchos otros deberían también ser suprimidos. Por el contrario, la prevista hecatombe como en Grecia, tendrá en este caso las connotaciones de una celebración de agradecimiento a los dioses, por el renacer del Derecho.» (El subrayado es nuestro).

- (12) La entrevista al Doctor Lizardo Taboada Córdova giró en torno a las reformas al Código Civil de 1984, y en ella señaló que el mismo contiene deficiencias que se han puesto en evidencia en foros académicos y en la doctrina peruana.

Entre tanto, Olaechea acometió contra la idea de revisión y probable reforma del Código de 1984, dirigiendo sus opiniones a defectos del mismo y a aparentes contradicciones de dos de los profesores antes mencionados (los Doctores Max Arias-Schreiber y Carlos Fernández Sessarego).

Por otra parte, el Doctor Max Arias-Schreiber, al ser entrevistado señaló que él y otros juristas no se creen depositarios de la verdad, y que, por el contrario buscan el mejoramiento de la legislación peruana.

En lo relativo a los objetivos y avances de los grupos de trabajo convocados por la Universidad de Lima, precisó que la finalidad no es otra que la de modificar las disposiciones del Código que tienen algunas deficiencias y sembrar lo que será el Código Civil Peruano del siglo XXI.

Para ello —dijo— se está trabajando a dos tiempos: a plazo inmediato, a fin de efectuar un reajuste de todo lo que tiene de deficiente el Código y a largo o mediano plazo para diseñar un nuevo Código Civil, o por lo menos sentando las bases para uno.

El Doctor Enrique Varsi Rospigliosi, por su parte, en un artículo titulado «La reformulación del Código Civil. Sus principales reformas», anota las modificaciones que ha tenido el Código Civil desde 1991, y efectúa algunos comentarios en pro de la reforma.

De otro lado, el Doctor Carlos Fernández Sessarego al ser entrevistado precisó que considera necesaria la permanente adecuación de la normatividad jurídica a las nuevas realidades sociales, porque una visión tridimensional de lo jurídico nos muestra que lo primario en el Derecho, aunque no lo único, es la vida humana social.

Agrega Fernández Sessarego que cualquier modificación trascendente que se produce en la realidad debería comportar, como inmediata consecuencia, la revisión, actualización, rectificación, abrogación o creación de nuevas normas jurídicas, según fuere el caso, en acción que busca la necesaria correlación entre vida humana y normatividad, pues, de lo contrario, esta última deviene en obsoleta.

Asimismo recuerda que a partir de 1965, cuando se redactó el Código Civil de 1984, no eran todavía exigencias prioritarias, por ejemplo, la regulación de la biotecnología, para ponerla al servicio del hombre, la fecundación humana asistida, la adecuación sexual en casos de transexualismo, la propiedad compartida; y tampoco se habían perfilado nuevos derechos de la persona, como es el caso del derecho a la identidad personal o el de la protección de la reserva en cuanto a los datos personales en archivos de todo tipo. Expresa que en los últimos diez años se han producido nuevos y sugerentes enfoques en materia de los derechos subjetivos, en cuanto a la responsabilidad civil, como en lo relativo a la aparición de nuevos contratos, entre otras situaciones.

Preguntado en relación a aquellas propuestas que plantean derogar el Código Civil actual y que retome vigencia el Código de 1936, Fernández Sessarego declara no conocer, en este sentido, ninguna propuesta que haya sido formulada por juristas o profesores conocedores de la materia. Por el contrario, anota que un nutrido y valioso grupo de civilistas, de diversas generaciones y universidades del país, trabajan con responsabilidad y creatividad, para perfeccionar y actualizar el vigente Código Civil de

La campaña del Doctor Olaechea en contra de la reforma del Código Civil de 1984, pero a favor de su derogatoria y el rescate del Código de 1936, rompió fuegos a través de un artículo periodístico⁽¹³⁾, una carta abierta al Director del Diario Oficial «El Peruano»⁽¹⁴⁾ y la publicación de un libro suyo⁽¹⁵⁾ en el que analiza diversas materias del Código Civil de 1984, resaltando sus defectos y proponiendo, reiteradas veces, su derogatoria, a la vez que la restitución de la vigencia del Código de 1936⁽¹⁶⁾.

El texto del artículo del Doctor Olaechea, publicado el 18 de noviembre de 1993, fue el siguiente:

1984 en lo que fuere menester. «Se trata del mejor homenaje que se le puede hacer a este cuerpo legal con ocasión de cumplirse, el próximo año, los primeros diez años de su promulgación.» (El subrayado es nuestro).

Agrega que volver al Código de 1936 significaría retornar, por ejemplo, a la absurda desigualdad jurídica entre marido y mujer, a la injusta discriminación sucesoria de los hijos extramatrimoniales, considerados «ilegítimos» por el Código derogado, o a la responsabilidad única del ingeniero por defectos en la construcción, con prescindencia de todos los otros profesionales que intervienen en el proceso, tales como proyectistas, arquitectos, calculistas estructurales, geólogos, urbanistas, ecologistas, entre otros.

(13) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. El Defectuoso Código Civil de 1984. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 18 de noviembre de 1993, Página A-2.

(14) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Carta Abierta publicada en el Diario «El Comercio», el 29 de noviembre de 1993.

(15) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Hacia un Nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la Deficiencia del Código Civil de 1984 lo Exigen. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1993.

(16) En dicho libro, el Doctor Olaechea (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 36 y siguientes) anota las principales críticas al Código Civil Peruano de 1984, destacando, en primer lugar, que al Código actual asiste un pseudo carácter teórico o científico que lo convierte en un manual elemental de Derecho Civil, plagado de inmovilizantes definiciones dogmáticas, en algunos casos inexactas o discutibles.

En segundo término, afirma que el Código omite tratar temas que le son propios o lo hace deficientemente y se ocupa de otros que le son ajenos, como el arbitraje. Asimismo, considera que para ser un Código Civil, en el verdadero sentido del término, no debió dejar de legislar sobre propiedad rústica, urbana y por pisos; además señala que incorporó en su texto, en forma orgánica y completa, la tesis socialista de la Constitución de 1979.

En tercer lugar, Olaechea refiere que el Código vigente, inspirado en la que él denomina «revolución socialista (1963 - 1990)», entonces predominante, está dominado por una nociva interferencia del Estado en la vida civil y por el propósito de reducir el valor de la autonomía de la voluntad, propiciando así la fragilidad e inseguridad de las reglas que gobiernan el acto jurídico y los contratos.

«Como lo expresaron los editoriales del 16 de marzo y 28 de mayo de 1984, 'El Comercio' sostenía que sólo debería modificarse el Código de 1936. Esa fue la autorización que indebidamente desbordaron los codificadores de 1984. Señalaba que existían numerosos aspectos que debían ser analizados y discutidos. No se dio la oportunidad; criticaba su carácter de manual didáctico como fuente de toda clase de confusiones. Así ha sucedido; señalaba los vacíos conceptuales, lo que es exacto; y, finalmente, pedía tiempo para su discusión y estudio, lo que hoy todos consideran que fue un pedido indiscutible.

Resulta ahora que los miembros de la Comisión Revisora del Código Civil han llegado a la convicción de que 'El Comercio' tiene razón y que el Código tiene vacíos, errores y deficiencias. Esto es sumamente importante pues ahora que ellos coinciden con la opinión general, existe unanimidad sobre la necesidad de modificarlo.

Sin embargo, en vez de plantear el problema al Estado han decidido ejercer nuevamente presión y con tal fin se han dedicado, según propia expresión, 'a marchas forzadas' y sin autorización oficial, esto es, clandestinamente, a preparar un nuevo proyecto.

En apoyo de su pretensión han recurrido al diario oficial 'El Peruano' iniciando una campaña para la revisión o actualización total del Código, llegándose inclusive a presentar el hecho, que ello se produzca tan sólo a los nueve años de su promulgación, como una hazaña sin precedentes y digna de elogio.

Coincidió con la afirmación, que el caso es único, pero no creo que sea motivo de orgullo sino de vergüenza. Aunque la profusa campaña publicitaria iniciada se presenta como un debate amplio y transparente en el que todos los puntos de vista se examinan, en realidad no es así.

Por experiencia personal estoy en posición de afirmar que sólo se publican artículos exaltando el fracasado Código y elogiando su prematura revisión. Se le declara uno de los mejores del mundo y acto seguido se elogia su corrección y/o actualización total.

Una breve referencia a los antecedentes de este asunto, permite situar el problema en su verdadera dimensión.

El Código Civil de 1936 es un gran Código en el que encuentran justo equilibrio el derecho subjetivo y el interés social. Era muy superior al de 1984 por su lenguaje, por sus fundamentos jurídicos y por su metodología. Casi medio siglo de experiencia había demostrado su bondad y todos convenían que sólo precisaba algunas modificaciones. Su reputación mundial era de primera. Con ese fin por Decreto Supremo de 1 de mayo de 1965 se nombró una Comisión que 'se encargaría de promover las enmiendas que justificaban las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes'. Nada más.

La Comisión, excediendo el encargo recibido, creyó conveniente convertirse en codificadores y redactar un novedoso y didáctico Código Civil que acentuase la intervención estatal, entonces en boga, en la vida de las personas; que no se ocupase del derecho de propiedad; que interfiriese la autonomía de la voluntad; que implantase 'el dirigismo en los contratos' y que impusiese la interferencia de la autoridad administrativa en su celebración.

Dice un refrán, que 'después de la representación no hay ensayos'. Y bien, el Código Civil no es propiedad de un grupo de personas, por mucho que personalmente me sienta vinculado con muchos de ellos por una antigua amistad, y tenga por todos ellos la más alta estima y el aprecio por su capacidad y sus conocimientos.

Simplemente son otros los elementos que deben tomarse en cuenta para lograr una solución adecuada. Pienso que la revisión y/o actualización integrales del Código Civil de 1984 es inconducente porque partir de un error ineluctablemente lleva a otro.

Las teorías que contiene el Código de 1984 han caducado en el mundo. Creo que no es posible que sus autores por un simple acto de voluntad puedan redactar otro proyecto con diferente ideología y adaptarse a la libertad económica de la economía social de mercado.

Confirma esta opinión el hecho que en las publicaciones de 'El Peruano' anuncien nuevas restricciones al derecho de propiedad.

¿Ignoran acaso que los cambios operados en la Constitución de 1993 y el paquete de decretos legislativos marchan en sentido contrario al Código de 1984?

La protección del derecho de propiedad no sólo es para quien la tiene, sino para hacerla deseable a quien no la tiene y esa es la principal conexión del derecho de propiedad con el interés social. Es lo que la hace deseable y provoca la acción, fuente de la riqueza, que en último término genera lo que Ludwig Erhard en frase feliz denominó 'bienestar para todos'.

Si tener derechos es reprochable y motivo de persecución estatal, reinstalaremos la miseria iniciada en 1963 con la política que el economista inglés Bauer llama el mejor negocio de nuestro tiempo: la redistribución de la riqueza, que ahuyenta el capital.

El suscrito estima como lo insinuaba 'El Comercio' en 1984, que hay que volver a nombrar otra Comisión, que formada por juristas con teorías jurídicas y económicas propias de la economía social de mercado hoy vigente, cumpla con el propósito inicial, esto es, el decreto dictado en 1965 para preparar una ley de enmiendas al Código Civil de 1936.

El Código Civil de 1984 debe ser derogado de inmediato por impracticable y restablecerse la vigencia del Código Civil de 1936, o sea, la situación que primó desde la Constitución de 1979 hasta 1984.

Si la incorporación de la Constitución de 1979 al Código de 1984 justificaba hacer una nueva codificación, hoy por la misma razón y fundamental, precisa incorporar al derecho civil los cambios que impone la Constitución de 1993.

Ello es preceptivo si se desea completar las reformas destinadas a restablecer la economía social de mercado, superando la intervención estatal y terminar así con la crisis en

que el país fue sumido como consecuencia de sustituir la acción del individuo por la del Estado.» (El subrayado es nuestro)⁽¹⁷⁾.

- (17) Y el tenor de la referida carta abierta, de fecha 29 de noviembre de 1993, es el que transcribimos a continuación:

«MANUEL P. OLAECHEA
Av. Salaverry 3197 - Lima - Perú
CARTA ABIERTA

Lima, 26 de noviembre de 1993

Señor

Horacio Gago Priale

Director de 'El Peruano'

Presente.

Muy señor mío:

Publico esta carta como aviso pagado, pues no deseo crear a algún diario problemas con usted.

Ignoro qué presiones o influencias puedan haber pesado sobre usted para que en forma incondicionada e irrestricta inicie una disparatada campaña a favor de la revisión y/o actualización completa del Código Civil de 1984, que sus autores quieren realizar para evitar su derogatoria por inaplicable. Esa misma revisión solicitaron antes de la promulgación de dicho Código todos los diarios e innumerables abogados, pero no fueron oídos y el Código se promulgó como resultado de las presiones.

La nueva actitud de los codificadores implica que hay unanimidad para la corrección completa de su obra.

En su incomprensible deseo de ayudar a los codificadores a realizar un nuevo ensayo, 'El Peruano', con el propósito de confundir a la opinión pública, llega a presentar como hazaña que el Código Civil de 1984 será el único en el mundo que gozará del privilegio de una revisión total antes de sus 10 años de vigencia. En realidad, como abogado, usted también sabe, que ese hecho es lamentable.

Cuando tomé conocimiento que el diario oficial 'El Peruano' había iniciado un debate público en forma de entrevistas a los autores del Código, pensé con todo fundamento que una colaboración, también en forma de entrevista, sosteniendo puntos de vista distintos encontraría acogida, pues ampliaría los ámbitos del debate.

Grande fue mi sorpresa cuando me enteré de su infundada negativa. 'El Peruano' es de todos y si abre un debate debe publicar todos los puntos de vista, sin temor al resultado, pues las ideas no se combaten fomentando un ominoso silencio. Un diario oficial supone esa mentalidad en quienes lo dirigen y aún me atrevo a afirmar, que de acuerdo con la ética periodística, pueda existir diario que se niegue a publicar ideas contrarias a las suyas por el temor de no poder refutarlas.

El cambio de la Constitución de 1933 constituyó principalísimo argumento de los codificadores de 1984 para la promulgación de su Código Civil que incorporaba los cambios contenidos en la Constitución de 1979. Esa misma razón justifica ahora la derogatoria del Código de 1984 y la vuelta

Luego, el Doctor Enrique Chirinos Soto⁽¹⁸⁾, plegándose a la opinión del Doctor Olaechea, señala que se propone presentar al Congreso un Proyecto de Ley que atienda los siguientes objetivos: derogar el Código Civil de 1984, restablecer la vigencia del Código Civil de 1936, nombrar una comisión del más alto nivel para introducir, en el Código Civil de 1936, las enmiendas que aconseje la necesidad de actualizarlo y de asegurar su compatibilidad con la Constitución de 1993.

Paralelamente –y, por coincidencia, el mismo día– se publicó el Volumen XV de la Biblioteca «Para leer el Código Civil» del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que el tiempo se encargará de calificar como la obra maestra del Derecho Nacional. En dicho tratado, su autor, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle⁽¹⁹⁾ efectuó un ilustrativo comentario sobre el tema de la pretendida y voceada reforma del Código Civil, expresando lo siguiente:

«No quiero terminar esta obra sin expresar una preocupación que me desasosiega. Pese a considerar que la Sección Primera del Libro VII del Código Civil constituye un excelente conjunto de disposiciones que de una manera bastante coherente profundiza con responsabilidad la problemática de la contratación moderna, debo reconocer que, como toda factura humana, adolece de defectos que afean la obra legislativa. Frente a estos incuestionables defectos, existe una corriente de opinión que, no obstante su loable mérito en destacarlos, se orienta hacia corregirlos mediante la modificación o supresión de las normas jurídicas correspondientes. Pienso que debemos afrontar una realidad. Los Códigos no son una secuencia de disposiciones colocadas caprichosamente unas al lado de las otras, sino un todo orgánico en que cada una de sus normas, especialmente las que inte-

al de 1936, que combina en justas proporciones el interés social y el derecho subjetivo, esto es, la economía social de mercado y la libertad individual, en vez del dirigismo estatal.

Atentamente.» (El subrayado es nuestro).

(18) CHIRINOS SOTO, Enrique. Contra el Código Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 18 de enero de 1994, Página A-2.

(19) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XV, Segunda Parte, Tomo VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, Páginas 597 y 598.

gran cada Sección, responde a un plan integral que las vincula íntima y ordenadamente, de tal manera que el cambio o supresión de una de ellas rompe la armonía del conjunto. Como los Códigos no pueden sustituirse rápidamente, pues son redactados con una vocación de permanencia, pienso que el camino adecuado es tomar una actitud más positiva e intentar la interpretación de la norma cuestionada utilizando especialmente los medios o elementos lógico y sistemático, para otorgarle su verdadero sentido a través de su relación con las demás del conjunto. Sólo así lograremos conservar nuestro Código de acuerdo a la concepción que lo inspiró, adecuando meditadamente su espíritu a la constante evolución del Derecho, sin restarle coherencia y unidad. Es admirable, en este sentido, la jurisprudencia francesa que ha logrado actualizar el viejo Código Napoleón, sin necesidad de recurrir a cambios legislativos superables.

Unicamente si se detectan verdaderos errores conceptuales innatos, que resulten insalvables de otro modo, será menester tomar el duro camino de la modificación radical. De igual manera, esa medida deberá tomarse si el devenir nos depara tales cambios ideológicos en la noción del Derecho contractual que la reestructuración de su manifestación positiva sea inevitable para adecuarse a la nueva realidad.» (El subrayado es nuestro).

Días más tarde, el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet⁽²⁰⁾ escribe un artículo en el que afirma que la promulgación del Código Civil no se hizo en forma apresurada, pues su proyecto fue debatido no sólo en el Colegio de Abogados de Lima, sino también en otros Colegios de la República y en varias Facultades de Derecho de Universidades nacionales y privadas, a nivel nacional.

Por otra parte, considera que el hecho de afirmar que el Código Civil de 1984 es el más avanzado del mundo y, a su vez, participar en trabajos que intentan enmendarlo, no es una contradicción, sino más bien un acto que denota voluntad de superación.

(20) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En Defensa del Código Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 9 de febrero de 1994, Página A-2.

En opinión de Arias-Schreiber no existe conflicto alguno entre la Constitución de 1993 y el Código Civil.

Estima, asimismo, que no es exacto afirmar que el Código vigente se inspira en el dirigismo contractual y que la propuesta de restablecer la vigencia del Código Civil de 1936 importaría un retroceso de 50 años y un caos legislativo.

Por su parte, el Doctor Chirinos Soto⁽²¹⁾ escribe otro artículo respondiendo al que acababa de publicar Max Arias-Schreiber Pezet.

Luego de cinco meses en los que no se trató el tema públicamente, el Diario Oficial «El Peruano» divulga una noticia basada en una entrevista al Doctor Carlos Fernández Sessarego⁽²²⁾.

Por otra parte, el Doctor Yuri Vega Mere⁽²³⁾, miembro del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, publica un artículo —en la línea del Doctor Fernández Sessarego— a través del cual destaca las bondades del Código Civil de 1984.

Posteriormente, el Doctor Carlos Cárdenas Quirós⁽²⁴⁾, también miembro del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima y partícipe de la idea de reformar el Código Civil, precisó en una entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano» que el Código Civil es un buen texto que requiere afinarse en algunas cuestiones. Por ejemplo, en el Derecho de las Personas considera que se debería incorporar el tema de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea —a propósito de la cual el Código no se pronuncia— pero sólo para establecer lineamientos generales, pues estima preferible que sea desarrollado por una ley especial.

(21) CHIRINOS SOTO, Enrique. Sobre el Código Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 8 de marzo de 1994, Página A-2.

(22) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 16 de agosto de 1994.

(23) VEGA MERE, Yuri. Los Diez Años del Código Civil. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 2 de septiembre de 1994.

(24) CARDENAS QUIROS, Carlos. Reflexiones sobre nuestro Derecho Civil. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 11 de octubre de 1994.

Sobre el tema de la manipulación o desecho de los componentes genéticos afirma que debe proscribirse.

En lo referente al trasplante de órganos, considera que habría que apostar a algunas soluciones para establecer como regla general el principio de presunción de disposición, que ahora está restringido al caso de accidentes.

Por otra parte, Cárdenas Quirós expresa que en el caso del Libro de Acto Jurídico, habría que corregir algunos aspectos vinculados con la representación; en tanto que en materia de Derechos Reales, la reforma debería ser mucho más importante, porque éste es el Libro que tiene mayores defectos. Considera que dicha reforma debería evaluar una solución distinta a propósito de la transferencia de propiedad de los bienes y de la organización de las garantías; así como prever una regulación sobre el tema de la multipropiedad, la propiedad a tiempo compartido, y la propiedad horizontal, en vez de una simple remisión sobre esta última.

En Contratos –agrega–, resulta inevitable ajustar diversos preceptos del Código a la nueva Constitución, aun cuando se ha producido una modificación tácita de muchas normas. Es fundamental incorporar nuevos contratos, como el **factoring** y el **franchising**. Pero considera que ello no es algo urgente.

Por último, Cárdenas estima que la lectura e interpretación del Código no debe ser coto exclusivo de iniciados; agregando que las normas deben estar redactadas de tal manera que por lo menos en sus aspectos generales puedan ser fácilmente comprensibles, pues considera que la ley también debe enseñar, debe cumplir una función docente, y eso parte de que esté bien escrita y se difunda.

En noviembre de 1994, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle⁽²⁵⁾ expresó que una de las maneras, la mejor quizá, de paliar los efectos negativos del estatismo (inmovilidad de lo estático) del Derecho que produce la codificación es actualizar perió-

(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La Codificación. Artículo publicado en *Thémis*, Revista de Derecho, Segunda Epoca, Número 29, junio de 1994, Páginas 29 a 36.

dicamente los Códigos mediante el cambio de aquellas normas que han devenido inadecuadas, bien sea por defectos intrínsecos o bien por la cambiante realidad de la vida, que siempre avienta al Derecho.

El Código Civil Peruano de 1984, en su opinión, pese a sus incuestionables méritos, adolece ya de las consecuencias del estatismo del Derecho causado por los cambios ocurridos durante los diez años transcurridos desde su entrada en vigencia. Por ello considera que es el momento propicio para adecuar sus disposiciones a las situaciones producidas por dichos cambios.

Por otra parte, precisa anotarse que con fecha 9 de noviembre de 1994 el Pleno del Congreso Constituyente Democrático aprobó el Proyecto de Ley que autoriza la creación de una Comisión para que elabore un Anteproyecto de Reforma al Código Civil.

Al respecto, el Diario Oficial «El Peruano» publicó una noticia⁽²⁶⁾ en la que destacaba la necesidad de revisar las instituciones reguladas por el Código Civil, adecuándolas a la nueva Constitución, y de subsanar las imperfecciones advertidas durante los 10 años de su vigencia, a fin de renovarlo con los últimos aportes de la doctrina y las necesidades de la realidad nacional.

El 11 de noviembre de 1994, el Diario Oficial «El Peruano» publicó una entrevista efectuada a alguien que no formaba parte del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, ni de la idea de reformar integralmente el Código Civil. Se trataba del Doctor Felipe Osterling Parodi⁽²⁷⁾.

Osterling considera en esa entrevista que el Código Civil de 1984 es moderno, de avanzada, que contempla instituciones distintas a las previstas en el Código Civil de 1936. Agrega que si bien este último fue bueno para su época, el transcurso del tiempo determinó que se sucedieran cambios fundamentales que ameritaban un marco normativo acorde a ellos.

(26) Noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 10 de noviembre de 1994, Página B-4.

(27) OSTERLING PARODI, Felipe. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 11 de noviembre de 1994.

Refiere, asimismo, que el Código Civil de 1984 no es –en lo absoluto– de corte estatista. Por el contrario, se trata de un Código que se adapta perfectamente a los lineamientos normativos consignados en la Constitución de 1993.

Sin embargo, estima que como toda obra humana, el Código es susceptible de perfeccionarse, aun cuando no cree que exista apremio para ello; y agrega –en tal sentido– que el Código requiere sedimentarse un poco más.

Por su parte, el Doctor Fernando de Trazegnies Granda⁽²⁸⁾, en una entrevista aparecida en el Diario Oficial «El Peruano» expresó lo siguiente:

«Considero que los Códigos deben permanecer más tiempo con el objeto de que ingresen un poco a la conciencia nacional, a la vida jurídica, sean entendidos, sean usados y, a raíz de ello, ver hasta dónde vamos. De repente, como consecuencia de ello, podamos pensar en cambiarlo (De Trazegnies se refiere al Código Civil Peruano de 1984).

En Francia, el Código Napoleónico está desde 1804. Es verdad que ha sido modificado en muchas partes, pero, fundamentalmente, el trabajo interesante ha sido el aportado por la jurisprudencia. Esta le ha dado nuevos sentidos a las mismas reglas, pero las reglas están allí, permanecen.

A mí me preocupa un poco esta afición existente en el Perú a cambiar las cosas muy rápidamente. Cuando uno se pasea por las ciudades nuestras ve que todo está en construcción, porque todo lo que acaba de ser construido inmediatamente es demolido para hacerle una ala adicional o para implementarle una cosa nueva. Existe una permanente construcción, reconstrucción y reedificación; un poco con el Derecho, parece, nos está pasando lo mismo. Creo que esto no es bueno.

Yo preferiría dejar el Código tal como está, a pesar que soy un crítico de muchas partes del Código, particularmente de

(28) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 14 de noviembre de 1994.

la parte de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, es importante dejar que la jurisprudencia y la doctrina puedan, imaginativamente, transformar el Código, hasta que no dé más. Entonces, en ese momento, ya se podrá dar una nueva norma.» (El subrayado es nuestro).

El 14 de noviembre de 1994 se presentó en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima, la Primera Parte (Tomos I, II, III y IV) del Tratado de las Obligaciones, obra del Doctor Felipe Osterling Parodi y el suscrito. Dicha presentación fue ocasión propicia para que quienes encarnábamos la idea de no reformar el Código expresáramos nuestros puntos de vista.

Al respecto, nos pronunciamos el Doctor Fernando de Trazegnies Granda, Presidente del Fondo Editorial de la Universidad Católica, cuya Biblioteca «Para leer el Código Civil» cumplía exactamente diez años (y la idea de crearla fue precisamente suya), el Doctor Felipe Osterling Parodi y el autor de estas páginas.

Al día siguiente, el Diario «El Comercio» publicó una noticia⁽²⁹⁾ en la que señalaba que para un importante sector de juristas peruanos, el Código Civil de 1984 es un cuerpo de leyes moderno que permite la regulación de las más sofisticadas relaciones civiles y no requiere de una mayor modificación, porque no contradice el espíritu de la Constitución Política de 1993. Dicha noticia tenía como marco de referencia al acto de presentación de nuestro Tratado.

Ahora bien, con fecha 22 de noviembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la Ley N° 26394, mediante la cual se constituyó una Comisión para que elaborase una Ley de Enmiendas al Código Civil. Fue entonces que las labores de reforma del Código Civil alcanzaron el carácter oficial que de modo tan ansioso y persistente buscaban desde 1992 sus propulsores⁽³⁰⁾.

(29) Noticia publicada en el Diario «El Comercio», el 15 de noviembre de 1994, Página A-7.

(30) El texto de dicha Ley es el siguiente:

«CONSTITUYEN COMISION ENCARGADA DE ELABORAR EL

Dicha Comisión quedó integrada por los Doctores Carlos Torres y Torres Lara (su Presidente), Ricardo Marcenaro Frers, César Fernández Arce y Róger Cáceres Velásquez (como Congresistas), y por Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Héctor Cornejo Chávez (como representantes del Poder Ejecutivo); siendo nombrado oficialmente como Asesor Técnico de la misma el Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien al fin y al cabo era la persona que había iniciado e impulsado la idea de reformar el Código de 1984.

Debo confesar que nunca me quedó clara la idea de cuál podría ser la función de un «Asesor Técnico». No me explico por

ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL LEY N° 26394

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

POR CUANTO:

El Congreso Constituyente Democrático ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO:

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1°.- Constitúyase una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, la cual estará integrada por cuatro representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución y Reglamento, uno de los cuales la presidirá; tres representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia.

Artículo 2°.- La Comisión a que se refiere el artículo anterior podrá constituir subcomisiones con la participación de especialistas, representantes de los colegios profesionales, universidades e instituciones de investigación.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

JAIME YOSHIYAMA

Presidente del Congreso

Constituyente Democrático

VICTOR JOY WAY ROJAS

Segundo Vicepresidente del Congreso

Constituyente Democrático.

SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República.

FERNANDO VEGA SANTA-GADEA

Ministro de Justicia».

qué no se nombró al Doctor Fernández Sessarego como integrante de la Comisión, si era él –precisamente– quien había hecho que se elaborara y promulgara dicha Ley, por la que se constituyó la referida Comisión.

Por otra parte, en lo personal, quien escribe estas páginas y otros colegas percibíamos las fechas coincidentes entre la aprobación (10 de noviembre) y publicación (18 de noviembre) de esa Ley, con respecto al acto de presentación de nuestro Tratado de las Obligaciones, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en el que se resaltó el importante papel que tuvo nuestra Casa de Estudios en el anterior proceso codificador y en la labor de comentarios y estudios del Código de 1984.

La promulgación y publicación de esta norma legal era un innegable punto de partida para pretender hacer girar la importancia en cuanto al Derecho Civil, de la Universidad Católica a la Universidad de Lima, pues más allá de quienes integraran la Comisión, el control de la misma lo tendría –obviamente– el Centro de Investigación Jurídica de esta última Casa de Estudios.

Por otra parte, el círculo debía cerrarse con lo previsto en el artículo 2 de la propia Ley, que autorizaba a la Comisión a nombrar Sub-Comisiones «con la participación de especialistas, representantes de los colegios profesionales, universidades e instituciones de investigación». Este numeral tenía –obviamente– nombre propio: el referido Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, en donde el trabajo estaba arraigado y –en cierta forma– encaminado.

Pero esto también llevó a que algunas otras Casas de Estudios intentasen formar Sub-Comisiones de trabajo. Recuerdo el caso concreto de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, cuya Facultad de Derecho quiso constituir una, en coordinación con el Presidente de la Comisión, también catedrático de esa Casa de Estudios, Doctor Carlos Torres y Torres Lara.

Cuando mi gran amiga y admirable jurista, mujer de Derecho y catedrática de nota, la Doctora Gabriela Aranibar Fernández-Dávila tuvo la fineza de convocarme a participar en dicho proyecto (a fines de 1994), me niego a integrar la referida Sub-Comisión y le expuse verbalmente mis razones, reconociendo

do en ella y en las demás autoridades de ésta, mi querida Facultad, la muy buena fe y el espíritu de colaboración con los que deseaban contribuir con el Proceso de Reforma al Código Civil.

Pero les precisé que la Comisión Oficial conmigo nunca iba a contar –directa ni indirectamente– para tales efectos.

Días más tarde, el Doctor Fernando de Trazegnies Granda⁽³¹⁾, publicó un artículo en el que se refirió al tema que nos ocupa y al Tratado de las Obligaciones, expresando lo siguiente:

«Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre han escrito un ciclópeo Tratado de las Obligaciones en nueve tomos, que constituye un aporte insólito a la bibliografía jurídica nacional.

Abogado ilustre, legislador sapiente, admirado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, político digno, Osterling ha encontrado afortunadamente todavía tiempo para realizar una reflexión monumental. Y Mario Castillo Freyre, también profesor de la misma Universidad, joven y entusiasta investigador que en pocos años ha publicado ya varios libros, ha brindado la colaboración intelectual necesaria para hacer posible este Tratado.

El Derecho Civil ocupa una posición central dentro del sistema jurídico. Desde Roma, el Derecho Civil ha sido una suerte de matriz jurídica, en cuyo interior se formaban los diversos tipos de derechos especiales: las ideas nucleares, los desarrollos más importantes, se presentaban en el Derecho Civil; y, desde allí, daban nacimiento a las regulaciones particulares. Es verdad que el Derecho se hizo después bastante complejo y que requirió la aparición de cuerpos de doctrina independientes. Sin embargo, el Derecho Civil ha mantenido su protagonismo porque tiene a su cargo la difícil tarea de realizar la justicia con relación a los hitos más importantes de la vida humana: el nacimiento, la familia, el

(31) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Obligación de Salvar el Derecho Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 23 de noviembre de 1994, Página A-2.

matrimonio, la relación con los bienes a través de la propiedad, la relación con las otras personas a través del Derecho de Obligaciones y de los Contratos, y finalmente la muerte y la sucesión. Toda la gama vital del ser humano, desde su inicio hasta su fin, está presente en el Derecho Civil.

En el presente siglo, el Derecho Civil sufrió dos graves ataques que, aunque provenientes de frentes distintos, condujeron ambos a una pérdida de terreno.

De un lado, las tendencias socialistas y estatizantes menospreciaron el Derecho Civil para privilegiar el Derecho Público. De otro lado, el propio Derecho Civil, atemorizado por los nuevos desafíos, incapaz de afrontarlos creativamente con innovaciones que permitieran integrar dentro de su propio espíritu tanto las nuevas situaciones sociales como las nuevas ideas, prefirió muchas veces ignorar esos desarrollos y se fue postergando a sí mismo. Los juristas publicistas, agresivamente, usurparon campos del Derecho Civil, le arrancaron áreas a mordiscos hasta mutilarlo gravemente. Los civilistas, en vez de defender sus territorios conceptuales, prefirieron replegarse: tímidamente, se encogieron. La típica estrategia de encogimiento consistió en dejar los temas difíciles para que se ocupen de ellos las leyes especiales, de manera que cada vez lo importante venía siendo regulado por leyes ajenas al Código Civil. En otras palabras, ante el asedio de las ideas diferentes, se optó por dar por perdidos los terrenos ya conquistados por el Derecho Público o por los derechos especializados y levantar muros más altos que protegieran los restos; de esta manera, se construyó un castillo que pretendía ser seguro frente a los ataques de los nuevos derechos pero, al mismo tiempo, esos muros aislaron el Derecho Civil y convirtieron el castillo defensivo en una prisión.

Un importante esfuerzo en nuestro medio por volver a situar el Derecho Civil en el lugar que le corresponde dentro de la vida social fue el Código de 1984; y los resultados de ese estímulo no se han hecho esperar, como se aprecia de la inmensa producción doctrinaria civilista que ha aparecido en los últimos diez años.

Sin embargo, el esfuerzo codificador fue todavía tímido en

muchos aspectos, dejó muchas cosas al margen. Y ahora, diez años después, parecería que la timidez no ha sido vencida y que el recurso a 'soplarle la pluma' a las leyes especiales todavía está presente en algunas propuestas de modificación.

Quizá no estamos todavía preparados para una modificación integral del Código, quizá el camino legislativo no es el más adecuado todavía para un 'aggiornamento'. Hay mucho trabajo de reflexión por hacer; y antes que cambiar un Código por otro –e incluso antes que introducirle modificaciones importantes al actual Código– debemos poner en orden nuestras ideas y extraer todo lo que sea posible del texto vigente. La doctrina y la jurisprudencia, actuando creativamente, pueden introducir muchísimas innovaciones con carácter experimental, tanteando reflexivamente hasta encontrar la vía más adecuada. Los Códigos no deben cambiarse a cada rato: eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa. El Código Napoleón sigue vigente en Francia desde hace 190 años. Pero ello ha sido posible porque la doctrina y la jurisprudencia francesa no han tenido miedo a la innovación y han ido introduciendo nuevos sentidos al viejo texto legal.

Uno de los esfuerzos más serios para repensar el Derecho Civil en profundidad y contribuir de esta forma a salvarlo, es el libro que comentamos en esta nota.» (El subrayado es nuestro).

De otro lado, el Doctor Fernando Vidal Ramírez⁽³²⁾ manifestó en una entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano» que no cree en los Códigos Civiles perfectos; que la promulgación de la Constitución de 1993 amerita una adecuación del Código y que existen algunos aspectos que dentro del avance de la ciencia tienen que ser previstos por el Código, sobre todo en materia de Derecho de las Personas.

Vidal Ramírez considera además que el Código debería dar la posibilidad de aplicar el Derecho Consuetudinario, ya que en

(32) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 6 de diciembre de 1994, Página B-8.

la sociedad peruana existen distancias de orden cultural, étnico y económico.

Por último, señala que el Código requiere de revisión en diversas materias, no con la finalidad de derogarlo sino para evitar las contradicciones y superar las imperfecciones que tiene.

De otro lado, el Doctor Jorge Muñoz Ziches⁽³³⁾ señaló en una entrevista aparecida en el Diario Oficial «El Peruano» que si bien el Código del 84 recogió en su oportunidad muchos de los cambios producidos en el mundo en los últimos diez años, éste ha evolucionado aún más. Pero estima que esta situación no ameritaría una modificación del Código.

Precisa que con ello no quiere negar la posibilidad de un cambio a futuro; el mundo avanza vertiginosamente -dice- y hay que adaptarse a él en todos los aspectos; hay que modificar el Código cuando sea necesario, pero no cree que éste sea el momento, por lo que no coincide con los fundamentos de quienes sostienen que el Código debe cambiarse.

Afirma que hay quienes piensan que todo debe ser legislado, pero esto no siempre conlleva a buenos resultados; y precisa que las nuevas formas contractuales, entre ellas el **franchising**, se van nutriendo con tanta facilidad en el tiempo, que si uno las legisla e introduce en un Código, cuya característica es su permanencia en el tiempo, prontamente podrían quedar desactualizadas si es que se les quiere regular estrictamente y no establecer normas de carácter general.

Considera que todos aquellos que de una u otra manera estamos involucrados con el Derecho y queremos cumplir con el país, debemos estudiar, analizar y discutir los temas ligados a nuestra realidad; pero pensar en cambiar el Código cada vez que la realidad nos presenta una nueva figura, le parece un poco exagerado.

En lo referente a si debe o no establecerse un plazo máximo a la Comisión para que determine las modificaciones a efectuar

(33) MUÑOZ ZICHES, Jorge. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 9 de diciembre de 1994, Página B-6.

en el Código. Muñiz considera que si alguien va a hacer un trabajo responsable como es una revisión integral, un año no es suficiente, sobre todo si no se cuenta con la disponibilidad de tiempo completo de los especialistas; estima que en un año lo único que podría hacerse es la revisión –tal vez– de un máximo de cinco artículos del Código, y no más.

Precisa asimismo que no debemos olvidar que el Código del 84 tiene una virtud: su coordinación, la misma que tomó casi tres años de trabajo meticuloso a cada uno de los miembros de la Comisión.

Por otra parte, el Doctor Jack Bigio Chrem⁽³⁴⁾ narra en un artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano» las labores de la Comisión Revisora del Código Civil promulgado en 1984.

Debo indicar que el Doctor Bigio, gran amigo de quien escribe estas páginas, comparte mis puntos de vista contrarios a la idea de reforma integral al Código Civil. Con él hemos sostenido diversas conversaciones al respecto –todas ellas coincidentes, por cierto–. Este artículo apuntaba –precisamente– a llamar a reflexión sobre la materia y apuntaban a detener el proceso de reforma que oficialmente se encontraba en marcha, desde habían tres semanas⁽³⁵⁾.

Con fecha sábado 7 de enero de 1995, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» una Separata Especial con los Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984, relativos a las modificaciones o enmiendas a los artículos 1, 3, 5, 8, 17, 35, 36, 77, 78, 79, 84, 93, 141, 148, 149, 150, 154,

(34) BIGIO CHREM, Jack. La Historia Desconocida del Código Civil de 1984. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 12 de diciembre de 1994, Página B-6.

(35) El texto del referido artículo fue el siguiente:
«A raíz de haberse cumplido diez años de la vigencia del Código Civil de 1984, he creído conveniente dar a conocer la historia, jamás contada, acerca de cómo trabajó la Comisión Revisora del Código Civil.
Dicha comisión estuvo integrada por tres senadores: los doctores Javier Alva Orlandini, Edmundo Haya de la Torre y Róger Cáceres Velásquez, por tres diputados: los doctores Roberto Ramírez del Villar, Ricardo Castro Becerra y Rodolfo Zamalloa Loaiza y por tres representantes designados por el Poder Ejecutivo: los Doctores César Fernández Arce, Guillermo Velaochaga Miranda y quien escribe estas líneas. Era, evidentemente, una

composición heterogénea. Muy pocos miembros se conocían entre sí. Personalmente sólo conocía a los otros representantes del Poder Ejecutivo.

La Comisión Revisora se instaló el 14 de octubre de 1982, en el despacho del entonces Ministro de Justicia, Doctor Armando Buendía Gutiérrez. En la sesión de instalación nos presentamos todos los miembros y se designó a los doctores Javier Alva Orlandini y César Fernández Arce como presidente y vice-presidente, respectivamente, de la Comisión Revisora. Ambos tenían holgados merecimientos para tal distinción ya que el primero era vicepresidente de la República y el segundo había sido un brillante presidente de la Corte Suprema de la República.

En la sesión siguiente, llevada a cabo en la sede del Ministerio de Justicia, el 30 de octubre de 1982, se nombró a los miembros que tendrían a su cargo actuar como ponentes en el seno de la comisión, a propuesta de los doctores Alva Orlandini y Zamalloa Loaiza.

El Presidente de la Comisión, doctor Alva Orlandini, tuvo la responsabilidad de actuar como ponente del Título Preliminar y fue quien, en su condición de tal, propuso la creación del libro de Derecho Internacional Privado.

Los Doctores Fernández Arce y Velaochaga Miranda fueron nominados como ponentes del libro de Personas.

El Doctor Fernández Arce fue nombrado como ponente de los libros de Familia y Sucesiones.

Finalmente, el autor de estas líneas tuvo el honroso pero delicado encargo de actuar como ponente de los libros de Acto Jurídico, Derechos Reales, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones y Prescripción y Caducidad. Se me confió, además, la redacción del libro de Registros Públicos, cuya materia no fue incluida en el Proyecto de Código Civil de 1981 en revisión.

Es preciso hacer hincapié que la Comisión Revisora tuvo como asesores a los doctores Roberto Mac Lean Ugarteche y José León Barandiarán Hart, a quienes se confió la ponencia del libro de Derecho Internacional Privado; al doctor Marcial Rubio Correa quien asesoró a la Comisión en el Título Preliminar y en la Responsabilidad Extracontractual y al doctor Víctor Raúl Ramírez Vásquez coponente del libro de Registros Públicos y autor de diversas propuestas incorporadas al Código Civil.

En honor a la verdad, la ponencia acerca de la Responsabilidad Extracontractual fue presentada por el doctor José León Barandiarán, por encargo de la Comisión Revisora, luego que ésta escuchara las críticas a la ponencia que fue incorporada al proyecto de Código Civil de 1981.

Debo indicar que, a pesar de que en el seno de la Comisión Revisora existían ponentes de cada uno de los libros del Código Civil, todos los artículos de éste fueron examinados por el pleno de la comisión y cualquiera de sus miembros formuló propuestas, observaciones y sugerencias en todos los temas tratados por el Código Civil. Inclusive, los integrantes de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 formularon diversas propuestas, la mayoría de las cuales fueron recogidas e incorporadas al cuerpo civil vigente.

Actuaron de secretarios, sucesivamente, los Doctores Jorge Muñiz Ziches, Jorge Rodríguez Vélez, Arturo Wertheman Rivas y Walter Rivera Vilchez.

La Comisión trabajó intensamente durante dos años y un mes y su trabajo dio lugar a la promulgación del Decreto Legislativo N° 295 (Código Civil) y los decretos legislativos complementarios N° 310 relativo a las modificaciones del Código de Procedimientos Civiles, 311 (Ley General de So-

cidades), Norma para prevenir la usurpación (Decreto Legislativo N° 312), Ley General de Expropiación (Decreto Legislativo N° 313).

En el día de la promulgación del Decreto Legislativo N° 295, mediante el cual se promulgó el Código Civil aprobado por la Comisión Revisora, los miembros de ésta fuimos citados al Ministerio de Justicia para la firma de la autógrafa correspondiente, de la cual se excusó de suscribir, en acto de ejemplar honestidad, el doctor Roberto Ramírez del Villar. El Decreto Legislativo referido fue suscrito por el Presidente Constitucional de la República, arquitecto Fernando Belaunde Terry, y por el titular del Ministerio de Justicia, doctor Max Arias-Schreiber Pezet.

En el desempeño de su honrosa tarea la Comisión Revisora invitó especialmente a sus primeras sesiones al entonces Ministro de Justicia Doctor Armando Buendía Gutiérrez, quien prestó su valioso concurso, en los libros de Personas y Familia.

La Comisión escuchó, además, a los señores integrantes de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, quienes asistieron a las sesiones correspondientes en que fueron examinadas sus respectivas ponencias. Recuerdo bien que el primer invitado fue el Doctor Rómulo Lanatta Guilhem, quien expuso brillantemente y de manera sencilla sus propuestas en relación al libro de Sucesiones. Tengo la imagen viva que al término de su exposición los asistentes coreamos ¡Viva el Perú!, en señal de satisfacción por el Código Civil que empezaba a gestarse en su fase final.

A las siguientes sesiones asistieron especialmente invitados, para tratar los temas de sus respectivas ponencias, los siguientes juristas: doctores Héctor Cornejo Chávez, José León Barandiarán, Carlos Fernández Sessarego, Manuel de la Puente y Lavalle, Shoshana Zusman Tinman, Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Cárdenas Quirós, Fernando Vidal Ramírez y Delia Revoredo de Mur, en el orden en que fueron llamados.

La Comisión Revisora se propuso trabajar intensamente para terminar su labor en dos meses. Nos pusimos la meta de concluir a fines de diciembre de 1982. Recuerdo que hice notar a los demás miembros, que la comisión que tuvo a su cargo la misma tarea en el año 1936 sesionó durante 2 meses y 4 días y ésa era la intención inicial.

A medida que se avanzaba en el trabajo de revisión del Proyecto de Código Civil de 1981, nos dimos cuenta de que la tarea era cada vez más difícil y apasionante. Las reuniones eran casi todos los días, desde la nueve de la mañana hasta las dos de la tarde. La Comisión se vio precisada a examinar en siete ocasiones el Proyecto de Código Civil de 1981. A modo de anécdota, la sesión más larga duró 15 horas, desde las 11 de la mañana del día 10 de julio de 1984 hasta las 2 de la madrugada del día siguiente. En un pasaje de la reunión al inolvidable Doctor Edmundo Haya de la Torre se le ocurrió decir 'vamos que le estamos buscando tres pies al gato', para referirse al refinamiento en el lenguaje de alguno de los miembros que tenía obsesión por la redacción.

En el mes de marzo de 1983, en plena corriente de El Niño y con un calor sofocante, la Comisión consideró necesario solicitar el auxilio de un grupo de médicos integrado por los doctores Jorge Avendaño Hubner, Aníbal Escalante, Rosa Kanashiro y Humberto Rotondo. Ellos nos dieron luces sobre aspectos que desconocíamos. Nos ilustraron, por ejemplo, sobre el re-

tardo mental (figura incorporada en el inciso 2º del artículo 44 del Código Civil). Nos informaron sobre la enfermedad mental, sobre el cambio de sexo (tuve que retirar una propuesta que presentara sobre el particular tomando una idea del Doctor Manuel Reátegui Tomatis), los últimos estudios acerca de la prueba de la sangre para la investigación de la paternidad, etc.

De otro lado, en el aspecto de la redacción, la Comisión Revisora fue apoyada por una Comisión de lingüistas integrada por los Doctores Alberto Ballón Landa, Jorge Puccinelli Converso y Beatriz Hart de Fernández, quienes, a no dudar, corrigieron cualquier error semántico en que incurrimos. Dichos especialistas contaban entre sus miembros al Doctor Ballón Landa, quien no sólo era un distinguido jurista, sino que había sido vocal de la Corte Suprema de la República.

La Comisión Revisora llevó a cabo 255 sesiones y concluyó su labor en la redacción del Código Civil el 23 de julio de 1984. Tengo muy presente que la última institución que se analizó fue la del Nombre. Tengo además que confesar que a la hora undécima, el mismo 23 de julio, por la tarde, digité en la computadora que tenía grabado el texto del Código Civil, a sugerencia del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la frase 'Notarial o' al artículo 1898 del Código Civil, que constituyó la última decisión en relación al texto civil vigente.

Debo hacer una precisión, ahora de mucha actualidad, que la Comisión Revisora, a sugerencia del entonces Ministro de Justicia, Doctor Ernesto Alayza Grundy, acordó la publicación en el Diario Oficial El Peruano del Proyecto de Código Civil de la Comisión Revisora resultante de su sexta versión. En cumplimiento de tan sabia iniciativa del ministro, dicho proyecto fue publicado en el referido diario a partir del 15 de febrero de 1984. Ello, como decía el Doctor Alayza Grundy, con la finalidad de que la ciudadanía tuviera oportunidad de efectuar los aportes correspondientes. Creo conveniente recordar que la anterior Comisión Revisora, encargada de la elaboración del texto final del Código Civil de 1936, no sólo trabajó durante el corto lapso de dos meses y cuatro días, divididos en veinte sesiones, sino que no consideró conveniente dar a publicidad la redacción previa al texto final del Código Civil. Los ciudadanos de aquel entonces se enteraron de su contenido cuando el general Benavides promulgó su texto, sin contar con exposición de motivos, y fue publicado a marcha forzada en el diario oficial, sin dar cabida a las propuestas y sugerencias de la ciudadanía.

La Comisión Revisora ha empezado la publicación, en el Diario Oficial El Peruano, de las exposiciones de motivos oficiales de los libros de Registros Públicos, Derecho de Retracto, la Transacción, el Mutuo Disenso, el Nombre, la Rescisión y Resolución del Contrato, la Resolución por Incumplimiento Voluntario, el Concubinato, la Declaración de Muerte Presunta, los contratos de Mutuo, Permuta y Donación, diversos títulos de la Compraventa, la Hipoteca y el Pago. Se encuentran en prensa el Contrato de Arrendamiento, la Condonación, el Dolo y el libro de Sucesiones, cuyo respectivo proyecto ha corrido a cargo del Doctor César Fernández Arce.

Para terminar, quiero indicar que, a pesar de la variada composición de los miembros de la Comisión y de las diferentes tendencias políticas que cada uno teníamos, no hubo, entre nosotros, un solo debate áspero y estoy seguro que todos tenemos el mejor recuerdo de los días que pasamos juntos en una tarea tan linda y trascendente, donde cada uno de nosotros puso lo mejor de sí en beneficio del bienestar común.»

156, 168, 190, 191, 201, 202, 204, 214, 216, 218, 219, 221, 234, 235, 249, 250, 251, 262, 263, 266, 268, 274, 275, 276, 277, 295, 296, 302, 303, 306, 309, 311, 313, 315, 322, 323, 326, 327, 329, 333, 334, 340, 342, 350, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 662, 667, 668, 670, 672, 673, 674, 676, 679, 682, 683, 729, 754, 885, 896, 902, 917, 947, 972, 1026, 1030, 1031, 1132, 1174, 1182, 1183, 1216, 1398, 1429, 1511, 1512, 1969, 1972, 1973, 1981, 1983, 1985 y 1987.

Luego de la primera publicación oficial de la nueva Comisión Revisora del Código Civil (se podría decir casi de inmediato), se reabrió el debate público sobre el tema de la Reforma del Código.

El 17 de enero de 1995, el Doctor Yuri Vega Mere⁽³⁶⁾ señaló en un artículo periodístico, lo siguiente:

«En la actualidad, para muchos juristas de nuestro país y del extranjero, el Código Civil de 1984 constituye un cuerpo legal de avanzada e innovador, quizá uno de los pocos textos legales que ofrece aportes originales al Derecho peruano. Sin embargo, para otros estudiosos de la ley, merece una profunda revisión y el replanteamiento de algunos de sus puntos. Lo cierto es que, a diez años de su puesta en vigencia, es indudable que sólo se requieren de algunos leves ajustes para brindarle aún mayor solidez.

Durante las últimas semanas del año 1994, diversos juristas se pronunciaron en sentidos opuestos cuando se les preguntó si era oportuno introducir una reforma al Código Civil, el cual, hace poco cumplió una década de vida. Curiosamente, ninguna de las dos respuestas es incorrecta, pero la apreciación de sus alcances requiere ser analizada desde la premisa de la que se hubiere partido. La opción que descarta una posible enmienda, posiblemente ha olvidado que nuestro Código ya ha sufrido modificaciones en distintas

(36) VEGA MERE, Yuri. Alcances de una Eventual Reforma al Código Civil. Análisis y Sugerencias. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 17 de enero de 1995. Página B-9.

materias, procedentes de actos legislativos inconexos (Código Procesal Civil, Código de los Niños, Ley de Arbitraje, etc.).

Lo que parece incuestionable es que el Código Civil es una buena obra, sobre todo si se consulta las opiniones (quizá menos apasionadas) de los juristas extranjeros que nos han visitado durante los últimos años. El Código, en esa perspectiva, es un texto bien logrado que ha merecido elogio y apreciaciones ponderadas, sobre todo por las innovaciones y la incorporación de instituciones que nos eran ajenas hasta antes de 1984.

Como es sabido, el Código de 1984, a diferencia de sus predecesores, contiene invalorable aportes que no han sido tomados de la legislación foránea. Al contrario, son originalidades que el Código ha ofrecido a la codificación comparada. Piénsese en la calidad de sujeto de derecho que confiere al concebido, en la recategorización de los sujetos de derecho, en la regulación del derecho a la voz, en el tratamiento amplio del daño a la persona, en las organizaciones no inscritas, etc.

Sin embargo, como resulta obvio, ninguna ley, por moderna y acabada que sea, puede agotar el elenco de situaciones vitales que el Derecho debería regular, cuando menos a través de grandes líneas maestras o reglas generales, a ser desarrolladas por leyes especiales. Del mismo modo, el análisis de sus disposiciones y una interpretación recreativa también son útiles para determinar si es posible afinar el tenor o los alcances de las normas que contiene.

Visto así, parece legítimo plantearse la pregunta bajo otros términos: ¿es necesario reformar el Código Civil para perfeccionarlo en los aspectos sustanciales que han dado pie a dudas o a posiciones encontradas e, igualmente, introducir normas que acojan y disciplinen hechos o conductas que no fueron previstos en su texto final?

Los poderes del Estado, en especial el Congreso, parecen haber entendido que sí. De ahí la conformación de una comisión que revisará las posibles enmiendas que el Código requiera, por tratarse de una obra perfectible.

Es sabido públicamente que profesores especialistas –convocados por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima– han trabajado de modo arduo en una propuesta orgánica que se ofrecerá al Congreso como un aporte de la universidad peruana.

Aunque no somos, precisamente, los más autorizados para adelantar juicios o publicitar el contenido de aquella fructífera labor de los especialistas, lo cierto es que existen propuestas sumamente interesantes que vale la pena remarcar.

Podemos señalar que en materia del derecho de las personas existe la iniciativa de incorporar normas sobre la protección del genoma humano frente a las eventuales desviaciones de la Ingeniería genética, que el Código ignoró deliberadamente. Igualmente, se postula que el artículo 5 acoja el derecho a la identidad personal (que tutela la verdad personal del sujeto) que está reconocido por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993. También presentan interés las propuestas de extender los supuestos de lesión al derecho a la intimidad y de regular adecuadamente el daño a la persona, dando una redacción amplia al artículo 17.

En cuanto al acto jurídico, se ha deslizado la sugerencia de reestructurar plenamente la disciplina de la nulidad (de la llamada absoluta) para encuadrar dentro de ella a la violencia, que actualmente es tratada como causal de anulabilidad. Además, se propone incorporar el fraude a la ley, que debería, en mi concepto, acogerse dentro del Título Preliminar, por ser un principio general.

En la parte general de las fuentes de las obligaciones se plantea, entre otras cosas, la posibilidad de hacer extensivo el artículo 1398 a las cláusulas aprobadas administrativamente, posición que quizá exigiría una revisión total del sistema de aprobación administrativa para esta modalidad de alcanzar el consentimiento.

Sabemos que en materia de derechos reales se ha discutido la clasificación de bienes registrados y registrables, así como la transferencia de los bienes a partir de su inscripción en el registro, extremo que, actualmente, resulta poco

realizable mientras no se cuente con un adecuado sistema registral.

En sede de responsabilidad civil se propondrá la extensión de los alcances del artículo 1972 al artículo 1969, cuestión que la doctrina ha reclamado reiteradamente. Además, se ha sugerido la incorporación de una norma que regule la llamada responsabilidad colectiva, es decir, la que deriva del daño causado por un grupo o equipo dentro del cual no se ha identificado al autor material.

Existe un número moderado de propuestas que, de todos modos, habrán de ser evaluadas para determinar si es necesaria su introducción al Código. Lo cierto es que el hecho de su formulación por parte de los especialistas demuestra que esta ley –inclusive, sin desconocer sus bondades– es susceptible de un afinamiento.

No se trata de modificar entera o radicalmente el Código Civil. Como se ha señalado, aún existen instituciones que esperan el decantamiento de la doctrina, por haber sido postergadas en su análisis. También se espera que la jurisprudencia aporte la interpretación que sea más adecuada. Pero con respecto a otras, a aquellas que han merecido una mayor preocupación, quizá sea oportuno afinar sus alcances y perfiles para que el Código satisfaga la vocación de permanencia que le es propia.»

Hasta aquí las expresiones del Doctor Vega Mere.

Posteriormente el Diario Oficial «El Peruano» publicó una noticia⁽³⁷⁾, sobre las modificaciones al Código Civil acordadas por la Comisión Revisora del mismo.

Entre tanto, el Doctor Alfredo Bullard Gonzales⁽³⁸⁾ planteó elaborar un nuevo Código Civil por considerar que en el articulado del vigente quedan enquistadas concepciones anacrónicas.

(37) Noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 10 de marzo de 1995, Página B-4.

(38) BULLARD GONZALES, Alfredo. El Código del Fin de la Historia. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 10 de marzo de 1995, Página A-2.

Bullard refiere que cuando el Código Civil entró en vigencia, era la más liberal de las normas del ordenamiento, era el paradigma de la libertad y de la autonomía privada. Sin embargo, sólo diez años después, luego de las reformas legislativas adoptadas, el Código se convierte quizá en la menos liberal de las normas.

Basta recordar –dice– que el Código Civil nació bajo la inspiración de principios, hoy obsoletos, como el del rol social de la propiedad o el intervencionismo contractual, para comprender que su bagaje ideológico resulta desfasado.

Agrega Bullard las siguientes expresiones:

«Lo dicho no significa que compartamos tesis tan arcaicas como regresar a la vigencia del Código Civil de 1936. Debemos mirar hacia adelante, no hacia atrás y buscar un Código que responda a nuestra época.

Como se sabe, la Ley Nº 26394 creó una Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Dicha Comisión se instaló y ha comenzado su trabajo. Quizás la primera decisión importante que deban tomar sus miembros sea la magnitud de la reforma. Pueden adoptarse dos posiciones. La primera de ellas consistiría en hacer un ‘maquillaje’ del Código Civil, esto es, limitar los cambios a ajustar uno que otro artículo y a mover puntos y comas, manteniendo el espíritu y la estructura básica del cuerpo legal vigente.

La segunda posición es abocarse a la misión de elaborar un nuevo Código que responda a nuestros tiempos, es decir, que trascienda el ‘Fin de la Historia’. Evidentemente nos inclinamos por la segunda.

Considero que la Comisión no puede cometer el error de ‘dormirse’ sobre los laureles del Código de 1984. Sus cualidades, e incluso sus defectos, han quedado desfasados por la historia. No cabe acudir a opiniones de juristas extranjeros y nacionales que alaben las bondades del Código. Sólo su concordancia con la realidad es fundamento suficiente para decidir la magnitud del cambio.

Adoptar la tesis del 'maquillaje' sólo conduce a que la reforma se convierta en un mecanismo para perpetuar y no para cambiar. Principios como los de una auténtica autonomía de la voluntad, un refuerzo de una propiedad auténticamente privada, una erradicación del intervencionismo contractual, una adecuada regulación de los avances tecnológicos en todas las áreas que consigan un adecuado balance entre la libertad y el interés individual, permitirán que el Código Civil cumpla su función.

Los cambios son demasiado profundos como para pensar en un simple 'ajuste' de algunas normas. Por ejemplo, el Libro de Personas debe recoger toda la problemática de los avances tecnológicos en el área genética y en el área informática y de telecomunicaciones. Las nuevas formas de 'ser padre o madre' requieren un tratamiento moderno y dinámico en el Libro de Familia que persiga que los individuos podamos obtener el máximo de beneficios posible de los nuevos desarrollos alcanzados por la ciencia. Se imponen cambios en el régimen del divorcio, excesivamente intervencionista. El Libro de Sucesiones sigue manteniendo un esquema que limita la capacidad de disposición del propio patrimonio. En el Derecho de Obligaciones y en el área contractual, debe hacerse una 'poda' de una serie de regulaciones abiertamente intervencionistas y limitativas de la autonomía privada, que se han convertido en verdaderas barreras a la inversión nacional y extranjera y a las nuevas modalidades de contratación que han rebasado la estructura tradicional del Código vigente. La regulación de derechos reales requiere cambios radicales que conviertan la propiedad privada en un auténtico vehículo de desarrollo, eliminando una serie de restricciones para su adquisición y utilización, que no permiten novedosas formas de inversión. Tampoco se recogen nuevas titularidades ni se tiene un régimen de transferencia de la propiedad inmueble que responda a las seguridades que el tráfico económico moderno exige.

En una sociedad moderna como la que el Perú pretende ser, el Código Civil debe limitarse a regular las relaciones entre particulares y no filtrar dentro de su articulado a un Estado policía, con capacidad de determinar el contenido de las relaciones privadas. Creemos que nuestro Código, con

sus virtudes académicas puestas de relieve por diversos juristas, se quedó detrás del 'Fin de la Historia'. Necesitamos un Código para el comienzo de la nueva historia del país.» (El subrayado es nuestro)⁽³⁹⁾.

El Doctor Fernando de Trazegnies Granda⁽⁴⁰⁾, conviene con el planteamiento de Bullard, cuando señala:

«(...) estoy enteramente dispuesto a suscribir la propuesta de Alfredo Bullard. Si de lo que se trata es de hacer un Código verdaderamente nuevo, que no se limite a decorar cosméticamente el anterior sino que sea concebido de manera original como un todo, creo que vale la pena acometer la empresa.» (El subrayado es nuestro).

(39) Días más tarde, el propio Alfredo Bullard (BULLARD GONZALES, Alfredo, Código Civil: Reforma e Inversión. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 13 de marzo de 1995, Página B-11), publica otro artículo bajo la misma perspectiva, en el cual intenta demostrar –a través de una serie de ejemplos– cómo algunos preceptos del Código Civil constituyen obstáculo a la inversión extranjera.

En opinión de Bullard el problema real no radica en los preceptos en sí mismos sino en el espíritu y los principios generales que inspiran dicho Código.

El Código Civil de 1984 –precisa– entró en vigencia en el ocaso mundial de los modelos intervencionistas y estatistas, y no se pudo sustraer a sus orígenes. Hoy su articulado, lejos de favorecer el desarrollo de «lo privado» (aquello que es la razón de ser de la legislación civil), aparece como una curiosa fusión de un liberalismo artesanal y un intervencionismo socializante, lo que es explicable y entendible por los tiempos que rodearon su promulgación.

Bullard considera que ésto sólo se explica si se entiende que existen partes fuertes y partes débiles, gente que acierta y gente que se equivoca, gente que razona y gente que no lo hace, y los débiles, los equivocados y los irracionales necesitan del auxilio del legislador para no ser víctimas de sus propias limitaciones. En consecuencia, habría gente adulta, incluso empresas comerciales e industriales que, como los incapaces, no pueden decidir por sí mismos plazos mayores para sus acuerdos, limitaciones a sus facultades de disposición, inclusión de limitaciones de responsabilidad en sus contratos, etc. Por ello, el Código no quiere dejar que se «equivoquen», pero al hacerlo comete el peor de los errores.

Añade Bullard que el paternalismo legislativo sólo ayuda a limitar los beneficios que las partes pueden obtener de la interrelación individual. En tal sentido, no cree posible una reforma del Código basada en retoques a su texto.

(40) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Un Código Civil para el siglo XXI. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 15 de marzo de 1995, Página A-2.

De Trazegnies considera que el nuevo Código que se propone deberá tener una atmósfera menos reglamentista, que confíe más en la capacidad organizativa espontánea de las personas y enfrente situaciones antes impensables.

De otro lado, el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet⁽⁴¹⁾ precisó, en un artículo periodístico que aún siendo uno de los tres sobrevivientes de los inicios de la Comisión Reformadora del Código de 1936, y quien firmó junto con el Presidente Fernando Belaunde Terry, el Decreto Legislativo Nº 295, por el que se promulgó el Código Civil de 1984, no objeta la elaboración de un Código para el Siglo XXI.

Estima que dicha elaboración requiere conservar lo que la experiencia de diez años ha demostrado su bondad; analizar la consolidación del Derecho Civil con el mercantil y los trabajos más avanzados de la ciencia jurídica; efectuar un trabajo interdisciplinario y de campo; y divulgar cualquier proyecto que se elabore.

Esta posición –en su opinión– no contradice la campaña librada para evitar el retorno al Código Civil de 1936, ni significa reconocer que el Código vigente colisiona con la Constitución de 1993.

Agrega Arias-Schreiber que está en desacuerdo con un Código que responda a una filosofía tan liberal que se acerca al capitalismo salvaje. En un país como el nuestro, sostiene, es indispensable mantener normas e instituciones que sirvan como barreras contra el abuso y la prepotencia económica, psicológica o de cualquier otro orden.

Al respecto, el Doctor Fernando de Trazegnies⁽⁴²⁾ replica a Arias-Schreiber mediante un artículo titulado «Capitalismo Salvaje: No»⁽⁴³⁾.

(41) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil para el Siglo XXI: Sí. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», marzo de 1995.

(42) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Capitalismo Salvaje: No. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 29 de marzo de 1995, Página A-2.

(43) El texto del referido artículo es el que transcribimos a continuación:
«Agradezco a mi maestro y amigo, Max Arias-Schreiber, su adhesión expresada hace algunos días en estas mismas páginas a la tesis (propues-

ta por Alfredo Bullard y por quien escribe estas líneas) de que, si se quiere modificar el Código Civil actual (lo cual, en mi opinión, tampoco puede hacerse de la noche a la mañana), es necesario cambiarlo radicalmente, a fin de responder a los radicales cambios en la ciencia, la tecnología, la política y la economía que se han producido en los últimos años y que, sin duda, se seguirán produciendo en los próximos días, dado que el progreso no ha acabado. No basta, pues, con modificar un artículo aquí y una coma allá, como plantean algunas de las propuestas de reformas que se escuchan por un lado y por otro, sino que es preciso pensar todo el Código de nuevo, con un nuevo espíritu. No se trata de hacer algunas correcciones, algunos 'ajustes' técnicos: no es sólo el estilo del corte de la ropa del Código que debe ser reexaminado, sino su alma misma.

Sin embargo, el jurista Max Arias-Schreiber advierte que esto no debe significar que se propicie la implantación de un capitalismo salvaje. Y en este punto no puedo menos que adherirme a su recomendación.

Hay quienes han aprovechado el 'rio revuelto' de los cambios recientes para intentar redefinir el liberalismo –y el capitalismo, en tanto que una de sus posibles expresiones– como un mundo donde no se puede establecer limitaciones ni censurar conductas, porque todos tienen el derecho de hacer lo que les da la gana y no hay un objetivo de 'bien común' en el cual fundar juicio de valor alguno. Llevado este planteamiento hasta sus últimas consecuencias, Al Capone sería un mártir de la iniciativa privada que resultó víctima del estatismo impuesto por el Welfare State, la **maffia** habría que verla como un respetable (y hasta admirable) grupo empresarial y Jack el Destripador encarnaría la figura del héroe trágico de la libertad individual que se da a sí mismo sus propios valores enfrentándose a toda la sociedad.

Sin embargo, dejando de lado la argumentación por hipérbole, no cabe duda de que un mundo de libertad 'salvaje' no puede ser sino el resultado de un pseudo-liberalismo malicioso, que a la larga se convierte en una actitud contraproducente y tonta; porque, como lo veía muy claro Hobbes hace más de 300 años, si todos piensan sólo en sí mismos sin tomar en cuenta que vivimos dentro de un contexto, a la larga nadie obtiene nada. Y esto es una experiencia cotidiana en cada esquina de Lima donde el semáforo no está funcionando. De manera que la 'libertad salvaje' no es sino la contradicción práctica de la libertad.

Dentro de ese orden de ideas, resulta inaceptable que, en nombre de la 'libertad' de contratación, un Directorio –o incluso una Junta General– haga caso omiso del objeto social pactado en los estatutos de una sociedad anónima y despoje a los accionistas minoritarios entregando los bienes sociales a los Bancos para salvar las deudas de los accionistas mayoritarios bajo el pretexto de que se trata del mismo 'grupo de intereses'. Como resulta también destructivo del capitalismo y de la verdadera libertad económica que los accionistas mayoritarios de una empresa 'licúen' económicamente a los minoritarios y a quienes confiaron en ella invirtiendo en sus acciones del trabajo, mediante el artificio de fusionar tal sociedad con otras que pertenecen exclusivamente a los mismos accionistas mayoritarios y a las que previamente se las ha revaluado de manera significativa. Es también una forma de destruir el sistema de la libertad el hecho de que, habiendo sido constituida una sociedad por varios Grupos económicos (en el verdadero sentido de 'Grupo' y reconocidos por sí mis-

mos como tales) y habiendo pactado un derecho de preferencia en caso de venta de las participaciones de alguno de ellos en el negocio, se burle tal acuerdo mediante pases de prestidigitación a través de compañías **holding** entre las cuales se hace circular las acciones a fin de esconder la identidad del verdadero interés societario. Y podríamos seguir enumerando muchos casos más.

Ciertamente, no puede permitirse que el medio económico peruano, se convierta en un río revuelto donde ganan 'pescadores' avezados ni en una esquina sin policía de tránsito donde todo el movimiento queda bloqueado. Y eso sucederá si no se percibe claramente que el liberalismo implica también un 'bien común': un bien común liberal, pero no por ello menos común. La diferencia con el pensamiento anterior está en que tal bien común liberal ya no es la incrustación de un contenido 'social' dentro del ejercicio individual de la libertad ni el envolvimento de la actividad libre dentro de una concepción impuesta de sociedad, sino simplemente el cumplimiento de las condiciones sistemáticas para que esa actividad libre pueda seguir siendo libre.

Ahora bien, para ello no es necesario un Código reglamentarista que intente poner una camisa de fuerza a todo actor social a fin de evitar que haga tonterías. Cada uno tiene derecho a hacer las tonterías que quiera y sufrirá por ello las consecuencias: no hay razón para tratar como niños a las personas adultas y arrogarnos la facultad de protegerlas de sí mismas a través de un Código. Pero cuando esas tonterías —que muchas veces en el fondo son vivezas— causan daño a la libertad de otro, es preciso que la sociedad (a través del Derecho) tenga a disposición del afectado los medios para impedir que ese acto se consume y para obligar a pagar los perjuicios consiguientes. Dado que el ingenio humano es inagotable, poco sentido tiene tratar de prever en el Código cada una de esas situaciones que, bajo el pretexto de la libertad, atentan contra las bases del ejercicio de la libertad en común: además, el mundo se transforma tan rápidamente en estos días, que todo arnés va a quedar chico en corto plazo. Más importante es fortalecer ciertas instituciones básicas que jueces y árbitros puedan hacer valer para que prime la honestidad y el respeto de los derechos de todos en las relaciones contractuales, civiles o comerciales (la distinción muchas veces se me escapa). Me refiero a esos instrumentos jurídicos que son los garantes fundamentales de una ética (llámese liberal, si se quiere), como el abuso del derecho, la buena fe, la común intención de las partes, la responsabilidad de quienes adoptan decisiones contrarias a las reglas del juego limpio.

Es ahí, en los principios jurídicos estructurales del orden social, donde debe situarse la protección más eficaz de la libertad. Jueces y árbitros deben mirar las cosas con un sentido amplio, entendiendo la actuación individual (o societaria) no como un simple ejercicio aislado sino como un acto libre situado dentro de un sistema de libertad; y así, no amparar aquellas conductas que pretenden escudarse en lo formal y en lo reglamentario para trampear 'legalmente' el juego. Es de esta manera que se puede garantizar la libertad sin afectarla de antemano con reglamentos y cortapisas que, basados en buenas intenciones, convierten la actividad libre en una ineficiente y desgastadora carrera de obstáculos.

Evidentemente, toda la solución no está en un Código, nuevo o viejo, ni en leyes de ningún tipo. Mientras no exista una verdadera cultura de la libertad, las mejores normas jurídicas fracasarán en imponerla. Es sólo

De otro lado, el Doctor Carlos Fernández Sessarego⁽⁴⁴⁾ publica otro artículo en el que reafirma sus ideas en favor de un proceso de revisión y reforma integral del Código, pero limitada a aspectos esenciales.

El 4 de abril de 1995 aparece publicado en el Diario Oficial «El Peruano» un reportaje elaborado por Percy Barreto Quineche⁽⁴⁵⁾, en el cual señala que «la orientación que parece estar guiando a los miembros conformantes de la comisión es la de una reforma parcial del Código. Dicha posición se explicaría en el hecho de que aún no ha transcurrido el tiempo suficiente para generar un desgaste total del Código que, a su vez, amerite una variación integral del mismo.»

La hipótesis de dicho reportaje se basa en la opinión del Doctor Carlos Torres y Torres Lara, quien considera que «el Código Civil sólo debe sufrir una modificación parcial, por cuanto la idea rectora debe ser, básicamente, regular las innovaciones tecnológicas producidas y amoldar dicho cuerpo legal a la Carta Magna de 1993»; en tanto el Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena indica que dicho cuerpo normativo sólo requiere una variación parcial, «por cuanto en el código existen libros buenos y libros que ameritan cambios más profundos y, adicionalmente, dentro de los primeros, existen artículos anticuados, demasiado restrictivos o que simplemente deben adecuarse a la nueva Constitución»; y en las palabras del Doctor Fernando Vidal Ramírez, quien manifestó que el Código Civil no necesita una modificación integral sino meramente parcial, esto es, una reforma encaminada, básicamente, a realizar ajustes, a evitar las contradicciones que existen en dicho cuerpo legal y a perfeccionarlo en muchos de sus aspectos.

cuando cada uno esté convencido de que su propia libertad depende de la libertad de los demás, que habremos pasado de un capitalismo salvaje a una sociedad verdaderamente libre y civilizada.»

(44) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. León Barandiarán y el Código Civil de 1984. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 30 de marzo de 1995, Página A-2.

(45) BARRETO QUINECHE, Percy. Código Civil: ¿Reforma parcial o integral?. Reportaje publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 4 de abril de 1995, Páginas B-6 y B-7.

En otro artículo periodístico, el Doctor Yuri Vega Mere⁽⁴⁶⁾ parece sustentar similar opinión.

El tenor de dicho artículo es el siguiente:

«Parece ser que hablar sobre el Código Civil de 1984 es, hoy en día, un paso necesario. Las opiniones a este respecto son abundantes. No obstante, debo confesar que existen dos hechos que me golpean y que creo tocan a todo hombre de derecho. Hablar del derecho civil y de su expresión legislativa —el Código— debería hacernos reparar en que uno de sus orígenes más remotos lo encontramos en las autorizadas opiniones de hombres prudentes, sabios y circunspectos, como eran los jurisconsultos romanos. Parecería ser que el jurista contemporáneo no camina más guiado por la brújula de la prudencia. Comentarios no siempre serenos remueven nuestras convicciones, la estabilidad a la que aspira cualquier civilización y la propia científicidad del derecho, sobre todo cuando se razona en términos económicos de manera excluyente, abdicando del uso del utillaje propio de la disciplina jurídica.

A la extrañada prudencia se aúna la perspectiva histórica de algunos artículos periodísticos. En efecto, se sostiene que estos diez últimos años, que han sido escenario de los sucesos más importantes de la centuria, como son la caída del bloque socialista, la victoria de la economía de mercado, el impacto de la informática, la revolución de la ingeniería genética, etc., nos alojan en una sociedad absolutamente distinta de la de hace una década, en la que el Estado centralizaba o planificaba la economía, hacía uso de políticas populistas que impidieron un real desarrollo, agobiaba o sofocaba la iniciativa privada y el acceso a la propiedad y las inversiones, etc.

Nadie ha de negar que en ello hay mucho de cierto. Pero se olvida que la historia es así, impredecible, insondable, y que responde al deseo siempre mayor de libertad. La histo-

(46) VEGA MERE, Yuri. ¿Es necesario un nuevo Código Civil?. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 7 de abril de 1995, Página A-2.

ria es un hermoso archivo de miles de luchas por alcanzar la libertad.

Sin embargo, la modificación radical del panorama no puede dar pie a pensar que todo lo que se hizo hace diez o más años es anacrónico y que debe ser echado al cesto, so pena de incurrir en una actitud flagrantemente antihistórica. Y, por ello, un Código Civil, como el de 1984, a pesar de haber sido promulgado hace sólo dos lustros, no puede ser catalogado como vetusto.

Me pregunto qué dirían los franceses de su Código Civil (1804) que vio la luz gracias al empuje de un cierto sector social, que vivió durante el Consulado y el Imperio Napoleónico, que vivió la época de la restauración, que ha sido testigo de varias Repúblicas, de varias Constituciones, que vio nacer y desaparecer el régimen socialista, que fue pensado para una economía fuertemente agrícola, que fue ajustado por los jueces para atenuar los efectos del maquinismo y la revolución industrial, y que vive, al lado de leyes especiales, la era de la cibernética, de la genética, de la maternidad subrogada y del neoliberalismo.

Qué dirían los alemanes con un Código Civil (1896-1900) que fue el resultado de una transacción entre la nobleza y la clase media para evitar los efectos devastadores del movimiento sindical en plena efervescencia, pero que ahora se mantiene actual, enmendado y al lado de disposiciones especiales, en un país que se escindió y que, reunificado, exhibe, con el siempre particular orgullo germánico, un Código que ahora se aplica a todo el territorio, antes dividido por el muro de Berlín.

Qué pensarían los italianos si les dijeran que su Código Civil debe derogarse porque fue elaborado y puesto en vigencia en pleno fascismo, sobreviviendo a una posterior Constitución republicana. Me imagino que se escandalizarían, puesto que fue y sigue siendo un modelo interesante que sirvió de fuente a muchos otros. Baste revisar los Códigos de Bolivia, de Costa Rica, el nuestro y el Proyecto presentado para Albania por Gian María Ajani.

La historia no se borra con un plumazo, ni con la cita del

título de un ensayo económico. El Código Civil de 1984 es propio de una sociedad contemporánea en plena transición, que no termina de afirmarse. Si lo hiciera se detendría la historia misma. El Código Civil de 1984 puede contener vacíos, errores, pero diez años no bastan para derogarlo. Si algunas de sus normas no encuentran correlato en los hechos deben modificarse. No recurramos a una supuesta ideología inspiradora. Fueron muchos los autores del Código. Ninguno de ellos, hasta donde se sepa, fue comunista, estatista o socialista. Son convencidos hombres de derecho que aportaron sus mayores esfuerzos y sus mejores años para darnos una obra que sigue teniendo actualidad y que ha sido alabada en Italia, Francia, España, Argentina, Chile, Colombia, etc., ayer y hoy, es decir, en países que viven muchos de ellos, la economía de mercado, algunos con mayor vehemencia que el Perú.

No parece un argumento sólido el querer ignorar las opiniones de tantos especialistas y pretender sustentar la propia como la única verdadera.

Qué pensarían los usuarios y destinatarios de las leyes civiles si supieran que los juristas, que muchas veces viven menos la realidad cotidiana del litigio, quieren cambiar el Código por seguir la moda económica. ¿No se estará confundiendo actualización o flexibilización de algunas leyes civiles con una total desregulación?

Creo que en todos estos menesteres debe primar la prudencia a la que me referí al principio. No se puede polemizar entre cinco o diez personas el destino de esta especie de «constitución» del derecho privado, como algunos califican al Código Civil. Cuánto extraño al leer ciertos comentarios las lecciones sentadas por Santo Tomás en su Tratado de la Prudencia, esa virtud cardinal que ordena al hombre a la morigeración. Cuánto temo que se maltrate al usuario del Código al retirarle el techo y el piso de su morada.

La historia es un devenir de marchas y contramarchas. No sabemos qué ocurrirá dentro de cien años. ¿Acaso se puede negar ciertos cambios que hoy en día escandalizarían a los que siguen la moda?

Deberíamos cerrar este ciclo de generalidades y señalar qué normas del Código Civil deben modificarse, fundamentando cada propuesta. Existe, para ello, una Comisión Reformadora a la que se puede alcanzar toda iniciativa. Los cambios, sin embargo, deben estar orientados a alcanzar el tan ansiado bien común, que no tiene matices políticos y sí profundas raíces cristianas.

No puedo concluir sin expresar mi sorpresa. Fueron los propios autores del Código de 1984 quienes plantearon la necesidad de actualizarlo, renunciando a querer perennizar su obra, como podrían haberlo hecho con una comprensible vanidad personal que, empero, no se dio. No lo hicieron. Siguieron abogando por mejorarlo. ¿Será una realidad entonces, aquella sentencia de que nadie es profeta en su tierra? Todos deseamos que no sea así.»

Con fecha 7 de abril de 1995, Percy Barreto Quineche⁽⁴⁷⁾ publica otro reportaje sobre la reforma del Código Civil.

Congregando opiniones de diversos profesores de Derecho, Barreto señala que el bagaje ideológico del Código Civil de 1984 está determinado en función a las dos décadas que lo precedieron, en donde tanto la historia del Perú como la del mundo, habían comulgado, principalmente, con una definición en la cual el rol protagónico incidiera en el Estado y, por ende, con una opción que limitara la iniciativa individual y la autonomía privada.

De esta manera, el Código Civil fue estructurado sobre la base de presupuestos intervencionistas, lo que queda corroborado con la formación normativa de una serie de instituciones concebidas en función de la protección de la persona, no en tanto individuos, sino en tanto parte de una masa social, donde existen personas fuertes y débiles (los desfavorecidos), lo cual legitima la intervención del Estado para protegerlos; filosofía que fue plasmada en el Código Civil de 1984 por sus autores, bien sea intencionalmente o de manera indirecta, mediante la internalización de dicha cosmovisión a lo largo de las décadas

(47) BARRETO QUINECHE, Percy. Código Civil III. Razones para una Reforma. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 7 de abril de 1995. Páginas B-6 y B-7.

en que se formaron, lo que –según Barreto– podemos confirmarlo recurriendo a las «piedras angulares» del Derecho Civil Patrimonial, donde claramente se materializa la intervención estatal: la propiedad y el contrato.

Agrega que cuando ingresa a nuestro entorno la corriente de pensamiento neoliberal, el enfoque enunciado va cambiando, lo que determina que la preocupación no incida mucho en la protección del individuo, sino que la protección empieza a ser buscada sobre la base de actividad y en función de su desarrollo, razón por la cual estima que empieza a cobrar realce el quehacer económico en el cual se encuentran inmersos los distintos agentes en sus relaciones cotidianas. Es decir, empieza a existir una preocupación de las reglas que le permitan al individuo operar satisfactoriamente en el mercado, cosa que antes no había sido considerada, por lo menos con el énfasis con el que se le considera ahora.

Por ello, Barreto comulga con aquellos que son partidarios de una variación integral del Código Civil, dado que una enmienda que incida sólo en algunos artículos de dicho cuerpo normativo acarrearía la aplicación de normas aisladas y contradictorias dentro de un contexto totalmente distinto.

Tres semanas más tarde, el 28 de abril de 1995, el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois⁽⁴⁸⁾, publica otro artículo cuyo contenido recordamos seguidamente:

«Como consecuencia de la vigencia del deficiente Código Civil de 1984, nuestro Derecho Privado ha tocado fondo. Es irreconciliable con las ideas que hoy prevalecen y que son determinantes de la extraordinaria recuperación del país.

La seriedad de las discrepancias y el extremo de la confusión se comprueba con los títulos apocalípticos de algunos de los últimos artículos publicados: 'El Código del Fin de la Historia'; 'Código Civil para el Siglo XXI: Sí'; 'Capitalismo Salvaje: No'; 'Reforma e Inversión'; 'La obligación de salvar

(48) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. La Profunda Crisis de Nuestro Derecho Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 28 de abril de 1995, Página A-2.

el Derecho Civil'; 'Razones para una reforma'. La opinión general es que el Código de 1984 no es susceptible de enmiendas por ser un cuerpo de leyes intervencionista. El desconcierto ha llegado a tal punto que inclusive uno de sus autores se declara crítico de su propia obra.

En 1965 se designó una Comisión para revisar el Código Civil de 1936 e introducir las enmiendas aconsejables. Nada más. La Comisión desbordó el encargo y decidió redactar otro Código. Esta labor concreta rompió los diques y devino mucho más amplia. Es distinto corregir, a la luz de la experiencia una obra ya hecha, que crear íntegramente una nueva. Decidieron que su obra debería ser distinta y retrocediendo en el tiempo, paradójicamente optaron por el dogmatismo que los llevó a dudosas definiciones de carácter científico, sobre las cuales nunca se pondrán de acuerdo los estudiosos. Según el jurista Von Ihering, las leyes no son definiciones científicas, sino voluntades humanas. El legislador opta, tiene que optar, para que la ley sea obligatoria y no debatible.

El Código de 1984, perfumado además de ideas socialistas, predominantes en la época de su redacción, niega la autonomía de la voluntad, preconiza la intervención estatal en la vida de las personas y en los contratos, limita el derecho de propiedad y contiene vacíos increíbles. El economista Ludwig von Mises, ha calificado la filosofía socialista como 'La rebelión contra la razón', cuyas leyes ambiguas crean desconfianza e inestabilidad.

Y yo agrego, la persona temerosa del abuso, vive en la agitación espiritual que prevalece durante un naufragio o un incendio.

Cuando los propios codificadores plantearon en una intensa y espontánea campaña en 'El Peruano' la necesidad de redactar un nuevo Código para superar los múltiples defectos comprobados en su obra, se levantó otra vez la cerrada oposición que surgiera cuando se publicó el proyecto.

Sus autores contradiciéndose entonces cambiaron de política y sostuvieron que era un ejemplo internacional de moderna codificación. Su pugnacidad ha culminado con la

dación de la Ley 26394 que nombra una Comisión para la reforma del Código Civil de 1984. Esa Comisión, con sorprendente y sospechosa rapidez, ha preparado un proyecto de enmiendas que agrava la situación, aleja la solución y no resuelve nada. Un distinguido Estudio ha comentado que ese proyecto 'en algunos casos contiene planteamientos intrascendentes y, en otros, inadecuados', agregando 'imaginamos que es un punto de partida y no un punto de llegada'. Las opiniones contrarias a mantener el Código de 1984, se producen diariamente.

Estamos pues frente al caos absoluto. Ya nadie se entiende. Todos piden algo distinto, pero los autores del Código Civil de 1984 no aceptan el camino adecuado y tratan de imponer su obra, revisada. Piensan que la Constitución de 1979 volverá y lo sustentará, porque son coincidentes doctrinariamente.

(...)

El Código de 1984 no es susceptible de corrección ni de enmiendas y sólo cabe derogarlo en su integridad. Coincido con el Doctor Alfredo Bullard que ese Código 'nació muerto, porque entró en vigencia cuando la faz del mundo había cambiado sustancialmente y porque en su articulado están enquistadas concepciones anacrónicas'. No puede subsistir dentro de un sistema económico que los codificadores de 1984 se permiten calificar de 'salvaje'.

(...)

Lo prudente y aconsejable es derogar el Código Civil de 1984 y poner nuevamente en vigencia el de 1936, lo que contará con la aprobación de la mayoría de los hombres de leyes. Sólo se requiere efectuar contadas modificaciones y luego adaptarlo a los cambios derivados de la Constitución y de las leyes que lo modifican, lo que exige cambios sustanciales en los derechos de las personas, de la familia y de las sucesiones, y no la parodia enquistada en el Código de 1984. No es necesario agregarle avances tecnológicos que pertenezcan a otras disciplinas porque no es una enciclopedia. Basta consignar el principio general.

Terminará así la improvisación emprendedora en que se debate hoy nuestro Derecho Privado. La reforma del Código

Civil, debe ser producto de una lenta y progresiva decantación, que marche con paso seguro en beneficio de nuestra cultura jurídica. Es lo que pusieron de lado los codificadores de 1984 y que ahora sostienen con gran y contradictorio empeño para defender una desmañada obra.» (El subrayado es nuestro).

Hasta aquí las expresiones del Doctor Olaechea.

Por otra parte, mediante diversos artículos periodísticos, la reforma del Código Civil demostró haberse convertido en el tema de moda. Juristas, magistrados, catedráticos universitarios y aquellos que de una u otra forma se hallan vinculados al Derecho opinaron sobre el particular⁽⁴⁹⁾.

Entre tanto, en la Sesión de fecha 8 de agosto de 1996 se produjo la instalación de la Comisión con algunos representantes del Congreso y dos del Poder Ejecutivo.

Ahí se eligió Presidente al Doctor Jorge Muñoz Ziches y Vice Presidente al Doctor Ricardo Marcenaro Frers.

Por otra parte, mediante Ley N° 26595 publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 20 de abril de 1996 se crea una Co-

(49) Entre ellos, nuestro gran amigo el ilustre abogado e historiador de Derecho, Doctor Carlos Ramos Núñez (RAMOS NUÑEZ, Carlos. El Fin de los Códigos. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 26 de febrero de 1996, Página A-2), quien anota que el jurista tiene motivos para preocuparse sobre el destino del objeto que estudia, ya que como históricos han sido el origen y la vigencia de los Códigos, histórica será su desaparición. A entender de Carlos Ramos, con la caída del muro de Berlín, los hijos pródigos, es decir aquellas disciplinas que se habían desgajado hasta independizarse de los Códigos, asoman otra vez a la puerta del padre que, gustoso, los acoge y recodifica. Hasta allí –agrega– los Códigos parecen gozar de buena salud. Sin embargo, para ellos hay la tecnología, especialmente de aquella tecnología que cuestiona su vigencia como soporte escrito y documental: la informática. Cabe preguntarse entonces si la era tecnológica, con el libro electrónico y la comunicación en línea extenderá –esta vez definitivamente– la partida de defunción a los Códigos y a la codificación como fenómeno histórico.

Precisa, asimismo, que es posible que el desarrollo tecnológico sea un vehículo de destrucción de los Códigos; y estima que vale la pena preguntarse si el tratamiento que dispensa la informática a la exuberancia legislativa no hace presagiar la emergencia de un Derecho abierto, liberado de los férreos linderos positivistas y exegeticos de aquéllos.

misión Especial encargada de elaborar el Proyecto del Código de Comercio, la misma que estaría integrada por:

- Tres miembros del Congreso de la República, uno de los cuales la preside.
- Dos representantes de las Facultades de Derecho de las Universidades del país, designados por la Asamblea Nacional de Rectores.
- Un representante de la Cámara de Comercio de Lima.
- Un representante de la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio y Producción del Perú (CONFECAMARAS).
- Un representante del Ministerio de Justicia.
- Un representante de la Asociación de Pequeños y Medianos Industriales del Perú (APEMIPE).
- Un representante del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Un representante de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

Para tal efecto, se nombró como representantes del Poder Legislativo a los Doctores Jorge Muñiz Ziches, Ricardo Marcenaro Frers, Lourdes Flores Nano, Jorge Avendaño Valdez y Graciela Fernández Baca; de las Facultades de Derecho de las Universidades del país a los Doctores Ricardo Beaumont Callirgos y Enrique Angulo Paulet; de la Cámara de Comercio de Lima, al Doctor Gonzalo García-Calderón Moreyra; de CONFECAMARAS, al Doctor Pedro Flores Polo; del Ministerio de Justicia, al Doctor Oscar Pomar Fonseca; de APEMIPE, al Doctor Víctor Álvarez Cabrera; del INDECOPI, al Doctor José Balta Varrillas y de la CONASEV, a la Doctora María Teresa Quiñones Alayza.

Con fecha 15 de agosto de 1996, dicha Comisión nombró una Sub-comisión integrada por los Doctores Flores Nano y Beaumont Callirgos, bajo la presidencia de Pedro Flores Polo, para que presente un documento de trabajo que permita cono-

cer cuál sería el contenido del Proyecto del nuevo Código de Comercio.

En dicho documento, la Sub-comisión acordó la elaboración y promulgación de un Código de la empresa en el que se regule el comercio y todo tipo de actividad empresarial, económica o productiva, incluyendo la empresa informal.

Asimismo, consideró que la regulación de instituciones y contratos propiamente empresariales, tales como las Sociedades Mercantiles, los Títulos Valores, la Banca, la Bolsa, entre otros, debía reservarse a una legislación especial.

En cuanto al contenido del Código de la empresa; se acordó que éste debía contener normas genéricas estructuradas a manera de principios generales sobre la actividad empresarial y su contabilidad, el derecho registral empresarial, su reestructuración y reflatamiento, la contratación empresarial, el establecimiento empresarial y los bienes de la empresa, la libre competencia, etc.

Además, establecería un único elemento de identificación para todas las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades empresariales y económicas, en general, ya sea de manera habitual o esporádica, a través de un registro único empresarial. Así, se ayudaría a combatir la informalidad y la evasión tributaria.

De lo anotado es claro que el Código de la empresa constituiría tan sólo una ley marco que establecería los lineamientos generales y principios rectores de la actividad empresarial.

Con fecha 22 de octubre de 1996 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la Ley N° 26673, mediante la cual se modificó el artículo primero de la Ley N° 26394, que constituyó la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil.

De acuerdo a la citada nueva Ley, la Comisión de Reforma estaría integrada por cinco representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución y Reglamento, uno de los cuales la presidiría, y ocho representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia.

Tal ampliación obedecía a la necesidad de dar nuevos bríos al aletargado proceso de reforma, integrando a un grupo de connotados juristas (ahora más académicos que políticos) y al hecho de que la presidencia de la referida Comisión, recaería ahora en el ya congresista y ex-Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso, Doctor Jorge Muñiz Ziches, quien –como se ha visto– también centró su atención en la reforma de la legislación comercial.

Muñiz, a diferencia del Doctor Carlos Torres y Torres Lara, sí tenía una formación civilista; había ejercido la cátedra de Contratos – Parte General, durante varios años en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, había colaborado como Asesor de la Comisión que se encargó de elaborar el Código Civil que entró en vigencia en 1984 (más conocida como Comisión Reformadora), además de su reconocido y talentoso ejercicio profesional en esta y otras materias.

Dicho elemento fue –a mi entender– decisivo en el rumbo que siguió el proceso de reforma del Código Civil de 1984, el mismo que, con los nuevos integrantes de la Comisión, en los hechos, hacía que el grupo de profesores que inicialmente tomó el control de la Reforma, ahora lo hubiese perdido.

La reforma estaba ahora en otras manos.

Sus creadores habían perdido el control de la misma.

Asimismo fue muy clara la intencional marginación –al no haber sido convocado para formar parte de la Comisión– del Doctor Felipe Osterling Parodi, la mayor autoridad de nuestro medio en Derecho de Obligaciones. Pienso que ello obedeció a intrigas y mezquindades de orden político de las autoridades del Poder Ejecutivo encargadas de efectuar la convocatoria, además de presiones –muy activas e interesadas, por cierto– que en tal sentido ejercieron algunos funcionarios públicos a quienes interesaba sobremanera evitar la «peligrosa» presencia de un jurista tan calificado en la citada materia y con un ejercicio profesional de más de cuarenta años, los mismos que desbarataban cualquier eventual objeción pasible de hacerse sobre él.

Por parte del Congreso, fueron designados integrantes de la Comisión, los Doctores Ricardo Marcenaro Frers, Luis Delgado

Aparicio Porta (Cambio 90-Nueva Mayoría), Jorge Avendaño Valdez (Unión por el Perú), Jorge del Castillo Gálvez (Partido Aprista Peruano) y el ya mencionado Doctor Jorge Muñiz Ziches, su Presidente, quien propuso –y así se procedió– a nombrar como Presidente Honorario al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

Con este propósito, la Resolución Ministerial N° 253-96-JUS designó como miembros representantes del Poder Ejecutivo ante la Comisión a los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Augusto Ferrero Costa, Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle y Fernando de Trazegnies Granda, quienes se sumaban a Guillermo Lohmann Luca de Tena, Carlos Fernández Sessarego y Fernando Vidal Ramírez, nombrados desde la Comisión original.

El día martes 29 de octubre, el Diario Gestión da cuenta de la referida noticia⁽⁵⁰⁾.

Con fecha 28 de octubre de 1996 se celebró la Primera Sesión Ordinaria (Preparatoria) de dicha Comisión, habiéndose acordado lo siguiente:

- «1. Sesionar los días lunes a las dieciocho horas con treinta minutos, en el mismo lugar en que se lleva a cabo la presente sesión.
2. La sesión de instalación se realizará el día cuatro de diciembre a las diecinueve horas con treinta minutos, en uno de los ambientes del Museo de la Nación.
3. Las sesiones serán grabadas.
4. Realizar una sesión conjunta con los señores doctores integrantes de la Comisión encargada de elaborar el nuevo Código de Comercio.
5. Los miembros de la Comisión presentarán por escrito su posición respecto a los alcances de la reforma encomendada.

(50) Noticia publicada en el Diario Gestión, del martes 29 de octubre de 1996.

6. Presentar un informe respecto a los avances de la Comisión Revisora del Código de Comercio.
7. Constituir una sub-comisión integrada por los señores doctores ARIAS-SCHREIBER PEZET, DE LA PUENTE Y LAVALLE y FERRERO COSTA, quienes propondrán a la Comisión una relación de juristas extranjeros a ser invitados.

Siendo las veinte horas y no habiendo otro punto a debatir, el Señor Presidente levantó la sesión.»

De otro lado, el 7 de noviembre de 1996 se llevó a cabo la Primera Sesión Conjunta de las Comisiones encargadas de elaborar el Código de Comercio y el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, a fin de debatir el contenido de ambos Códigos y precisar la estructura que éstos puedan tener en el futuro.

En el trabajo conjunto de ambas Comisiones se plantearon y discutieron las siguientes interrogantes: ¿Por qué codificar la actividad mercantil cuando la tendencia de este siglo es descodificar? ¿Es conveniente legislar toda la actividad mercantil en un Código Biblia como el Código de Comercio Colombiano o, por el contrario, en un Código de sólo principios generales? ¿Por qué no elaborar un Código de Derecho Privado que unifique la actividad civil y la mercantil? ¿Por qué no elaborar un Código de la Empresa? ¿Qué tratamiento debe otorgarse a los temas comunes al Derecho Civil y el Comercial? ¿En qué cuerpo legal deben regirse dichos temas? ¿Deben regularse los contratos atípicos? ¿En qué cuerpo legal?.

Cabe señalar, asimismo, que en dicha sesión se acordó crear Sub-comisiones en ambas Comisiones, las que en conjunto determinarían las instituciones que permanecerían en el Código de Comercio y aquellas que pasarían a formar parte del Código Civil, debiendo informar en un plazo de 45 días.

Además, se designó como miembros de la Sub-comisión de la Comisión Encargada de elaborar el Código de Comercio a los Doctores Ricardo Beaumont Callirgos, Lourdes Flores Nano, María Teresa Quiñones Alayza y José Manuel Calle Fiocco.

Días más tarde, el 11 de noviembre de 1996, la Comisión

encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, se reunió en una Segunda Sesión Ordinaria Preparatoria, en la que se debatieron las propuestas formuladas en la Sesión conjunta antes señalada.

Así, se intercambiaron ideas en torno a si sólo debe actualizarse el Código de Comercio, o si debe conservarse la división entre el Código Civil y el Código de Comercio, trasladando al Código Civil todo lo referente a contratos, pero manteniendo en el Código de Comercio aquellos de carácter empresarial, bancario, marítimo o de seguros; o si más bien debe elaborarse un Código de Derecho Privado, que regule todos los contratos, y paralelamente un Código de la empresa, en el que se regulen de manera excepcional los contratos cuya naturaleza así lo requiera.

Asimismo acordaron formular invitación a una serie de profesores extranjeros para que asistan a la Sesión de Instalación Formal.

Desconozco las razones por las cuales finalmente ninguno de ellos vino al Perú.

En la Sesión Ordinaria Preparatoria de fecha 18 de noviembre de 1996 se empezó a dar cuenta de las opiniones de los integrantes de la Comisión acerca del tema materia de la misma.

Sin embargo, los integrantes de la Comisión no parecían tener un criterio unánime acerca de los alcances de la Reforma en marcha.

Ello puede deducirse de la lectura de diversos memorándum de carácter oficial, que dirigieran a la Comisión los Doctores Manuel de la Puente y Lavalle⁽⁵¹⁾,

(51)

•Memorándum

Pienso que el Código Civil de 1984, pese a sus innegables deficiencias, es un buen Código, que sigue respondiendo a las necesidades de la sociedad peruana moderna. Ninguno de sus Libros puede considerarse arcaico u obsoleto, por lo cual deben ser conservados como marcos, introduciendo en ellos las modificaciones que resulten aconsejables.

Los factores que han contribuido a tales deficiencias pueden ser considerados, en apretada síntesis, los siguientes:

- a) La técnica empleada para la elaboración del Código consistente en que la formulación de cada Libro fue encomendada a un ponente diferente, si bien permitió la redacción paralela de todos los Libros con el consiguiente ahorro de tiempo, dio lugar a una explicable falta de coordinación entre ellos, con las consiguientes duplicación y contradicción de normas.
- b) El Código de 1984, a semejanza de los principales Códigos del mundo, ha sido elaborado en Laboratorio; entendido esto en el sentido que los codificadores, sustentándose en toda la información que les fue posible recabar, han raciocinado y formulado las reglas que, en su opinión, plasmaban la satisfacción de las necesidades jurídicas de los peruanos. Cuando estas reglas fueron sometidas a prueba aplicándolas al quehacer diario, se pusieron de manifiesto ocultos e inevitables conflictos que resulta imprescindible solucionar.
- c) Por otro lado, el Código Civil de 1984 tiene desde que fue promulgado, no obstante sus evidentes aciertos, algunas deficiencias atribuibles al error que usualmente acompaña a las obras humanas, puestas en evidencia por su aplicación durante doce años. Estas deficiencias deben ser subsanadas.
- d) El Derecho no es una ciencia estática, sino que se encuentra en pleno proceso de evolución, por lo cual resulta necesario adecuar el Código Civil a tales cambios, poniéndolo al día.

Creo sinceramente que todas estas deficiencias son subsanables, introduciendo en el Código Civil vigente las modificaciones que resulten convenientes, sin demoler sus estructuras.

Sin embargo, la circunstancia de que paralelamente esté trabajando la Comisión Reformadora del Código de comercio abre nuevas posibilidades pues permitiría encontrar una solución integral a todo el problema de la codificación del Derecho privado.

En efecto, con el transcurso del tiempo desde 1902, fecha de promulgación del Código de comercio vigente, han perdido vigencia los límites que separaban el Derecho civil y el Derecho mercantil, desde que las operaciones tradicionalmente mercantiles se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos, produciéndose un fenómeno que algunos llaman «mercantilización del Derecho civil» y otros «civilización del Derecho mercantil».

De otro lado, es patente la difusión de los actos en masa realizados profesionalmente, o sea con espíritu de permanencia, que requieren de una organización adecuada. Ello lleva a Garrigues a decir que si la realización de actos en masa exige una organización adecuada y esta organización se llama empresa, el Derecho mercantil, sin dejar de ser el Derecho que regula los actos jurídicos realizados en masa, será, en definitiva, el Derecho que regula las empresas.

Como el Derecho debe seguir a la vida y no la vida al Derecho, conviene que éste recoja los fenómenos que se van produciendo en la vida para plasmarlos en reglas de Derecho. Ello determina que sea aconsejable que se distribuyan las materias civiles y mercantiles en dos grandes Códigos: un Código de Derecho privado que regule las actividades del hombre como individuo y un Código de la Empresa que contenga el Derecho objetivo relativo a las actividades propiamente empresariales.

El Código de Derecho privado conservaría los Libros del Código Civil vigente, con excepción de los relativos a los Registros Públicos y al Derecho

Internacional Privado, incorporaría los contratos mercantiles típicos y aquellos atípicos que han alcanzado madurez doctrinaria y jurisprudencial, o sea los llamados contratos típicos sociales, y contendría las disposiciones generales o principios rectores de los contratos bancarios, de seguros y de transporte, así como los principios sobre los títulos-valores, todo esto último con remisión a las leyes especiales sobre cada institución. El Título Preliminar del Código de Derecho privado cobraría una gran importancia porque en él se establecerían las reglas sobre la primacía de este Código sobre todos los ordenamientos legales, con excepción de la Constitución, y el carácter supletorio de sus disposiciones, incluyendo normas sobre integración.

El Código de la Empresa comprendería la organización de la empresa, el rol del empresario y los principios generales de las relaciones de trabajo, con remisión a la Ley General de Trabajo (proyecto en trámite), las normas directrices de las sociedades y de cada una de sus clases, con remisión también a la Ley General de Sociedades, la estructura básica del derecho marcario y de propiedad industrial, el derecho de autor, la regulación del monopolio y de la competencia.

Otra solución podría ser que todo lo relativo a la empresa no figurara en un Código especial, sino como uno de los Libros del Código de Derecho Privado.

Creo que es propicia la ocasión para dotar al Código de Derecho Privado de la importancia que le corresponde como segunda ley de la República.

San Isidro, 15 de noviembre de 1996.
Manuel de la Puente y Lavalle.»

La opinión del Doctor De la Puente también puede apreciarse en una entrevista realizada por la Revista IUS ET VERITAS (IUS ET VERITAS, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII, Número 14, junio de 1997. «¿Hasta dónde llegamos? En busca del Código Civil perfecto». Conversación sostenida con el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, por: BALLEEN, Juan José, PULGAR VIDAL, Juan y REGGIARDO, Mario, Páginas 149 a 152.), cuyo texto transcribimos seguidamente:

«En opinión de muchos juristas extranjeros, el Código Civil de 1984 es moderno y técnicamente bien elaborado. En ese sentido, ¿cuáles son los problemas más saltantes que se han detectado? ¿Asimismo, esos problemas se deben solucionar con ajustes no sustantivos, enmiendas integrales o un nuevo Código?»

El Código Civil de 1984 es sin duda un buen Código. Pero existen tres razones fundamentales que han determinado que este Código necesite algunas enmiendas para ponerlo al día. Estos cambios son, en primer lugar, el transcurso de estos 13 años. Indudablemente hubo una evolución en la ciencia del derecho, como en los conceptos políticos y sociales, que determinan que el Código tenga un nuevo enrumbramiento, principalmente para estar de acuerdo con la nueva Constitución.

En segundo lugar, el Código, como obra humana, tiene defectos propios que pueden ser fácilmente salvados con una revisión concienzuda y con tiempo.

Por último, la forma de elaboración del Código Civil de 1984, donde cada ponente tenía a su cargo un libro, ha dado lugar a que no haya conexión

entre los distintos libros del Código, lo cual se nota fácilmente comparando, por ejemplo, el libro de acto jurídico con el de contratos, donde, prácticamente, o bien repiten conceptos, o bien tienen conceptos opuestos. Esta es una razón por la cual al Código le ha faltado unidad.

¿Podemos decir, entonces, que piensa que lo más conveniente es hacer un nuevo Código?

Con motivo de la labor que nos ha encomendado la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984, los miembros de las diversas subcomisiones en las cuales nos ha tocado actuar, hemos tenido la oportunidad de estudiar muy a fondo los libros de dicho Código. Este estudio ha puesto de manifiesto muchos aspectos a los cuales no había prestado la debida atención cuando expuse en noviembre de 1996, a los miembros de la Comisión, los alcances que, a mi entender, debía tener la reforma de dicho Código.

Pienso ahora, con más elementos de juicio que aquél entonces, que pese a la manifiesta bondad del Código Civil de 1984, éste debe ser sustituido por un nuevo Código que esté más de acuerdo con la realidad nacional, los cambios ideológicos y científicos que se están produciendo a nivel mundial, y los asombrosos avances de la ciencia del Derecho. Esta necesidad de cambio se hace más patente en el Título Preliminar y en los libros sobre derecho de las personas, familia, sucesiones, derechos reales y fuentes de las obligaciones; en este último, particularmente en lo relativo a la responsabilidad civil.

Sin embargo, creo sinceramente que, no obstante su evidente necesidad, aún no ha llegado el momento de llevar a cabo tan radical sustitución. El Perú no cuenta actualmente con las herramientas necesarias para llevar a cabo tan trascendental obra. La elaboración de un nuevo Código Civil tiene que partir necesariamente de la vigencia del Código de 1984, cuyas cualidades y defectos deben ser inexcusablemente tomados en consideración para cualquier reforma integral. Resultaría absurdo modificar radicalmente una obra sin conocerla, analizarla, criticarla tanto positiva como negativamente, y tomar posición respecto de cada uno de sus aspectos.

¿Qué aportes serían indispensables para llevar a cabo dicha obra?

Primero, el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el Código Civil de 1984. No hay nadie mejor llamado a realizar una reforma del Código que el magistrado. Sin necesidad de modificar día a día las normas legales para solucionar los conflictos sometidos a su veredicto, el magistrado está en la necesidad de estudiar la referida norma, captar su contenido y apreciar su idoneidad. En opinión de la mejor doctrina, la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador, y es la mejor fuente de conocimiento del derecho positivo. Adicionalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los magistrados dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones. La labor conjunta de la jurisprudencia y de la iniciativa legislativa proporciona el medio más eficaz para conocer los méritos y deméritos del Código Civil de 1984, y contar con valiosos elementos de juicio para conocer la efectividad de sus reformas.

Es verdad que nuestros jueces han aportado poco a la labor de enjuiciar las instituciones de este Código, pero todo hace pensar que la reforma de la administración de justicia, actualmente en marcha, permitirá adelantar

mucho camino en este sentido. Ya se están notando los primeros resultados.

Otro elemento para llevar a cabo la reforma puede ser la labor de la doctrina.

Hay que reconocer que existen importantes obras destinadas a comentar el Código Civil de 1984, las mismas que destacan con nitidez las modificaciones que son convenientes introducir en muchos de los artículos de este Código. Sin embargo, estos valiosos comentarios no se proponen ni están orientados a plantear una reforma total del Código, sino únicamente a enjuiciar las instituciones de éste, de tal manera que no constituyen un aporte adecuado para estructurar una reforma total.

Es verdad que hay sostenedores de la necesidad de la inmediata elaboración de un nuevo Código Civil, derogatorio del actualmente vigente, quienes aducen plausibles razones para hacerlo, pero no conozco planteamiento concreto alguno sobre la estructura y contenido que debe tener este nuevo Código. Resulta necesario que quienes al igual que ellos pensamos conveniente sustituir el Código de 1984 por uno nuevo, acorde con las necesidades del tiempo en que vivimos, comencemos a unir nuestros esfuerzos para llevar a cabo la fascinante tarea de elaborar este nuevo Código. Para ello se requiere, en primer lugar, meditar hacia dónde queremos ir, diseñar los lineamientos de nuestra meta e implementarlos, para luego someter el resultado de nuestros esfuerzos a la crítica especializada. Obtenido el beneplácito doctrinario y práctico, será necesario realizar la impropia tarea de redactar el nuevo Código Civil. No es poco, pues, lo que le falta hacer a la doctrina.

¿Hasta qué punto se va a tomar en cuenta los ordenamientos legales extranjeros?

Se habla mucho en estos días de decodificación y de recodificación. Sea cual fuere el resultado de estas meditaciones, lo cierto es que actualmente la tendencia a la codificación se mantiene, y que unos Códigos sirven de ejemplo a otros. No debemos perder de vista la evolución legislativa extranjera, de la cual podemos extraer valiosas experiencias. Sabiendo toda la obra que tenemos por delante, para hacer realidad el nuevo Código con el cual soñamos, debemos necesariamente tomar un punto de partida que nos sirva de base para desarrollar cada una de las etapas de su elaboración. Este punto de partida no puede ser otro que el Código Civil de 1984. Pero no el Código cuyo proyecto redactó apresuradamente la Comisión Reformadora y modificó con no menos premura la Comisión Revisora, presionadas ambas por la necesidad impostergable de contar con un nuevo ordenamiento jurídico que se plasmó en el Código que nos rige, sino el Código que dichas comisiones hubieran perfeccionado de contar con el tiempo y la experiencia necesarios. En otras palabras, un Código cuidadosa y responsablemente actualizado.

Pienso que la vigencia durante 12 años del Código, que ha puesto de manifiesto sus méritos y deméritos, nos permite completar esa tarea, sólo así proporcionaremos a la jurisprudencia y a la doctrina, la base para cumplir cabalmente su cometido. Pongamos al día, pues, el Código Civil de 1984, introduciendo todas las enmiendas que la reflexión y la experiencia aconsejan, pero conservando intactas sus estructuras, teniendo en mente que, por ahora, dado el carácter de nuestra tarea, nada más hace falta. Concluida esta labor contaremos con una primera piedra que sirva de cimiento a la jurisprudencia y a la doctrina, y a la obra que todos anhelamos.

mos realizar, que es el futuro nuevo Código Civil del Perú. Como pilar de esta obra contamos ya con notables ponencias que podrían dar pie a la reforma, previa revisión de las mismas.

Se habla mucho de la necesidad de unificar las obligaciones civiles y mercantiles, ¿qué opinión le merecen esas afirmaciones?

La Comisión Reformadora del Código de Comercio ha tomado un acuerdo en el sentido de dejar sin efecto el Código de Comercio y trasladar al Código Civil toda la parte referida a obligaciones y contratos. Paralelamente, también se está trabajando en una Ley General de la Empresa. En ésta tendrían cabida los contratos que por su naturaleza son empresariales. En ese sentido, la labor de la comisión de la cual formo parte es doble. En primer lugar, analizar la situación de los capítulos actualmente en vigencia sobre los contratos ya conocidos e incorporar aquellos artículos del Código de Comercio que sean adaptables a la vida normal del ciudadano. Y, en segundo lugar, reservar para la Ley General de la Empresa aquellos capítulos como el suministro, por ejemplo, que es un contrato empresarial porque es difícil que lo celebre una persona individual.

El campo debemos dividirlo en dos partes: uno, los contratos susceptibles de ser civilizados, en el sentido que son los contratos sobre los cuales se desempeñan todas las personas, y, por otro lado, los contratos de naturaleza empresarial, como el **leasing** o cualquier otro contrato bancario, por ejemplo, donde tiene que intervenir una empresa financiera.

Ahora, no se puede decir que un contrato es empresarial sólo porque así está legislado. Tenemos el caso del **leasing**, que actualmente no se podría celebrar entre personas naturales porque se exige, según la legislación vigente, la intervención de una entidad financiera o de una empresa organizada como sociedad anónima. El problema que nos planteamos sería ¿es realmente necesaria la intervención de una entidad financiera o de una sociedad anónima para celebrar un **leasing**? Esa es la labor en la cual nos encontramos, y que vamos a resolver cuidadosamente.

Antes mencionó que una de las razones de la reforma es el constante desarrollo de las operaciones comerciales. ¿Eso mismo no causaría que un Código que introduce definiciones y tipos contractuales fijos pueda devenir fácilmente en uno anacrónico? ¿En esa misma línea, la presente reforma del Código va a incluir definiciones?

El Código debe tener definiciones. Todos sabemos que en el campo del Derecho se presentan opciones. La doctrina francesa y la alemana, por ejemplo, son opuestas respecto de la preferencia por introducir definiciones, lo cual se defiende en la primera y se ataca en la segunda. El Código tiene que optar por alguna concepción. Si el Código no define, le deja al Juez, como en el Código Civil de 1936, toda la responsabilidad de decir cuál es la naturaleza del contrato, por ejemplo. El codificador de 1984 fue consciente que el uso de definiciones puede congelar el Derecho, pero el peligro de ese congelamiento no es más grande que el que no exista una guía orientadora y que el Juez no sepa cuál es la opción adoptada por el Código.

Como nosotros queremos darle un sentido determinado al Código Civil, entonces tenemos que usar definiciones.

¿Cuál es la vocación de un Código Civil? ¿Debe ser pedagógico o netamente técnico?

Yo veo al Código como una especie de Biblia laica, algo a lo que tenemos que recurrir en caso de un conflicto, y encontrar en éste una respuesta a

los problemas de carácter legal que todos tenemos. El Código debe tener una gran dosis de elemento pedagógico para guiar a las personas en su utilización.

En ese sentido, para mí es un ejemplo el Código Civil Italiano, el cual realmente está llegando a lograr esa facilidad de manejo que carece, por ejemplo, el Código Civil alemán, o incluso el mismo Código francés, el cual, si bien tiene una excelente redacción, ha llegado a profundizar lo suficiente como para poner en evidencia la naturaleza de las instituciones.

¿Qué nos puede contar del sistema de trabajo de la presente reforma?

Si nos remontamos un poco a la historia del Código Civil de 1984 vamos a encontrar respuesta a estas preguntas. Cuando recién se nombró la comisión encargada de la reforma del Código de 1936, el método de trabajo empleado fue que todos los miembros de la comisión se reunían en una gran mesa y empezaban a discutir los artículos del Código. Comenzaron por acto jurídico, pero pasaron doce años y no habían llegado a la mitad del libro de acto jurídico. Si bien se daban las conversaciones y discusiones más interesantes y alturadas que podemos imaginarnos, éstas trataban todo el tiempo de profundizar conceptos antes que redactar el Código. Recuerdo que formaban parte de la comisión el doctor José León Barandiarán y el doctor Jorge Vega García. El doctor León Barandiarán era partidario de la teoría del Negocio Jurídico y el Doctor Vega García era partidario de la teoría del Acto Jurídico. Cuando el doctor Vega García dejaba de asistir a una sesión por cualquier causa, el Doctor Barandiarán avanzaba con su teoría, y, viceversa, lo mismo sucedía si el Doctor Barandiarán faltaba a una sesión. Entonces había que volver a discutir el tema. Es por eso que cuando el Doctor Felipe Osterling salió elegido presidente de la Comisión Reformadora, decidió cambiar el sistema y encomendó cada ponencia a un ponente distinto. Si bien cada uno de los ponentes hizo un trabajo a fondo y muy serio, no hubo comunicación entre los distintos ponentes, de tal manera que salían libros perfectos pero que no tenían conexión con los otros. Son bancos estancos.

Existe entonces un gran ausente, quien es el doctor Felipe Osterling.
La ausencia del Doctor Osterling es sentida por todos los miembros de la comisión.

¿Es verdad que existe un plazo muy breve para que la comisión presente resultados al respecto?

Creo que no. El libro de fuentes de las obligaciones, parte general, ya está terminado y ha sido presentado a la comisión. Acto jurídico ya está terminado y debe ser presentado en pocos días a la comisión. Derechos reales, nos cuenta el Doctor Avendaño, ya está prácticamente terminado, de tal manera que su presentación es inmediata.

Existen otros libros que necesitan una mayor meditación. Por ejemplo el libro de familia, al cual hay que adaptarlo un poco más a la realidad nacional. La ciencia del derecho ha avanzado bastante, de ahí que hay que trabajarlo con gran agilidad. Debe estar terminado, sin apresuramientos, porque eso sí, nos estamos cuidando mucho de no apresurarnos, a fines de mayo o principios de junio.

En cuanto al libro de sucesiones, hay dos ponencias, la del Doctor Lohmann y la del Doctor Ferrero. Se van a presentar ambas ponencias al pleno, y éste decidirá por cuál se inclina.

Max Arias-Schreiber Pezet⁽⁵²⁾,

Lo que si va a tomar tiempo, hablo de mediados de junio a julio, son los contratos típicos. El Doctor Arias-Schreiber ha renunciado por razones de salud, así que estamos reorganizando la comisión. Es muy difícil porque estamos analizando qué contratos se van a incorporar, qué modificaciones deben introducirse, etc.

¿Nos puede adelantar algunas novedades?

Preferiría no adelantar nada porque esto debe ser fruto de una discusión y no de ir ganándose las ideas.

Nos comentan que para la salida del Código Civil de 1984 hubo mucha actividad académica, participación del foro, interés de los mismos estudiantes. ¿Esto se ha perdido para la presente reforma?

Se quiso dar un compás de espera para que las subcomisiones presenten los anteproyectos y se pueda discutir sobre propuestas concretas. Como el 31 de marzo venció el primer plazo para la presentación de los anteproyectos, se ha pensado que todo el debate público debe postergarse a partir de esa fecha, para que todos tengan conocimiento sobre qué temas se va a discutir. Es en tal sentido que en la misma Pontificia Universidad Católica van a haber dos eventos que permitirán trabajar sobre cosas concretas, ahí es donde se conocerá el nuevo Código, así como algo que yo siento muy a fondo, que es ver al Código como un amigo y no como un enemigo; tratar de que el Código sea accesible a todas las personas, y no poner frenos ni obstáculos que impidan la modificación del Código. Ese es el espíritu que quisiera que reinara en los eventos que se están organizando.

¿Desea añadir algo más?

Agregar que las reuniones del pleno son sumamente interesantes, pues el hecho de que los miembros de una subcomisión puedan serlo a su vez de otra, da mucha riqueza al debate, ya que no se discute sólo lo relacionado con ese libro, sino que se va también a la concordancia con los otros. Realmente, todos salimos muy contentos de las reuniones del pleno.»

(52)

«Lima, 15 de noviembre de 1996

Señor Doctor

Jorge Muñoz Ziches

Presidente de la Comisión encargada

de elaborar el Anteproyecto de Reforma

del Código Civil

Presente.-

Querido Jorge:

Doy respuesta a la solicitud que se me ha formulado sobre los alcances que debe tener la reforma del Código Civil.

Prácticamente desde la promulgación del Código que refrendé en mi calidad de Ministro de Justicia empecé a destacar los defectos que tenía su texto, lo que he hecho públicamente, en libros, conferencias y congresos nacionales e internacionales.

He intervenido muy activamente en el Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que en numerosas comisiones y bajo la infatigable acción del jurista Carlos Fernández Sessarego reunió a juristas de distintas universidades y logró valiosos resultados que han sido debidamente publicados y sin duda obran en poder

de la Comisión Reformadora. Pero inclusive es público y notorio, por haberlo manifestado en numerosas oportunidades que soy propulsor de la dación del Código Civil del Siglo XXI, en razón de los grandes cambios de todo orden que se han producido en el país y en el mundo desde 1984 y antes.

Mantengo la misma posición y sigo efectuando investigaciones que podrán tener alguna utilidad en el inevitable proceso de dotar al Perú de un nuevo Código para el siglo que se avecina.

Empero, soy también consciente de la bondad que tiene el Código vigente, en términos generales, y he recibido la opinión unánime de juristas muy calificados de países de Europa y América en el sentido que a doce años de haberse dictado el Código sería absurdo reemplazarlo por otro. Y todos los que de alguna manera están vinculados con el Derecho saben mi rotunda oposición a que se torne al Código Civil de 1936, pese al profundo respeto que tengo por sus autores.

Por lo tanto y conservando mi criterio principista expuesto respecto del Código del siglo XXI, me pronuncio rotundamente en el sentido de efectuar las modificaciones que la Comisión considere esenciales para el corto y mediano plazo, tal como se desprende de la letra y del espíritu de las leyes N° 26394 y 26673.

Cuando se estaba en el proceso de elaboración del Código vigente, era consciente de la unificación de la ley civil con la mercantil y por eso en mis ponencias aprobadas por la Comisión Reformadora y ratificadas por la Comisión Revisora se suprimieron algunos contratos mercantiles, tales como el mutuo, el depósito, etc. Hoy en día mi posición es mucho más radical y pienso que todos los contratos típicos deben estar regulados por el Código Civil.

Entrando a una primera apreciación y en espera de las valiosas opiniones de los demás miembros de la Comisión, considero que:

1. Debe mantenerse la numeración del Código, utilizando la fórmula sugerida por el Doctor Lohmann Luca de Tena.
2. Sigo creyendo que el Código debe conservar las definiciones por ser muy útiles en un país como el nuestro, donde la ley tiene que llegar hasta las regiones más apartadas, en las que la preparación de abogados y jueces es deficiente.
3. El Título Preliminar ha sido materia de estudios valiosos que deben ser evaluados cuidadosamente.
4. El Libro I (derecho de las personas) ha sido profundamente analizado en el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, así como por los miembros de la Comisión nombrada a raíz de la Ley N° 26394. He tenido oportunidad de conocer los cambios que se han sugerido y estimo que son muy valiosos, actualizando un libro que ha merecido grandes elogios a nivel internacional. De consiguiente, pienso que bastaría efectuar una revisión final de los cambios y estar al tanto de las modificaciones que se introduzcan en los otros libros, a fin de que la Reforma tenga coherencia.
5. El Libro II (acto jurídico) también ha sido estudiado por valiosos juristas y la Comisión que se ha constituido es garantía de que se salvarán las deficiencias o vacíos detectados.
6. El Libro III (derecho de familia), pese a su bondad y al hecho de haber sido ponencia de un gran jurista como Héctor Cornejo Chávez, merece un profundo análisis por los grandes cambios que se vienen produ-

ciendo dentro de la sociedad y por la existencia de otras normas que en algunos casos lo contradicen. La reforma de este Libro tiene gran importancia y urgencia, de modo que sugiero que la Comisión encargada de su análisis debe reunirse para establecer su metodología. Además y siempre que la salud del doctor Cornejo Chávez lo permita, el texto que elabore la Comisión debería ser conocido por ese gran maestro y jurista, antes de ser sometido al Pleno de la Comisión Reformadora.

7. El Libro IV (derecho de sucesiones) también ha sido estudiado en profundidad por juristas especialistas en la materia. Desde mi punto de vista no son numerosas aunque sí muy importantes las modificaciones que deberían introducirse.
8. El Libro V (derechos reales) también deberá ser motivo de modificaciones, algunas de ellas sustanciales, por los grandes acontecimientos que se han producido desde 1984 y antes y después en materia de propiedad, principalmente enfocada desde el punto de vista social. Existe un texto elaborado en el Instituto de Investigación Jurídica que podría servir como punto de partida para las modificaciones que deban introducirse.
9. El Libro VI (las obligaciones) es el que menos cambios requiere. Opino que habría que considerar las valiosas sugerencias hechas en el Tratado de las Obligaciones del que son autores los Doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre.
10. El Libro VII (fuentes de las obligaciones) ha sido objeto de una completa revisión en lo que concierne a los contratos en general, efectuada en el Instituto de Investigación Jurídica tantas veces citado. Considero que la Comisión designada está en condiciones de actualizar los cambios proyectados, así como evaluar las sugerencias que se le puedan hacer.
En lo que concierne a los contratos nominados, hoy mejor catalogados como típicos, estimo que la Comisión debe efectuar numerosos cambios surgidos de las opiniones de sus comentaristas, así como recibir y evaluar todas las críticas que se le hagan. Es mi posición incorporar al Código Civil aquellos contratos que aún están en el Código de Comercio y que no figurarían en su reforma o estarían en una Ley General de Empresas. Y pienso igualmente que los denominados contratos modernos que ya tienen aplicación en el Perú deberían incorporarse al Código, pero cuidando de que sólo figuren sus principios fundamentales, pues estos contratos aún se encuentran en pleno proceso de madurez.
11. Pienso que debe ponerse especial énfasis en la Sección Sexta de este Libro VII, pues existen en la actualidad tendencias muy marcadas a modificar todo el régimen de la llamada Responsabilidad Extracontractual.
12. El Libro VIII (prescripción y caducidad) requiere algunas precisiones, ya detectadas por sus comentaristas.
13. El Libro IX (registros públicos) debe ser materia de una ley especial. Excepcionalmente podrían conservarse sus reglas fundamentales.
14. El Libro X (derecho internacional privado) no ha sido analizado en profundidad. Tal vez lo recomendable es solicitar a sus autores los cambios que consideren necesarios, a fin de evaluarlos.
15. Considero indispensable reincorporar el arbitraje al Código Civil, teniendo en cuenta las modificaciones que por ley se han producido en

Carlos Fernández Sessarego⁽⁵³⁾,

esta materia y las sugerencias que puedan recibirse.

16. Estimo recomendable efectuar trabajo de campo para la Reforma, escuchando las opiniones de las instituciones correspondientes de todo el país. Tampoco se debe ignorar la fuerza de los usos y costumbres que prevalecen en nuestra patria.
17. Creo que a la brevedad posible los miembros de la Comisión Reformadora deben tener a la mano los Códigos promulgados después de 1984, así como las reformas hechas a otros Códigos con posterioridad a dicho año y los diferentes proyectos que se han elaborado en varios países. Sólo con estos elementos podremos hacer las comparaciones necesarias y valorar los cambios y las nuevas instituciones que puedan haberse introducido en la legislación civil.
18. Me parece de fundamental importancia que cada comisión tenga un conjunto de colaboradores jóvenes con marcada vocación y capacidad jurídica, para que aporten sus renovadoras ideas y se vayan perfeccionando, pues son el futuro de nuestra Escuela de Derecho Civil.

En conclusión, creo que por el momento sólo debería modificarse el Código de 1984 en todo cuanto la Comisión considere indispensable; dejando para otra oportunidad la dación del Código Civil del siglo XXI, que es, como usted y los miembros de la Comisión bien saben, mi mayor ilusión profesional y académica.

Esta es, Señor Presidente, mi primera impresión sobre lo que debe hacerse dentro del proceso de reforma. Desde luego estas apreciaciones pueden ser ampliadas o modificadas a la luz del aporte de los demás miembros de la Comisión Reformadora.

Aprovecho la oportunidad para renovar las expresiones de mi mayor consideración.

Max Arias-Schreiber Pezet.»

(53) «Lima, 16 de noviembre de 1996

Señor doctor
Jorge Muñoz Ziches
Presidente de la Comisión de
Reforma del Código Civil

Presente.-

Estimado Presidente:

Me es grato acompañar a esta comunicación un Memorándum que contiene algunas opiniones sobre diversos temas que han sido materia de recientes cambios de ideas en el seno de la Comisión de su Presidencia.

Le ruego, si lo tiene a bien, ordenar la distribución del texto del citado Memorándum entre los miembros de la Comisión.

Aprovecho de esta oportunidad para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración.

Atentamente

Carlos Fernández Sessarego

MEMORANDUM

1. Estimo, en coincidencia con comentaristas y críticos tanto nacionales como extranjeros del Código Civil de 1984, que se trata de un buen Código, pese a sus naturales imperfecciones. Esta es la línea de pensa-

miento dominante, de donde resulta que no es necesario ni conveniente, a los doce años de su entrada en vigencia sustituirlo por un nuevo Código. Son múltiples los testimonios expresados en este sentido.

Es importante señalar, como es sabido, que los aportes del Código Civil de 1984 son materia de constantes comentarios en certámenes jurídicos que se celebran fuera del país así como que es citado preferentemente por la doctrina comparada. Por lo demás, el Código Civil de 1984 es utilizado como modelo en los procesos de elaboración de reformas de otros Códigos Civiles como es el caso, entre otros, de los proyectos de Costa Rica y Argentina. Precisamente, en la Nota por la cual la Comisión de Reforma del Código Civil argentino eleva su Proyecto al Ministro de Justicia, de fecha 26 de marzo de 1993, enumera en su punto VII los Códigos Civiles 'consultados con provecho' por la Comisión. Al respecto se cita a los Códigos italiano de 1942, portugués de 1967, español y francés reformados y otros como el muy reciente Código de Quebec y, entre los latinoamericanos, el moderno Código Civil peruano de 1984 ('Reformas al Código Civil'. Astrea, Buenos Aires, 1993, Página 20).

Por lo expuesto, no se justifica, tanto por la bondad intrínseca del Código como por respeto a la comunidad nacional —especialmente a la jurídica— emprender la redacción de un nuevo Código. En coincidencia con el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle estimo que este cuerpo legal 'sigue respondiendo a las necesidades de la sociedad peruana moderna' y que 'ninguno de sus libros puede considerarse arcaico u obsoleto'. Por ello, es necesario introducir las modificaciones que fueren pertinentes 'sin demoler su estructura'.

2. La técnica empleada para la elaboración del Código consistió, como señala el Doctor Manuel de la Puente, en encargar a diversos ponentes la redacción de cada uno de los Libros. Sin embargo, cabe recordar que los Libros relativos a Personas, Acto Jurídico y Obligaciones fueron discutidos amplia e íntegramente en el pleno de la Comisión Reformadora. El de Personas fue revisado hasta en tres oportunidades por esta Comisión. Luego, como todos los otros Libros, fueron también estudiados por el pleno de la Comisión Revisora.

Ello, es cierto, no ocurrió tratándose de los otros Libros, los no que fueron debatidos por el pleno de la Comisión Reformadora a pesar de lo cual sí fueron estudiados por la Comisión Revisora. Es conveniente hacer esta precisión ya que cada Libro tiene su propia historia.

Los Libros que no fueron debatidos en el pleno de la Comisión Reformadora fueron, en consecuencia, los de Familia, Reales, Fuentes de las Obligaciones, Sucesiones, Prescripción y Caducidad.

3. No obstante lo sintéticamente manifestado en el punto 1, los autores del Código Civil de 1984 consideraron que, por la dinamicidad propia del Derecho y por los errores detectados, era aconsejable, a los diez años de su vigencia, actualizarlo y perfeccionarlo mediante una Ley de Enmiendas. Este esfuerzo estaba encaminado a mantenerlo al día y a que pudiera perdurar, como es lo aconsejable tratándose de un Código de su importancia.

Empezó así una seria tarea de estudio y revisión del Código con el propósito de ofrecer a los legisladores un conjunto de propuestas tendentes a dicho fin. Fue así que durante los años 1993 y 1994 se reunieron, divididos en comisiones de trabajo, más de sesenta profesores de diversas

Facultades de Derecho de Universidades locales. Las propuestas resultantes fueron puestas a disposición del Congreso, el mismo que consideró oportuno no desperdiciar esta contribución de la Universidad peruana, por lo que constituyó una Comisión de Reforma del Código. Su tarea sería en el menor tiempo posible, incorporar las propuestas que se considerasen oportunas así como las iniciativas de los miembros de la Comisión.

4. También, al igual que lo opinado por el Doctor Manuel de la Puente, considero que deben existir dos diferentes cuerpos de leyes. Uno, el Código Civil, al que se incorporarían sólo obligaciones y contratos mercantiles. Otro, un Compendio de toda la materia propia de la empresa contemporánea.

Así, se incorporaría al Código Civil los contratos mercantiles típicos y aquellos atípicos 'que han alcanzado madurez doctrinaria y jurisprudencial'. Asimismo, podrían también integrarse en el Código Civil los principios o disposiciones rectoras de otros contratos, como los bancarios, de seguros, de transportes, los que serían desarrollados en el Compendio de Derecho de la Empresa. Estimamos, sin embargo, que esta última consideración puede ser debatible.

Considero que se debe mantener la denominación de Código Civil por dos razones: por su propio y tradicional contenido como porque ya no cabe seguir insistiendo en la existencia de un derecho privado y otro público totalmente independiente. El derecho es uno, aunque en cada norma predomine marcadamente uno de ellos, lo que no significa que esté ausente, en alguna medida, el otro. Lo que toca al todo -la sociedad- toca a la parte y lo que afecta a la parte -el individuo- repercute, también en alguna medida, en el todo. Por esta razón no estamos de acuerdo con la denominación de Código de Derecho Privado.

Existe, sin embargo una tercera razón: que en el que denominaría Código Privado debería entrar toda la materia jurídica donde predomina un interés individual y ello nos llevaría, como en el caso del Código italiano, a incorporar una impresionante cantidad de materias diversas a las del derecho civil. Obsérvese, además, que en Italia a pesar de ello, no se le denominó Código de Derecho Privado y que a partir de su entrada en vigencia en 1942, en el transcurso del tiempo se han ido separando diversas materias. Este fenómeno llevó a decir al profesor Natalino Irti que se estaba produciendo un 'proceso de descodificación'. En realidad, este proceso consistía no en extraer del Código Civil las materias que le eran propias sino aquellas que le fueron agregadas como es el caso, por ejemplo, de las normas concernientes al derecho agrario, al derecho laboral y al derecho mercantil.

En lo que se refiere a la materia empresarial estimo que no debería procederse por la extrema dinamicidad de la materia, a redactar un Código, sino más bien a elaborar un Compendio de todas las normas que le son propias.

5. Cabe señalar, en principio, que el contenido propio del derecho civil está constituido por todas aquellas disposiciones que son comunes a todos los seres humanos, sin excepción. Así, nacer, morir, ser propietario, contratar, ser miembro de una familia. No todos los hombres son por el contrario, profesionalmente comerciantes o campesinos, industriales o aviadores. Por ello al Derecho Civil se le conoció también con la denominación de Derecho Común.

Carlos Cárdenas Quirós⁽⁵⁴⁾,

No obstante lo expuesto, tratándose de los actos mercantiles cabe hacer la salvedad que si bien no todos los individuos son habitualmente comerciantes, ellos realizan necesariamente tales actos en el transcurso de su vida. Es esta, precisamente, una de las razones principales que aconsejan la unificación de las obligaciones y de los contratos civiles y mercantiles.

6. Considero que debería excluirse del Código Civil el Libro de los Registros Públicos y el relativo al Derecho Internacional Privado por constituir disciplinas autónomas.
7. Estimo, como la gran mayoría de los miembros de la Comisión, que debería señalarse un plazo para culminar las labores de la Comisión y que éste podría tener como término final el 15 de noviembre de 1997.

La Molina, 16 de noviembre de 1996.*

(54) «San Isidro, 19 de noviembre de 1996

Señor doctor

Jorge Muñoz Ziches

Presidente de la Comisión Reformadora

del Código Civil

Presente.-

Estimado Jorge:

Es grato dirigirte la presente con el propósito de alcanzarte un memorando en el que explico resumidamente mi posición acerca del contenido que debe tener el Código Civil teniendo en cuenta el proceso de reforma del Código de Comercio. Te pido hacer llegar un ejemplar del referido documento a los demás miembros de la Comisión.

Recibe un cordial saludo.

MEMORANDO

Ref: Contenido del Código Civil a propósito de la reforma del Código de Comercio.

Desde una perspectiva unificadora, resulta aconsejable a mi entender, que la reforma del Código Civil comprenda la incorporación al mismo de todas aquellas materias relativas al derecho de obligaciones (mora automática para obligaciones a plazo, por ejemplo) y contratos (comisión, seguros, cuenta corriente mercantil) que actualmente se encuentran reguladas en el Código de Comercio, así como las referidas a prescripción y caducidad.

Deberá definirse oportunamente si dada su especialización conviene o no incorporar también la regulación del contrato de transporte, tanto terrestre como marítimo, o plantear la existencia de una ley especial al respecto. Igualmente deberá acordarse la procedencia de la inclusión de contratos como el fideicomiso, corretaje, **franchising**, etc.

Me parece conveniente el mantenimiento de la denominación 'Código Civil' ratificando así el carácter integrador y general de este cuerpo de leyes que constituye fuente supletoria de toda otra legislación. Es de advertir que, por ejemplo, los Códigos Italiano y de Quebec, que han unificado las materias de derecho civil y mercantil siguen manteniendo la denominación de 'Código Civil'. Ni siquiera los antiguos países de la órbita socialista denominaron de manera distinta a sus Códigos. Es cierto, sin embargo, que un proyecto unificador de la legislación civil y comercial colombiana for-

Augusto Ferrero Costa⁽⁵⁵⁾ y

mulado por el Doctor Arturo Valencia Zea se denominó 'Proyecto de Código de Derecho Privado'. Empero, tengo la impresión de que el planteamiento recoge una tendencia más bien aislada.

De otro lado, no me parece adecuada la existencia de un cuerpo legal en materia mercantil ('Código de la empresa') que reúne todas las leyes especiales vinculadas a aspectos relativos a las sociedades, títulos valores, competencia desleal, defensa del consumidor, propiedad industrial, etc. Un cuerpo legal de esa clase se limitaría a integrar artificialmente toda esa legislación, sin necesariamente establecer las bases comunes de todas esas disciplinas que han cobrado autonomía propia.

Estimo conveniente, en cambio, la existencia de una Ley General de la Empresa que se encargue de regular los principios generales o rectores de la materia. Esta ley sustituiría al Código de Comercio, el que habría quedado absolutamente vaciado de contenido.

Soy también partidario de la supresión del Libro dedicado a los Registros Públicos, debiendo dictarse una Ley General de Registros Públicos que brinde una regulación completa de la materia, comprendiendo a todos los registros públicos de carácter jurídico. En su actual versión, ese Libro está referido fundamentalmente a los registros vinculados a instituciones que regula el Código Civil y omite, por tanto, otros registros. La dación de una Ley General se justifica con mayor razón si se tiene en cuenta la creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Con menos claridad aparece para mí el tema del mantenimiento o supresión del Libro dedicado al Derecho Internacional Privado. Estimo conveniente contar previamente con la opinión de los especialistas para definir oportunamente lo conveniente.

Lima, 19 de noviembre de 1996»

(55)

«MEMORANDO

Resulta plausible que después de doce años de vigencia del Código Civil, se haya congregado a un grupo de especialistas en la materia –algunos de ellos destacados autores del actual ordenamiento–, para que presenten un anteproyecto de reforma del mismo. Hacerlo, resulta un importante compromiso para sus miembros, quienes deberán vertir en él las experiencias profesionales de los últimos años, corrigiendo algunos defectos y remozando algunas instituciones de acuerdo a nuevos estudios realizados. No creemos que sea el momento de redactar íntegramente un nuevo texto, lo cual puede resultar tentador a la luz de los grandes cambios ideológicos y científicos habidos. Es oportuno consolidar ciertas figuras y clarificar conceptos.

En este orden de ideas, somos de opinión que debería segregarse del Código los Libros correspondientes a los temas de Registros Públicos y Derecho Internacional Privado, cuyas normas deberían regularse en leyes especiales. Respecto a los demás libros, creemos que deberá revisarse íntegramente su articulado, corrigiendo y cambiando sólo aquello que sea estrictamente necesario; trabajo que podría efectuarse en un plazo de dos años.

En relación al Código de Comercio, nos parece que así como existe legislación especial que regula las sociedades y los títulos valores, debería hacerse lo propio con temas como seguros y transportes, pasando todo lo

Fernando Vidal Ramírez⁽⁵⁶⁾.

demás al Derecho Común, sin necesidad de ir a un Código de la Empresa. (El subrayado es nuestro).

Lima, 2 de diciembre de 1996

Augusto Ferrero.*

«Miraflores, 6 de diciembre de 1996

(56)

Señor Doctor
Jorge Muñiz Ziches
Presidente de la Comisión
Revisora del Código Civil

Presente.-

Estimado Jorge:

En razón de haber tenido que viajar y de haber tenido problemas de salud no me ha sido posible asistir a las últimas sesiones de la Comisión. Ya recuperado y de regreso a mis labores habituales, te adjunto el Memorándum que contiene mi opinión respecto de los alcances de la reforma del Código Civil.

Cordialmente,

Fernando Vidal Ramírez

MEMORANDUM N° 1

Ref: Sentido y alcance de la revisión del Código Civil.

Por la Ley N° 26673, modificatoria de la Ley N° 26394, ha quedado constituida la Comisión que ha asumido el Código Civil, sin que se haya hecho precisión alguna respecto del sentido y alcance de la reforma. Por ello, emito la opinión que ha sido solicitada en cuanto al sentido y alcance de la reforma.

Si bien el encargo es la preparación de un anteproyecto de ley de reforma, encargo que puede entenderse en el sentido de que no se limita la introducción de reformas, y aun la formulación de un nuevo Código, soy de opinión que el encargo supone una revisión integral del Código Civil vigente, del primer al último artículo, pero orientada, exclusivamente, a subsanar las contradicciones, errores y omisiones que han distorsionado el sentido de sus normas, según el criterio original de los redactores del Código y del que resulte de su revisión.

La revisión del Código debe también orientarse a modernizar el tratamiento de las instituciones a las que dé cabida y, además, a incorporar a las que le sean compatibles, dentro del proceso de unificación del Derecho Privado, máxime si se ha planteado también la revisión de lo que queda del Código de Comercio de 1902.

Según he tomado conocimiento, se ha planteado, dentro de la revisión del Código de Comercio, darle a este Código un contenido distinto del tradicional, orientado a la Empresa, abandonando el criterio de la delimitación basada en el acto de comercio planteado por el Código Francés de 1807 y seguido por la codificación mercantil del siglo pasado y al que no pudo sustraerse la nuestra de 1902. De ahí, que estime oportuno que la revisión del Código Civil deba estar también orientada a la incorporación de las instituciones que dieron contenido al Código de Comercio, modernizándolas.

En mi opinión, pues, el Código Civil debe orientarse a ser un Código de Derecho Privado, aunque conservando su denominación.

La revisión del Código Civil debe dar lugar también a que se le reintegren materias que le han sido sustraídas, como es el caso del compromiso arbitral, hoy denominado convenio arbitral, pero dejando lo relativo al procedimiento para ser tratado por una ley especial.

En conclusión, soy de opinión que la revisión del Código Civil vigente debe orientarse a su modernización y a la integración de materias que son inherentes al Derecho Privado. Por lo que considero que deben mantenerse como contenido del Código las normas de conexión con los ordenamientos jurídicos extranjeros, y sólo separarse materias que requieren de leyes especiales y de normas reglamentarias, aunque dejando los principios básicos e informantes, como puede ocurrir, entre otras, con los derechos de autor, los de invención, las comunidades campesinas y nativas, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la propiedad horizontal y los Registros Públicos. (El subrayado es nuestro).

Miraflores, 6 de diciembre de 1996.»

A pesar de no constar en uno de estos Memorándum, la opinión del Doctor Jorge Avendaño Valdez, integrante de dicha Comisión, puede ser apreciada en una entrevista que le hizo la Revista *Ius et Veritas*, en el mes de junio de 1997 (*IUS ET VERITAS*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII, Número 14, junio de 1997. Op. cit., Páginas 145 a 148), cuyo texto transcribimos seguidamente:

«Respecto a la reforma del Código Civil de 1984, digamos que existen dos opciones. Una es un cambio integral del Código y otra es hacerle solamente algunas enmiendas. ¿Cuál es su posición?

Decididamente a favor de las enmiendas. Yo me he opuesto desde el primer momento a que se reforme íntegramente el Código. No hay ninguna razón: más todavía, en rigor, no hay ni siquiera necesidad de enmendarlo. En el Perú no pasa nada si seguimos con el mismo Código por algunos años más. De manera que si se opta por la reforma es por un exquisito sentido de adecuación a la nueva Constitución y a las instituciones modernas, a los contratos nuevos que están apareciendo. Pero lo otro, la reforma integral, lo descarto total y absolutamente.

En el seno de la comisión, la mayoría creemos que el encargo es enmendar el Código, sacar una ley de enmiendas. Estamos hablando de unos doscientos artículos, para tener una idea de la magnitud. Esa es nuestra idea. Otros creen que no, que la oportunidad es propicia para reformar el Código a fondo, inclusive sustituyendo libros. Y hay algunos de posición intermedia que se adhieren intelectualmente con la primera posición, que dicen que no hay necesidad de hacer sino enmiendas, pero a la hora de hacer las enmiendas introducen tal cantidad de cambios que en el fondo están haciendo casi un Código nuevo.

A mi juicio, nada le pasaría ni al mundo de la contratación, ni al mundo judicial, ni al mundo de la docencia, a nadie le pasaría nada en el Perú si es que nos quedamos con el Código como está por unos años más, hasta que éste decante, hasta que se trabaje más con él, hasta que haya más jurisprudencia, etc.

Se habla de unificar el derecho mercantil con el derecho civil. Sin embargo hay un Código de la Empresa que quiere salir, el mismo Código de Comercio que no se sabe todavía cuál va a ser su destino.

Hubo reuniones conjuntas entre la comisión del Código Civil y la comisión del Código de Comercio. Lo que se ha acordado es que no va a haber

un nuevo Código de Comercio. Va a haber la Ley de Sociedades que se está revisando ya en el Congreso; hay una comisión que yo también integro que está revisando esa ley. Va a haber también una Ley de la Empresa, ya hay un proyecto elaborado. Por otro lado, la Ley de Títulos Valores se va a revisar en una comisión que está creando el Ministerio de Justicia.

Se va a pasar al Código Civil los contratos de carácter mercantil más importantes y modernos, como por ejemplo el leasing, el franchising, etc. Sin embargo, se ha adoptado el criterio de que sea en términos generales, una regulación marco. Ahí también hay otro problema y es que algunos nos hemos opuesto a que esas instituciones nuevas se regulen con todo detalle porque es ponerles un corsé, una camisa de fuerza, y eso no conviene. Hay que establecer principios generales y dejar que esas instituciones se vayan consolidando.

A pesar de todas estas importantes modificaciones legislativas ¿No le parece que ahora hay mucho menos debate que antes, menos seminarios que los que habían para la reforma del Código de 1936?

Es que esa fue una reforma integral, ahí sí se decidió que fuera integral, de manera que ahí sí se estudió. Ahora, si todavía no hay mucho debate es porque todavía no se conocen los anteproyectos. Pero los anteproyectos traen novedades. En el campo de derechos reales hay novedades importantes; no indispensables, repito, pero importantes sí, y va a haber debate y va a haber mucha discusión en general sobre las enmiendas que se están proponiendo. Lo que pasa es que el momento no ha llegado todavía.

¿Por qué se comenta que en el caso concreto del libro de derechos reales, usted no llegó a alcanzar todas las metas que se había propuesto? Digamos, ¿usted se siente más tranquilo con esta nueva comisión que con la pasada?

En la comisión de derechos reales estamos proponiendo darle carácter constitutivo al registro, al registro en general, que es introducir la clasificación de los bienes en registrados y no registrados, manteniendo la de bienes muebles e inmuebles.

¿Las cuatro van a quedar?

Sí, y también corporales e incorporales. Hoy día hay mucho mejor disposición para aceptar las modificaciones importantes que se están introduciendo, lo que no hubo en los años ochenta. En ese momento no se admitió la inscripción obligatoria de los bienes inscritos. Ahora no la vamos a hacer obligatoria para todos los bienes, la vamos a hacer obligatoria para los bienes inscritos. O sea, admitimos la existencia de una propiedad inscrita o registrada y otra propiedad no registrada. Pero para la registrada, la inscripción va a ser elemento constitutivo e indispensable para que haya constitución de derechos reales. En los años ochenta el ánimo de la gente no estaba preparado para escuchar eso. Hoy día sí.

Todo el trabajo se está coordinando entonces con la comisión encargada del libro de registros.

Pero por supuesto, también estamos trabajando el libro de registros. Todavía no se ha terminado, pero creo que para junio estará entregado el libro de registros, que va a ser un libro corto, un libro pequeño. No pretendemos poner en el Código Civil la regulación de todos los registros. Hay registro mercantil por afuera, registro de vehículos por afuera, registros de marcas de fábricas por afuera, registros de buques, registros de aviones; el Código Civil va a tener los principios generales del carácter registral y va a haber un sistema unificado de registros.

¿Qué peso se le va a dar a la autonomía de la voluntad? Por ejemplo hay ciertas restricciones a lo largo del Código Civil respecto a, por ejemplo, no disponer de una herencia cuando todavía no ha sido causada; que son nulas las cláusulas donde se prohíbe vender o gravar bienes. ¿Qué posición tiene al respecto?

Una posición hoy día más liberal que antes. Sobre esto último que acabas de decir, sobre la norma que prohíbe establecer la prohibición de enajenar o de gravar, se está manteniendo pero con una salvedad importante, y es que si se puede prohibir la enajenación o gravar por un máximo, por un plazo que no me acuerdo si son cinco o diez años. Y eso además coincide con el Proyecto de Ley de Sociedades, donde se ha consignado lo mismo, coincidentemente, sin que nos hubiésemos puesto de acuerdo. O sea, se admite la posibilidad de pactar la prohibición de vender y gravar pero por un plazo.

¿Cuál debe ser la función de un Código dentro de la vida de un país como el Perú? ¿Debe ser ordenador, debe ser árbitro, debe ser permisible, debe ser educador, formador, en fin?

El Código Civil es la segunda ley en importancia en el país, en eso estamos de acuerdo. Y su Título Preliminar es, si bien no por declaración expresa de la ley pero sí en los hechos, una especie de fuente y de cuerpo que contiene principios aplicables a todas las ramas del Derecho. O sea, la importancia del Código Civil es indiscutible.

Ahora, descarto que sea pedagógico. Me niego a creer que la gente compre un Código Civil para leerlo y aprender Derecho, no es así. El Código Civil lo utilizan los abogados, los jueces y los estudiantes de Derecho, por obligación. De manera que el Código Civil no tiene por qué hacer pedagogía. Tiene que ser claro, tiene que estar bien redactado, tiene que prever en la medida de lo posible lo máximo que se pueda, pero nada más.

¿Cuánto cambia la vida de la gente? Yo no creo que cambie mucho la vida de la gente.

Si cambia de alguna manera, por ejemplo, cuando había esa protección exagerada a los arrendatarios. Eso ha cambiado la vida de los propietarios y de los inquilinos. Entonces en ese sentido cambia, pero no es un cambio profundo.

No hay que olvidarse de una cosa, la Alemania comunista vivió muchos años con el Código Civil alemán de 1900. Impusieron un régimen comunista, con planificación centralizada, con propiedad del Estado de los medios de producción; sin embargo no les importó modificar rápidamente el Código Civil. Importaba cómo se lo aplicaba, cómo se lo entendía, y la modificación vino varios años después.

Importa mucho el aplicador del Derecho entonces.

Exacto. Ahora, hay que tomar en cuenta algo que es muy prematuro. Ya se ha dicho en todos los tonos del mundo: Perú no es Lima. En muchas partes del Perú recién los jueces y los abogados están comenzando a conocer el Código Civil de 1984 y ya se lo va a cambiar. Esto a mi me parece muy grave. Por eso es que las enmiendas deben ser las indispensables, las que son absolutamente necesarias y nada más. Debe hacerse esto con un criterio restrictivo, y ese es el encargo que se nos ha dado a la comisión: 'revisen ustedes señores y cambien aquello que sea indispensable cambiar'. Por lo demás, no nos olvidemos que buena parte de los que estuvimos en el Código Civil de 1984 estamos en este nuevo Código. Entonces, ¿en qué quedamos? ¿Hicimos una cosa bien hecha, o una cosa mal

hecha? Si estuvo bien hecha, entonces por qué cambiarlo mucho. Habrá que ajustarlo, pero en doce años no pasa tanto en la sociedad como para introducirle cambios tan importantes. No dudo que hay que incorporar nuevos contratos como consecuencia de esta decisión para que no haya Código de Comercio, no dudo que en el mundo de la genética hay hoy día cosas que no se tuvieron en cuenta en los años ochenta cuando se terminó de elaborar el Código actual.

No dudo que tenemos una nueva Constitución y que por consiguiente hay que ajustar el concepto de propiedad a la nueva Constitución. En materia contractual rigen hoy día principios que por ley no pueden darse, la intangibilidad de los contratos, esas cosas hay que incorporarlas. Está bien, pero de ahí a cambiar libros enteros, creo que hay un abismo.

Un tema que queríamos también abordar era el de la politización que pueda tener el trabajo de la comisión. Usted es la oposición dentro del Congreso, sin embargo está dentro de la comisión. ¿Sería la mayoría la que ha decidido quién va a estar o no?

No, no hay politización.

No la hay, pero ¿qué ocurre, por ejemplo, en el caso del doctor Felipe Osterling?

Simplemente, con él han cometido una omisión muy grave en mi opinión. Una omisión muy grave porque es un hombre muy conocedor de su materia, que está escribiendo todo un tratado del Derecho de las Obligaciones y es inconcebible que no esté en la Comisión Revisora del Código. Sin embargo, yo no creo que hayan influido necesariamente consideraciones políticas, por lo menos yo no puedo decir que en el debate de la comisión hayan habido criterios políticos. Eso está totalmente descartado. Que el presidente de la comisión sea un congresista de la mayoría es comprensible, pero no influyen para nada consideraciones de tipo político. Ahora, creo que sí deben influir consideraciones o van a influir consideraciones de tipo político para aprobar la ley de enmiendas. Si esta ley de enmiendas va a discutirse al Congreso, no se aprueba nunca; entonces para eso tendrá que salir una ley que le dé facultades al Presidente de la República. Eso es un problema político y toma su tiempo en el Congreso. Por otro lado, el Presidente de la República, como es natural antes de aprobar una ley de enmiendas, hará que gente de su confianza revise lo que le estamos presentando. No lo va a aprobar porque sí de un día para otro, eso toma tiempo. Y a partir del año 1998 ya comienza la campaña electoral del 2000, es inevitable. En el año 1999 ya se estarán inscribiendo los candidatos, se estará cerrando el plazo. Esté o no involucrado el Presidente de la República personalmente en la nueva campaña, sin duda va a haber un mundo de agitación política que no le va a dar ánimo para dedicarle tiempo a la revisión del Código Civil. Por eso he insistido mucho en la comisión que éste es un trabajo que tenemos que terminar este año, a más tardar en noviembre o diciembre, porque el año entrante creo que va a ser tarde. Y eso se va a quedar ahí durmiendo el sueño de los brutos.

Del Código de 1936 al de 1984 es clarísimo que las mentalidades, los procesos económicos han variado enormemente. Ahora, de 1984 a la fecha en realidad hay muy poco tiempo. Sin embargo, el dinamismo de la economía genera también un cambio en los contratos. ¿Eso no hace que un Código quede siempre rezagado en materia contractual? ¿o habrá una flexibilidad en el tratamiento normativo que haría que eso no suceda?

Quizá eso saltará en el debate. Lo único que hemos hecho es que las subcomisiones han entregado sus anteproyectos, seis subcomisiones han entregado sus anteproyectos. Cuando esto salga a publicación recién estarán comenzando a debatirse y ahí veremos cuántos miembros de la comisión tienen un espíritu moderno, adecuado a las nuevas orientaciones económicas, o si la mayoría de la comisión se mantiene en términos un poco antiguos.

Hasta ahora, por lo menos lo que yo he visto, en el campo de los derechos reales y del derecho de sucesiones, que es con lo que he estado vinculado en subcomisiones, y registros, no hay de ninguna manera ningún atisbo de que estemos rezagados, de que estemos antiguos. Al contrario, parecería que estamos avanzando bien.

Hace un rato mencionó que en el tema de los derechos reales habían unas novedades. ¿Cuáles son éstas?

Bienes registrados y no registrados. Se mantienen los muebles e inmuebles, pero en los bienes muebles e inmuebles sólo son muebles o inmuebles los corporales porque el criterio es la movilidad, por consiguiente los incorporeales no son ni muebles ni inmuebles porque no tienen corporeidad.

Respecto de los bienes registrados, cualquier derecho real se constituye vía registro. Respecto de los bienes no registrados, cualquier derecho real se constituye vía entrega. O sea en ambos casos hay un modo. Incluso para el inmueble no registrado, que es la entrega. Ese es un cambio importantísimo.

Otro cambio es el pacto que prohíbe enajenar, el cual se autoriza con un plazo máximo. Otro cambio importante es en la prescripción. Básicamente la prescripción casi ya no va a funcionar sino respecto de los bienes no registrados, porque claro, concebida la prescripción como prueba del derecho de propiedad, como el registro va a ser constitutivo, el registro prueba, ya no hay necesidad de recurrir a la prescripción.

Ya no habría la prueba diabólica.

Claro. Ahora, no es un registro legitimador, no es que lo que el registro diga necesariamente legítimo, es constitutivo para la creación de los derechos reales, su modificación o su extinción, pero puede cuestionarse judicialmente la validez de una inscripción.

Después, queremos flexibilizar un poco la copropiedad y que no todas las decisiones se tomen por unanimidad, porque eso traba mucho, sino optar por la mayoría absoluta según cuotas para, por ejemplo, arrendar el bien. Y así hay seis o siete cambios que son importantes.

En el tema de la copropiedad usted dice que han habido modificaciones. ¿El tema de la propiedad compartida lo ve más como un contrato o como un derecho real?

Es un contrato y es un derecho real, también. Ahora, no estamos entrando a regular ni la propiedad compartida, ni la propiedad horizontal. Estamos entrando con un artículo general, que todas las propiedades especiales se rigen por su respectiva legislación. No queremos maniar al legislador a que siga creando en materia de derechos reales. Se discutió mucho si debía mantenerse el **numerus clausus** y se ha mantenido, pese a que hubo una tendencia a liberar el asunto y a permitir que los particulares pudiesen crear derechos reales por pacto, los derechos reales que fuesen. Pero no, hemos mantenido el **numerus clausus**.

Hemos suprimido el derecho de habitación, las desmembraciones son sólo

La opinión del Presidente de la Comisión pudo ser conocida meses después, en un artículo periodístico⁽⁵⁷⁾. Resulta interesante su contenido⁽⁵⁸⁾.

usufructo y uso. La superficie se mantiene. En cuanto a los derechos reales de garantía, no vamos a regular la prenda agrícola, ni la prenda industrial. Para eso van a quedar las leyes, nosotros sentamos los principios generales de la prenda. Lo mismo en la hipoteca. No vamos a legislar sobre la hipoteca naval, sobre la hipoteca aérea. Hay leyes especiales, nosotros establecemos el marco general de la hipoteca.»

(57) MUÑIZ ZICHES, Jorge. Reflexiones Sobre el Código Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el día 14 de marzo de 1997, Página A-2.

(58) A continuación transcribimos el citado artículo.

«Se ha conformado una Comisión Especial integrada por destacados juristas con la finalidad de revisar nuestro Código Civil en vigencia desde noviembre de 1984. Las leyes N° 26394 y 26673 han establecido los plazos para tal tarea. Se ha conjeturado sobre la necesidad de tal reforma, dado que sólo han transcurrido 12 años desde la promulgación de tan importante cuerpo jurídico.

Antes de analizar si es pertinente o no tal revisión, debemos recordar la importancia de un Código Civil en cualquier sociedad. Este cuerpo jurídico es el segundo en jerarquía e importancia después de la Constitución Política del Estado. Está referido al conjunto de normas que regulan nuestra vida en sociedad. Es el cuerpo de leyes que permite que la persona pueda realizarse como ser humano y como agente de una economía en constante ebullición.

Ahora bien, debemos preguntarnos ¿se hace necesaria la preparación y posterior promulgación de un nuevo Código Civil? Para responder, debemos regresar en el tiempo a los inicios de la década de los años 70, tiempo en el cual destacadísimos juristas peruanos trabajaban la reforma del Código Civil de 1936 que dio lugar al actual Código en vigencia. En esos tiempos no era siquiera necesario contestar credo político o tendencia alguna, respecto al rol del Estado, puesto que todo el continente estaba impregnado de la corriente estatista que estableció que el Estado era quien debía dirigir la economía y el desarrollo social, interviniendo inclusive en toda actividad como empresario mismo. Es lo que los civilistas llaman el 'intervencionismo estatal'. Pues bien, han transcurrido dos décadas para que el mundo demuestre un nuevo concepto de desarrollo social basado en la iniciativa privada y la libre competencia. El Perú adoptó en 1979 una nueva Constitución que recoge los nuevos principios que alientan una economía no dirigida y más proclive a salvaguardar los principios de la persona humana por encima del Estado.

Pero, por otro lado, otra pregunta a resolver sería: ¿qué clase de reforma necesita nuestro Código Civil? ¿Una reforma total o simplemente una ley de enmiendas que permita adecuarlo a una nueva realidad tanto constitucional y real, como la que se vive actualmente en el Perú? Cualquier país en el mundo que se ufana de tener una basta casta de juristas, no puede dejar de reconocer que esas mentes están, también, en constante cambio. Por ello, en países como Francia, Italia, Alemania, Argentina, España, etc., se han constituido comisiones para estudiar modificaciones y adecuaciones de su legislación civil. Quitarle dicho privilegio a un jurista re-

Posteriormente, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil convocó mediante avisos públicos⁽⁵⁹⁾ a las Facultades de Derecho de las Universidades del país, instituciones, Colegios Profesionales, especialistas, estudiantes de Derecho y público en general, a fin de que alcancen sus propuestas o ponencias de reforma de los distintos Libros que comprende el Código Civil.

En noviembre de 1996, el Doctor Luis Pizarro Aranguren publica en el Diario «Gestión» un artículo titulado «Deficiencias Económicas del Código Civil», el mismo que recibió días después

sultaría un tipo de castración vocacional. También hay argumentos que no se pueden dejar de reconocer para señalar que cualquier modificación temprana de tan importante instrumento legal resultaría prematura. En efecto, sólo han transcurrido casi 13 años desde la vigencia de nuestro actual Código que no le ha permitido madurar lo suficiente y por ende tampoco ha dado la posibilidad de contar con una rica y vasta jurisprudencia que es al fin y al cabo la prueba de fuego para reconocer de un Código Civil.

Por todo lo expuesto, creemos, que se hace necesario, entonces, sólo una ley de enmiendas al Código Civil y no una reforma total. En efecto, la necesidad de adecuar el Título Preliminar del Código para evitar las repeticiones que existen frente a lo establecido en la Constitución de 1993; la necesidad de enfrentar y definir las nuevas corrientes del derecho genético con temas como la clonación y la inseminación artificial de los seres humanos; las situaciones de los menores y la familia frente a los cambios de la presente década; la inaplicación de determinadas figuras sucesorias a una realidad más rica; los cambios en materia de propiedad y la necesidad de revitalizar y reformar el Registro de Propiedad Inmueble; el cambio de las corrientes mundiales sobre las teorías valoristas y la nominalista con relación al contenido de las obligaciones dinerarias; los cambios en la contratación y la posición del Estado como contraparte; los temas de la responsabilidad civil con relación al seguro obligatorio hacen que efectivamente se estudie, se revise y se analice una ley de enmiendas que pueda surtir efectos lo más pronto posible sin desmerecer el trabajo continuo de cualquier jurista que con razón opine que el país requiere de una nueva legislación civil.

En conclusión, el gran cambio de la legislación civil merece ser estudiado y profundizado con mayor paciencia. Esa será la oportunidad de discutir, por ejemplo, si la legislación civil debe comprender todo el derecho privado o temas como la adopción de la figura del negocio jurídico patrimonial en lugar del acto jurídico. Mientras tanto, debemos dar paso a un cambio y adecuación inmediata de nuestro Código Civil para hacer frente a las situaciones de cambios actualmente creadas y a los umbrales del año 2000.» (El subrayado es nuestro).

(59) Avisos publicados en el Diario Oficial «El Peruano», los días 25 y 27 de noviembre de 1996, Páginas A-4 y A-5, respectivamente.

y en el mismo medio de expresión una réplica del Doctor Max Arias-Schreiber Pezet⁽⁶⁰⁾.

Con fecha 2 de diciembre de 1996 se llevó a cabo la Quinta Sesión Ordinaria Preparatoria de la Comisión.

En ella, entre otros puntos, se aprobó nombrar, a través de una resolución de la Comisión, a diversos profesores de Derecho a fin de que ayuden a los miembros de la Comisión, aportando como asesores de las diferentes subcomisiones. Al respecto se indicó que dicha nominación incluiría a los Doctores Roberto Villarán, Mario Castillo, Eduardo Benavides, Hugo Forno, Gastón Fernández, la Doctora Elvira Martínez Coco, Luciano Barchi, Eduardo Seminario, Lizardo Taboada, Enrique Varsi, Francisco Avendaño, Fernando Cantuarias, Yuri Vega Mere, la Doctora María del Carmen Tovar, Gorki Gonzales, Alvaro Delgado, Alfredo Bullard, y Nelson Ramírez. Como asistentes se propuso a los doctores Jorge Vega Soyer y Andrés Emerich.

La siguiente Sesión Ordinaria (Sexta Preparatoria) se realizó el día 16 de diciembre de 1996 y en ella se trató como Orden del Día, lo referente a la reunión conjunta llevada a cabo entre las dos subcomisiones designadas por las comisiones especiales del Código Civil y del Código de Comercio:

«(El Señor Presidente) Al respecto indicó que en principio se había contemplado la conveniencia de derogar el actual Código de Comercio y que la Comisión Especial encargada de su reforma se abocase a elaborar un Código de la Empresa, agregando que de esta manera la Comisión Especial Reformadora del Código Civil podría estudiar y determinar qué instituciones del Código a derogarse pasarían al Código Civil.

En lo que se refiere a los contratos de transportes y seguros indicó que se podría incorporar una disposición transitoria en virtud de la cual, en tanto no se promulgue la Ley de Seguros y Transportes, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio derogado.

(60) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. ¿Deficiencias Económicas del Código Civil?. Artículo publicado en el Diario Gestión, el lunes 20 de noviembre de 1996.

Ante la propuesta del Señor Doctor Fernández Sessarego respecto a la necesidad de contar con un grupo de trabajo que proyecte una Ley de Transporte Terrestre y Aéreo, el Señor Congresista, Doctor Marcenaro Frers, informó que había presentado a consideración del Congreso un proyecto de Ley de Transporte Aéreo, documento que se comprometió a entregar a los miembros de la Comisión.

El Señor Doctor Carlos Cárdenas Quirós refirió que en todo caso los conceptos generales de los contratos de transportes y de seguros estarían contenidos en el Código Civil, a lo que el Señor Presidente asintió, agregando que las normas generales de contratación deben ser para todos los contratos.

A continuación los responsables de las subcomisiones informaron respecto al avance del trabajo encomendado, asimismo se debatió en torno a la fecha de la ceremonia de instalación de la Comisión.

No habiendo más temas que debatir, se acordó que el grupo al trabajo de las subcomisiones estaría conformado por Consultores, Asesores y Asistentes, incorporando al grupo de consultores a los señores Doctores José León Barandiarán, Javier de Belaunde López de Romaña, Delia Revoredo, Nelson Ramírez, Oswaldo Hunskopf, Jack Bigio, Marcial Rubio y Roberto Villarán; y al grupo de asesores a los Señores Doctores Ricardo Maguña, Walter Gutiérrez y Juan Olavarria.

Siendo las 17:45 horas y sin otro punto que tratar se levantó la sesión.»

Con fecha 6 de enero de 1997 se publica en el Diario «El Comercio» un artículo del Doctor Andrés Echevarría⁽⁶¹⁾, en el cual invita a una serena reflexión sobre el contenido de la reforma al Código Civil⁽⁶²⁾.

(61) ECHEVARRIA E., Andrés. El Carácter Pedagógico del Derecho. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el día lunes 6 de enero de 1997, Página A-2.

(62) Entre otros conceptos, Echevarría sostuvo lo siguiente:
«Todo parece indicar que el Código Civil de 1984 tiene los días contados

En la Séptima Sesión Ordinaria Preparatoria, de fecha 8 de enero de 1997, se da cuenta de los avances y se prepara lo relativo a la Ceremonia de Instalación, la misma que –a decir de sus integrantes– «se podría realizar el día 23 de enero de 1997 en el Museo de la Nación.»

En la Octava Sesión Ordinaria Preparatoria, realizada el día 15 de enero de 1997 no se acordó nada relevante.

La Novena Sesión Ordinaria Preparatoria, de fecha 20 de enero de 1997, más allá de discutir acerca de detalles relativos a la Ceremonia de Instalación, tuvo como puntos relevantes los que transcribimos seguidamente:

«Sobre el trabajo de las subcomisiones el Señor Presidente dio la bienvenida a los Consultores y Asesores de la Comi-

pues el Congreso de la República ha empezado el estudio de su reforma, convocando a los abogados y público en general a fin de hacer las propuestas que consideren de interés. Qué duda cabe que dicho anuncio tiene una relevancia singular no sólo para los que vamos de un lado a otro con el Código bajo el brazo sino para la sociedad peruana en general y las nuevas generaciones en particular. La humanidad está por cruzar el umbral del tercer milenio y nuestro país está consolidando, por lo menos quiero creerlo así, una estructura moderna en la que la ciencia jurídica debe retomar un papel protagónico.

El Estado de Derecho, la defensa de las instituciones, la viabilidad de la democracia son aspiraciones que parecen corresponder especialmente a los abogados y por sucesos recientes el rol del Derecho ha tomado un carácter defensivo netamente como si fueran unas reglas de tránsito donde abunda el prohibido...: prohibido el efecto retroactivo, prohibido una ley con nombre propio, prohibido cambiar la Constitución con una ley y un largo etc. que resultará difícil de entender a los historiadores del dos mil. Sin embargo cuando estamos ante la reforma de un Código Civil hemos de alzar la mirada para leer en el horizonte social que la ciencia jurídica está muy lejos de ser la Fila o un recetario de cocina.

Reformar un Código Civil es en cierta manera, o debería serlo, reconstruir los cimientos de la sociedad, reforzar sus paredes, limpiar los techos, borrar los desperdicios, resanar los quínes. Pienso que el proyecto de la reforma del Código Civil, en temas medulares como personas, familia, matrimonio, genética, no es inocua para la tarea de la reconstrucción moral y educativa del país y abdicaríamos en favor del utilitarismo pragmático, si no se plantea una reflexión abierta, seria y profunda sobre el proyecto-país a la vez que se estudian las cuestiones técnicas del mismo cuerpo legal. O peor aun si lo que se plantea, podríamos profetizar que subrepticamente, es transmitir unos falsos valores producto de filosofías permisivas.» (El subrayado es nuestro).

sión mencionando las áreas en las que iban a colaborar. Así, señaló que el Doctor Javier de Belaunde colaboraría en la subcomisión del Libro de Personas, Familia y Sucesiones; el Señor Nelson Ramírez integraría la subcomisión del Libro de Obligaciones, Contratos Nominados y una nueva subcomisión integrada por el Doctor Guillermo Lohmann que estaría encargada de revisar las reglas de orden Procesal del Código en concordancia con el Código Procesal Civil.

Con respecto a este último aspecto, señalaron que sólo comenzarían a trabajar cuando se hubiera culminado el trabajo de las subcomisiones. Coordinaron también en el transcurso del debate sobre la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la relación de Asesores y Consultores que integrarían la Comisión.

El Señor Doctor Max Arias-Schreiber Pezet entregó al Presidente de la Comisión un diagnóstico preliminar sobre las modificaciones a introducirse en el Libro de Familia, sugiriendo que sea repartido a los Miembros de la Comisión a fin de que se pueda tener un concepto de lo que se trata de modificar.

Se encomendó al Doctor Alonso Morales Acosta la recuperación del trabajo realizado por algunos miembros de la Comisión y diversos profesores especializados en Derecho Civil que colaboraron en el Centro de Investigación de la Universidad de Lima, elaborando diversas propuestas que fueron presentadas al Congreso y que señalan varios puntos a modificar en el Código Civil. Especificaron que los temas existentes en este material de trabajo servirían para ayudar a las subcomisiones en la tarea encomendada.

Seguidamente se preguntó a los responsables de la subcomisión sobre el avance del trabajo encomendado los que informaron al Presidente sobre las sesiones que se estaban realizando concluyendo que los trabajos estarían terminados para el 30 de marzo, fecha en la cual se había estipulado entregar las propuestas finales.

Sin otro punto que tratar, se levantó la sesión.» (El subrayado es nuestro).

Con fecha lunes 3 de febrero de 1997, la Comisión de Reforma al Código Civil publica un aviso oficial^[63], a través del cual formula una convocatoria pública a diversos abogados, a fin de que se constituyan en Consultores, Asesores o Asistentes de la Comisión^[64].

Mediante dicho aviso fui convocado como Asesor. No obstante, al día siguiente remití una carta a través de la cual manifesté mi no aceptación a la convocatoria formulada, misiva que dirigí al Doctor Jorge Muñiz, Presidente de la referida Comisión, a la vez que alcancé copia de la misma a cada uno de los

(63) Aviso Oficial publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 3 de febrero de 1997, Página A-10.

(64) El texto de dicho aviso es el siguiente:

«CONGRESO DE LA REPUBLICA
COMISION ESPECIAL ENCARGADA DE ELABORAR
EL ANTEPROYECTO DE LEY
DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL (LEY 26394)

Se hace de conocimiento de la comunidad jurídica, la relación de consultores, asesores y asistentes **Ad Honorem** designados por la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil (Ley 26394, de fecha 18 de noviembre de 1994).

Consultores:

BIGIO CHREM, Jack
DE BELAUDE LOPEZ DE ROMAÑA, Javier
HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo
LEON BARANDIARAN HART, José
RAMIREZ JIMENEZ, Nelson
REVOREDO DE MUR, Delia
RUBIO CORREA, Marcial
VILLARAN KOECHLIN, Roberto

Asesores:

AVENDAÑO ARANA, Francisco
BARCHI VELAOCHAGA, Luciano
BENAVIDES TORRES, Eduardo
BULLARD GONZALES, Alfredo
CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando
CASTILLO FREYRE, Mario
DELGADO SCHEELJE, Alvaro
ESPINOZA ESPINOZA, Juan
FERNANDEZ CRUZ, Gastón
FORNO FLORES, Hugo
GONZALES MANTILLA, Gorki
GUTIERREZ CAMACHO, Walter
MAGUIÑA ALARCO, Ricardo
MARTINEZ COCO, Elvira
MEJORADA CHAUCA, Martín

miembros de la Comisión, a fin de que tomaran cabal conocimiento de los motivos por los cuales no aceptaba ser Asesor⁽⁶⁵⁾.

MIGLIORI FIGUEROA, Silvana
 MORALES ACOSTA, Alonso
 OLAVARRIA VIVIAN, Juan
 PIZARRO ARANGUREN, Luis
 SEMINARIO STULPA, Eduardo
 TABOADA CORDOVA, Lizardo
 TORRES MENDEZ, Miguel
 TORRES MORALES, Carlos
 TOVAR GIL, Maria del Carmen
 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique
 VEGA MERE, Yuri
 ZAMBRANO ORTIZ, Luis Fernando

Asistentes:

ANTVELINK BRUGMAN, Gidget
 EMMERICH DE HARO, Andrés
 IZQUIERDO SAIUA, Djamila
 SOLIDORO STOPP, Cecilia
 VEGA SOYER, Jorge

JORGE MUÑIZ ZICHES

Presidente

Max ARIAS-SCHREIBER PEZET
 Jorge AVENDAÑO VALDEZ
 Carlos CARDENAS QUIROS
 Jorge DEL CASTILLO GALVEZ
 Luis DELGADO APARICIO
 Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE
 Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA
 Carlos FERNANDEZ SESSAREGO
 Augusto FERRERO COSTA
 Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA
 Ricardo MARCENARO FRERS
 Fernando VIDAL RAMIREZ.»

(65) El texto de mi carta fue el siguiente:

«Lima, lunes 03 de febrero de 1997

Señor Doctor

Jorge Muñiz Ziches

Presidente de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el
 Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil
 Las Begonias N° 475 - 6° Piso

San Isidro

Ciudad.-

Estimado Doctor Muñiz,

En la fecha he tomado conocimiento, a través de un aviso publicado en el Diario Oficial 'El Peruano', que la Comisión que usted preside ha acordado designarme como Asesor de la misma.

Me siento honrado por tal designación y convocatoria públicas, pero lamentablemente no poder aceptarlas, ya que existen múltiples razones que me llevan, como abogado y catedrático universitario, a tener una posición con-

traría a un proceso de reforma integral al Código Civil Peruano de 1984, las mismas que paso a exponer seguidamente.

A comienzos de 1994 se desató un vendaval en torno al Código Civil, con ocasión de que el mismo cumplía diez años de vigencia. Se expresaron en diversos medios de comunicación y en revistas especializadas algunos de los más renombrados hombres del Foro y de la Cátedra de nuestro país. Pero todas las opiniones en ese entonces se dirigieron, de una u otra forma, a cuestionar la vigencia del referido cuerpo legal. Se dijo que se hacía necesaria una 'Ley de Enmiendas' que rectificara sus errores; se dijo también que era necesario derogarlo para volver a poner en vigencia el Código de 1936; se señaló asimismo que era imperativo iniciar el proceso de elaboración de un nuevo Código, pensado en términos diferentes y que lo modificara todo.

Observé ese debate con la mayor sorpresa y asombro, pues del mismo parecía deducirse que el Derecho Civil Peruano asistía a una encrucijada, a algo así como 'cambiar o morir', 'actualizarse o perder el rumbo'. Incluso, a manera de 'conmemoración' de los diez años del Código, se nombró una primera Comisión destinada a 'enmendarlo' (magnífica conmemoración aquella que buscaba derogar buena parte del 'homenajeado').

Creo que lo que ocurrió en 1994 fue lo que podríamos denominar como 'El síndrome de los diez años', que no es otra cosa que pensar que por tratarse de una cifra 'redonda', esa fecha resulta particularmente importante o trascendente.

Nada más erróneo que eso.

Diez años son sólo uno más que nueve y uno menos que once. Festejar los diez primeros años de una ley es importante, pero más importante resultaría hacerlo cuando cumpliera once o más años de vigencia.

En aras de la pretendida reforma al Código Civil se han sostenido numerosos argumentos, pero, fundamentalmente, nos centraremos en los que consideramos como más difundidos.

Como primer argumento se ha señalado que desde 1984 hasta la fecha se han producido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritarían una profunda modificación del Código, en muchos puntos.

A mi entender, no debemos incurrir en el error de pensar que esta es la única época en la que se producen avances científicos o tecnológicos.

Tal vez sea la época en que dichos avances se producen con mayor rapidez, pero eso es natural; y no significa que todos esos cambios deban tener una repercusión que se manifieste en modificaciones a la legislación civil.

Además el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de supuestos que se arguyen para tal efecto, están referidos al Derecho de las Personas y al Derecho de Familia.

Soy de la opinión de que con este tema debería tenerse extremo cuidado, ya que el Código no debe ser jamás un 'manual científico', puesto que si así fuera, en cada ocasión en que se produjesen avances científicos o tecnológicos, tendríamos que recurrir a volver a modificar lo ya modificado.

Pienso que deberíamos tender a que las normas sean lo más amplias posibles y de tal forma prolonguen –de la manera más firme– su vigencia en el tiempo.

Ejemplo de normas que resisten a los embates de la ciencia, lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Código, los mismos que prescriben que

el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

A través de los citados numerales, el Código Civil ha adoptado, para el tema de los contratos entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, dos de las cuatro teorías que sustenta la doctrina: las teorías de la cognición y de la recepción, y es obvio que estas normas son adecuadas, a la vez que amplias, pues a pesar de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, los referidos artículos resultan de plena aplicación, tanto a la contratación por facsímil, medio desconocido en el Perú de 1984, como en aquella que se pudiera producir por correo electrónico.

El segundo argumento que se esgrime en aras de la reforma al Código Civil señala que en la primera década de vigencia del Código de 1984 se han producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacen necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Pensamos que si bien es cierto que en los últimos años —específicamente a partir de 1991— se han venido produciendo una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código (las mismas que, en su conjunto, representan un porcentaje significativo del total de artículos del Código Civil), cabría preguntarse si estas modificaciones han sido acertadas o no. En lo personal, tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales han carecido de una adecuada meditación, en tanto que otras han sido elaboradas por abogados que carecen de una formación civilista rigurosa.

Temo que ese fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos muy afines a mis preferencias académicas, como son el pago por consignación, la rescisión y la resolución contractuales. No me cabe la menor duda de que las normas originarias eran muy superiores que las nuevas, las mismas que pecan por exceso de reglamentarismo y de intentar cubrir una serie de hipótesis, muchas de las cuales son contradictorias y otras inexistentes.

Por ello es que debemos tener sumo cuidado cuando hablemos de las reformas producidas en el Código en los últimos años, pues si bien algunas de ellas han sido positivas, muchas otras, como las que he mencionado, distan de merecer este calificativo.

Como tercer argumento en favor de la reforma al Código Civil, que fuera promulgado algunos años después de entrar en vigencia la Constitución Política de 1979, se sostiene que resulta necesario adecuarlo a la nueva Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil. Estimo que éste, al igual que los precedentes, resulta ser un argumento que se cae por su propio peso.

No existe tal contradicción entre la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

No olvidemos que ambas Constituciones (la de 1979 y la de 1993) han recogido similar modelo económico: la economía social de mercado.

Lo que ocurre es que lamentablemente los dos gobiernos de la década de los ochenta, distaron mucho de aplicar en la realidad este modelo. Sólo la

administración que inició sus funciones en 1990 se ha acercado en la realidad de los hechos a aplicar el modelo económico que contempla nuestra Constitución Política.

Además, el Código de 1984 recoge una serie de puntos que, muy por el contrario, representan un avance frente a cualquier doctrina de carácter estatista, como es el caso de la profusa regulación que ha recibido un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia ha sido –incluso– elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se ha señalado que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, durante los últimos años, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, los que resulta imperativo enmendar, para que nuestro Código no pierda la calidad que tiene.

Si el Código ha tenido errores, éstos deben ser puestos de manifiesto. Por otra parte, resulta absolutamente normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley, específicamente, en un Código Civil.

Considero pertinente, en este punto, recordar la anécdota que cuenta que Napoleón Bonaparte, a poco tiempo de haber entrado en vigencia el Código de 1804, al enterarse de una crítica que hizo un hombre de leyes al mismo, exclamó: ¡Mi Código está perdido...!

Nuestros tiempos ya son otros.

De ninguna manera vamos a esperar que una ley sea absolutamente perfecta. Esto es imposible.

Debemos aprender tal vez de aquello que ocurrió con el propio Código Francés, que dio lugar al más luminoso proceso de comentarios de toda la historia del Derecho de nuestra Tradición Jurídica, tanto por la cantidad, como por la calidad de exégetas que hicieron infinidad de aportes al texto de ese cuerpo legal.

Fueron ellos los que detectaron una serie de errores en que había incurrido el Código Napoleón, pero para que el medio jurídico tomase conciencia de los mismos no fue indispensable recurrir al fácil expediente de la reforma legislativa.

Si bien muchas de las normas de ese Código han sufrido modificaciones en estos 193 años de vigencia, muchas otras no; pero éstas y aquéllas, a pesar de sus deficiencias, han sido complementadas rigurosamente, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia de ese país.

Por otra parte, también se ha sostenido que el Código de 1984 necesita ser actualizado con una serie de contratos modernos, aparecidos en las últimas décadas, y que hoy en día son frecuentes en nuestro país.

Si se opta por el camino de elaborar un Código que unifique los Derechos Civil y Mercantil, vale decir, por un Código de Derecho Privado, ello tendría una justificación teórica, mas no práctica, pues dichos contratos evolucionan día a día y –como todos sabemos– las pautas de su configuración y desarrollo no las marca nuestro país.

En tal sentido, sería lamentable observar que en el Perú se encasille –inútilmente– el tratamiento legislativo de mecanismos tan dinámicos de contratación, como los mencionados.

Además –en último caso y si se les desea regular– no debería descartarse la posibilidad de hacerlo en leyes especiales –más flexibles, por naturaleza, que un Código Civil–, como se hizo hace ya varios años con el arrendamiento financiero.

No creo que se esté pensando en que cada vez que el Derecho cree un nuevo contrato exista la imperiosa necesidad de legislar sobre él. Pero independientemente de los argumentos que nos llevan a desestimar aquellos que se esgrimen en favor de la reforma, consideramos que existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, debemos decir que creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

De ninguna manera pretendemos idealizar a la ley, pero buscamos señalar que es importante entender –de una vez por todas en nuestro país– que el Derecho Civil no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor sólo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad. Debemos también convencernos de que el proceso de maduración de un Código Civil es lento y no demora años, sino décadas; debemos comprender, al fin y al cabo, que la estabilidad legal –en general– y la del Código Civil –en particular–, es muy importante dentro de una sociedad.

Asimismo debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aun cuando aquello que las impulsa en realidad no es –fundamentalmente– el imperativo social ni jurídico.

En segundo lugar, estoy convencido de que el Código de 1984 es –en términos generales– un buen Código Civil, de modo que resultaría peligroso enmendarlo de manera integral en un lapso tan corto de vigencia.

Como tercer argumento para no reformar el Código podríamos sostener que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso de discusión doctrinaria (tanto así que en sus doce años de vigencia se ha escrito muchas veces más sobre este Código que todo aquello que se escribió en el Perú durante los 48 años en que rigió el Código de 1936), ese proceso doctrinario aún no es suficiente. Esto resulta obvio porque existen muchos temas sobre los cuales todavía no se ha escrito nada, muchos otros sobre los que se ha escrito muy poco y algunos pocos sobre los que se ha escrito en proporciones medianamente razonables.

Pero no basta con que un tema sea abordado en una obra; resulta indispensable que se trate en varias, de modo tal que las opiniones escritas de diversos autores se confronten, se desarrollen y se produzca realmente una discusión doctrinaria de calidad sobre las diversas materias del Código Civil. Considero que esta discusión recién asomaba, de modo que tal vez la próxima década hubiese representado una afirmación de la solidez de la doctrina peruana, la misma que no ha alcanzado todavía un alto nivel.

Como cuarto argumento podríamos señalar que cuando se produjo el proceso de reforma al Código Civil de 1936, –prácticamente– hubo consenso dentro del medio académico nacional sobre la necesidad de reformar este cuerpo legal.

Hoy en día no existe el consenso requerido para modificar, a través de una Ley de Enmiendas, el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico se ha dividido en diversas posiciones: aquella que encarna la Comisión que usted preside, que busca la elaboración de la aludida Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición, que apuesta, no por la elaboración de una Ley de Enmiendas, sino por un Código Civil absolutamente novedoso; y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquellos que estamos convencidos que la reforma integral e inmediata es el peor

Felizmente el tenor de mi carta tuvo repercusión al interior de la Comisión, la que ya se encontraba bastante desconcertada en torno a los alcances que debía tener la reforma en marcha⁽⁶⁶⁾.

de los caminos y que más bien el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución en el tiempo.

No obstante, esto no significa que si hubiere algún punto de extrema, imperiosa y urgente necesidad, se pueda efectuar alguna que otra modificación muy puntual, pero sin alterar la estructura orgánica del Código.

De continuarse en el empeño de elaborar la proyectada Ley de Enmiendas, nuestro medio jurídico corre el grave riesgo de que luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo tal que tengamos, en un breve lapso, tal vez cuando el Código cumpla veinte años –o menos–, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la Ley de Enmiendas.

Sin duda, esta sería una especie de 'historia sin fin', que podría ser contada innumerables veces.

Por otra parte, confieso que siempre me ha aterrado la idea de ser padre de algo más que los hijos que Dios quiera tenga en el futuro. Ya suficiente tiene uno con la autoría de algunas obras, que como todo libro o tratado, está sujeto a la permanente evaluación por parte de nuestros colegas y alumnos.

Y tampoco soy hijo, nieto, sobrino, ni pariente consanguíneo o por afinidad del Código de 1984, de modo que mis apreciaciones son las de un abogado y profesor universitario más, y no tienen otro objetivo que el de buscar que nuestro Derecho Civil algún día alcance esa mayoría de edad que todos deseamos logre.

Por todo ello, es que hubiese preferido que la serenidad y la paciencia se abrieran camino por sobre los afanes de inmediata reforma legislativa.

Por último, debo decir que todos quienes nos dedicamos a la docencia universitaria deberíamos, antes de iniciar un proceso de reforma integral al Código Civil, de consultar el parecer del inmenso número de colegas abogados que se dedican exclusivamente al ejercicio profesional y demás personas interesadas, para ver si comparten o no nuestras tentaciones académicas.

Es por ello que, agradeciendo una vez más a usted y –por su intermedio– a la Comisión de su presidencia, por la gentileza que han tenido al convocarme, declino esta invitación, por ser contraria a mis más arraigadas convicciones. No podría formar parte de un proceso de reforma en cuya pertinencia y objetivos no creo.

Muy atentamente,

Mario Castillo Freyre

C.A.L. N° 18490

Avenida Arequipa N° 2327

Lince - Lima.

c.c.: Señores Miembros de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil.»

(66) A continuación transcribimos el Proyecto de Acta de la Décima Sesión Ordinaria Preparatoria de la Comisión Encargada de elaborar el

Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, de fecha 10 de febrero de 1997:

«Siendo las dieciocho horas con quince minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y siete, en calle Las Begonias número cuatrocientos sesenticinco, sexto piso, San Isidro, se dio inicio a la Décima Sesión de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, creada por Ley número veintiséis mil trescientos noventa y cuatro, modificada por la Ley número veintiséis mil seiscientos sesentitres, bajo la Presidencia del señor Doctor Jorge Muñoz Ziches, con la asistencia del señor Congresista, Doctor Ricardo Marcenaro Frers, representantes del Poder Legislativo; así como de los señores Doctores Manuel de la Puente y Lavalle; Max Arias-Schreiber Pezet; Carlos Fernández Sessarego; Augusto Ferrero Costa; Fernando Vidal Ramírez; y Guillermo Lohmann Luca de Tena, representantes del Poder Ejecutivo. Justificaron su inasistencia los señores Congresistas, Doctores Jorge Avendaño Valdez; Luis Delgado Aparicio y Jorge Del Castillo Gálvez; así como los señores doctores Carlos Cárdenas Quirós y Fernando de Trazegnies Granda. Asistieron, en calidad de consultor, el señor Doctor Roberto Villarán Koehlin; en calidad de Asesores, la señora Doctora Silvana Migliori Figueroa y el señor Doctor Luis Fernando Zambrano Ortiz; y, en calidad de Secretario Técnico-Asesor, el señor Doctor Alonso Morales Acosta.

ORDEN DEL DÍA.

El señor Presidente dio inicio a la sesión dando cuenta del despacho recibido por la Comisión. Sobre el particular se acordó oficiar al señor Doctor Manuel Miranda Canales, agradeciendo la remisión de los proyectos de enmienda elaborados por los señores maestristas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; así como al señor Doctor Mario Castillo Freyre, por haber tenido la amabilidad de contestar la comunicación que le fuera remitida, fundamentando su decisión de no aceptar el cargo de asesor para el cual se le había designado.

Respecto a la comunicación del señor Doctor Mario Castillo Freyre, el señor Doctor Max Arias-Schreiber Pezet manifestó lo siguiente (Transcripción Magnetofónica):

'Sobre el mismo tema he leído con mucho detenimiento la carta del Doctor Mario Castillo Freyre; es una carta que invita a muy profundas reflexiones y emana de un joven jurista que se ha distinguido ya por ser un buen profesor universitario y por haber escrito varios libros, y entre ellos, ser coautor del Tratado de Obligaciones que con tanto esfuerzo viene trabajándose en unión de Felipe Osterling Parodi, inexplicablemente ausente en esta comisión a pesar de ser un gran jurista, un gran maestro y ser -a mi modo de ver y creo que todos coincidimos en ello- el más brillante especialista en Derecho de Obligaciones en el Perú.

Mario Castillo Freyre tiene títulos muy valederos, a mi modo de ver, para que de una vez por todas el pleno tome una decisión. Yo lamento mucho la renuncia de Mario, a quien extraoficialmente le he pedido que colabore conmigo en materia de Contratos Especiales, que es un tema que conoce perfectamente. Pero lo que me preocupa de todas las intervenciones de esta carta del Doctor Castillo Freyre son sus argumentos, que son a mi modo de ver perfectamente válidos para que el pleno tome de una vez por todas una decisión.

Yo he sido, señor Presidente, el primer crítico del Código Civil de 1984 que firmé en unión del Presidente Fernando Belaunde Terry; lo hice en

un congreso organizado brillantemente por el maestro Fernández Sessarego hace varios años; y fue sorprendente que la Delegación Argentina viniese a felicitarme, por el hecho de que habiendo sido el autor de la ponencia sobre la parte general de los Contratos advirtiera los defectos, las deficiencias que tenía. Lo hice por una razón de honradez intelectual. Luego, bajo la inspiración de Fernández Sessarego hemos trabajado intensamente en el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en el propósito de escudriñar hasta dónde llegan los defectos o vacíos de un Código que está considerado por los juristas extranjeros que han venido varias veces a Congresos realizados en el Perú, como el Código Civil más moderno y avanzado del mundo, a pesar de que no es el último. Pero es el más moderno, es el más avanzado y es un Código que está siendo utilizado en varias comisiones codificadoras. Inclusive y dentro de esta línea de pensamiento he tratado muchas veces por escrito y en Conferencias sobre lo que debe ser el Código Civil de mediados del Siglo XXI, pues evidentemente vamos a tener que contar con un Código Civil en el siglo que se viene, dados los grandes avances de la cultura en general.

Pero siendo propulsor de un nuevo Código para mediados del nuevo siglo, también estoy convencido de que no es este el momento de ir a un nuevo Código. Las leyes que han motivado la creación de esta comisión y el ambiente que hemos respirado o que he recogido en las sesiones en que he intervenido es propicio para que sólo se hagan modificaciones sustanciales en el Código; aquellas que se considera son las que requieren realmente un cambio, dejando para más tarde muchas opiniones, muchas sugerencias importantes, muy valiosas pero que corresponderían más a un Código que tenga un tiempo de mayor duración. Como bien dice Castillo Freyre doce años o trece años de dación de un Código, no son suficientes como para ir a una reforma completa; y desde luego no creo, señor Presidente, que esta sea la posición de la presidencia, ni de los integrantes de la comisión.

Sin embargo, al revisar las actas no he visto una sola mención a la filosofía que se va a adoptar o al temperamento que se va a tomar respecto; a si sólo se van a hacer modificaciones sustanciales, o si se va a ir a un cambio radical dentro del Código. Yo tengo por Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena un especial aprecio. Lo considero como uno de los nuevos juristas que tiene, fuera de su inteligencia y de su conocimiento, una capacidad de trabajo realmente extraordinaria. He oído, y eso es lo que me preocupa, que él propicia, en la subcomisión a la que pertenece, la dación de un nuevo Libro sobre Derecho de Sucesiones. Con todo el aprecio y el respeto que me merece la calidad del trabajo del Doctor Lohmann, que he leído, y con la aclaración de que no siendo especialista en Sucesiones he dictado el curso en la Universidad de Lima y algo conozco a través de ese dictado y de mi actividad profesional, existen evidentemente en su proyecto muchas sugerencias sumamente interesantes y atractivas que muy bien podrían quedar reservadas para un nuevo Código Civil a mediados del Siglo XXI.

Yo no estoy de acuerdo, señor Presidente que vayamos a un nuevo Libro de Sucesiones y eso lo digo Guillermo, con todo cariño y con todo respeto. No soy partidario que vayamos a ningún nuevo Libro del Código Civil. Sostengo que hay que mantener todos los Libros del Código, tal vez el único que merece ser reemplazado es el relativo a los Registros Públicos,

pues coincido con Carlos Cárdenas en que debe ir a una ley especial por su naturaleza tan peculiar, tan propia. Pero si en Sucesiones vamos a ir a un nuevo Libro, pues, con igual criterio también no faltarán quienes pidan un nuevo Libro sobre Derecho de Familia, un nuevo Libro sobre Contratos, otro sobre Fuentes de las Obligaciones; y yo no estoy de acuerdo con esto. Y lo digo con toda franqueza, señor Presidente, puede ser que alguien interprete que estoy defendiendo el Código que firmé con el Presidente Belaunde. No es así, porque he dicho muchas veces que el Código, siendo tan bueno, tiene deficiencias, y he sostenido y reafirmado que hay que estar preparándose para el nuevo Código Civil Peruano del Siglo XXI.

Por algo nosotros hemos creado lo que se llama la Escuela Peruana de Derecho, que tiene un enorme prestigio, después de la Argentina. El Perú en estos momentos está a la avanzada en el Derecho Civil en Latinoamérica. Digo todo esto porque, repito, no he encontrado en el acta ningún acuerdo relativo a ¿Qué es lo que va a hacer: un nuevo Código Civil? Yo me opongo a ello. ¿Se van a hacer nuevos Libros? Yo me opongo a ello.

En materia de Sucesiones, hay cambios que efectuar. He leído las ponencias de Augusto Ferrero, he leído el magnífico trabajo hecho por Guillermo Lohmann; coincido en que hay que hacer cambios importantes, pero además de las razones que he dado, tengo una motivación sentimental profunda. Y es que, el Libro de Sucesiones fue hecho por un gran maestro sanmarquino y compañero de la docencia en la Universidad de San Marcos, el Doctor Lanatta Guilhem, ya fallecido. Sería un agravio a su memoria, a este maestro que tanto trabajó por el Derecho de Sucesiones, que, a menos de 13 años de vigencia del Código, se esté dejando de lado totalmente el Libro que con tanto esfuerzo preparó.

Esta es una razón sentimental, no es una razón técnica, pero es una razón que a mí me mueve a forzar mi posición contraria a la dación de un nuevo Libro de Sucesiones o cualquier otro Libro, que no sean simples modificaciones.

Reafirmo mi posición ya expresada, en cuanto a que Registros Públicos debe ir en una ley general. Creo que el Libro sobre Derecho Internacional Privado debe mantenerse, por su íntima vinculación con todas las materias que son propias del Código Civil. Ahí están las reglas sobre Personas, sobre Reales, sobre Sucesiones, sobre Contratos, sobre todo lo que es materia del Código. De manera que no creo que debe haber un Código especial, como tampoco creo, señor Presidente, que debamos desplazar del Código Civil al Derecho de Familia para hacer, como han hecho algunos países, un Código de Familia.

Eso no puede ser.

La familia está íntimamente vinculada con la persona. Y, si vamos a ir separando legislativamente, familia de personas, estamos creando un caos desde el punto de vista legislativo.

Yo, por eso, señor Presidente, pido, en primer lugar, que se tome una decisión en cuanto a lo que se va a hacer, para tener la tranquilidad de que no vamos a ir a un nuevo Libro del Código, de que no vamos a ir a un Nuevo Código Civil, sino que vamos a hacer las enmiendas que son realmente indispensables dentro del Código.

Pido que esto sea sometido a votación y pido, igualmente, señor Presidente, con todo respeto, que mi intervención conste íntegramente en acta.

porque es una posición que he asumido y que voy a mantener durante el tiempo en que sea miembro de la Comisión.

Gracias, señor Presidente.

En relación al mismo tema tratado por quien le antecedió en el uso de la palabra, el señor Doctor Carlos Fernández Sessarego manifestó (Transcripción de la intervención):

'Yo aprecio mucho siempre las palabras de Max Arias-Schreiber, porque es un hombre y un jurista al que hay que escuchar por sus calidades personales y profesionales. Le tengo un gran respeto y hemos marchado de acuerdo durante muchas décadas, y eso es un motivo para mí de satisfacción.

Pero en realidad yo no entiendo la preocupación del Doctor Arias-Schreiber, porque no creo que esté en la mente de ninguno de los miembros de esta Comisión, que se nos ha designado para hacer un nuevo Código. Eso sería malversar las intenciones con las que se ha creado esta Comisión, que me parece que en su título dice, para un Anteproyecto de Ley de Enmiendas. Y, yo comprendo que «enmiendas» no significa sustituir o reemplazar un Código.

Por eso yo, teóricamente, honestamente, no tengo preocupación. Y, si algún miembro quiere cambiar realmente la intención sana, honesta con que se ha creado esta Comisión para mejorar nuestro Código para que sea cada vez mejor, no para cambiarlo a los doce años y decirle al país: saben ustedes, que este Código es malo, obsoleto, va al canasto y vamos a cambiarlo; ¿Qué razones habrían?

Lo que queremos es perfeccionarlo para que dure. Los Códigos Civiles se han hecho para durar. Entonces, para que no pase como el Código del treinta y seis, que después de casi veinticinco años o más, hubo que cambiarlo integralmente porque lo pusieron en la congeladora y nunca se le hizo una revisión crítica, sería. No creo que haya esa idea, pero la alusión al Doctor Lohmann, sí me preocupa.

Yo creo que el Doctor Lohmann va a comprender que el Derecho camina lentamente, que las ideas tienen que sedimentarse en el tiempo. Que no se puede cambiar de un día a otro las costumbres de un país. Que hay que escribir mucho sobre el tema que hay que convencer a la gente, que hay que persuadir, no imponer ideas. Persuasión. Esa es la labor del maestro, esa es la labor del jurista, persuadir con las ideas, no imponer ideas porque yo soy un genio, y yo creo que esto está mal. Eso es hasta falta de humildad científica, y lo que marca a un científico es la humildad. El científico es humilde, el científico es un insatisfecho permanente de los resultados de su trabajo y tiene una actitud permanentemente autocrítica.

Yo quisiera hacer un poco de historia, porque la historia viene bien.

El Doctor Arias-Schreiber hablaba siempre de un Código del siglo XXI; bueno, yo creo que eso lo van a hacer las nuevas generaciones, como la del Doctor Lohmann, que seguramente va a formar una escuela en torno a sus nuevas ideas, y está muy bien. Hay que cambiar de plumaje como los pájaros y de hojas como los árboles. Pero las ramas no cambian; ni la sustancia del pájaro cambia.

¿Por qué estamos aquí? ¿Cuál es la historia? ¿Cuál es la secuencia?

Un grupo de profesores, entre los que está Manuel de la Puente, Max Arias-Schreiber, el propio Lohmann, Fernando Vidal, Augusto Ferrero, con una pléyade de jóvenes juristas nos reunimos, con una honestidad

absoluta, con una transparencia. Vamos a revisar nuestro Código para ver cómo podemos mejorarlo, perfeccionarlo. Nunca pasó por nuestra mente, realmente, cambiarlo. Sino no hubiéramos cometido esa insensatez, porque esa es la palabra. Hay que ser insensatos para cambiar un código después de diez años. Eso me lo han dicho todos mis amigos profesores extranjeros. Oye, Carlos, tú estás loco. Tú estas propiciando cambiar el Código. No, les digo, de ninguna manera. Lo que estoy propiciando es, perfeccionarlo, actualizarlo. Hacerlo mejor para que precisamente no haya necesidad de cambiarlo a la vuelta de la esquina.

Ese trabajo que hicimos en la Universidad, en el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, no fue un trabajo de la Universidad de Lima. Es bueno que esto quede claro. Fue un trabajo que ahí tuvo su sede; su sede material, pero es un trabajo en el que colaboraron profesores de todas las Universidades y de diversas generaciones.

Esa es la verdad.

Y, cuando terminamos el trabajo a nadie se le ocurrió que íbamos a hacer un nuevo Código. Nosotros con gran confianza en el Congreso, entregamos esto al Congreso, y conversamos con las autoridades de aquel entonces y convenimos en que había que hacer una Ley de Enmiendas. Y, en ese entendimiento participamos en la Comisión. Ahora la Comisión se ha enriquecido, se ha ampliado.

Yo creo que vamos a trabajar mucho mejor, que vamos a tener más oportunidades, pero yo no creo que haya llegado la oportunidad. No veo razones ni fundamentos claros y precisos, concretos, puntuales. Y, si alguien me dice que hay que adecuarlo con la Constitución, yo le voy a preguntar, qué artículos de la Constitución y del Código; citémoslos. No me hable generalidades. Cíteme, qué artículo del Código está en contradicción con algún artículo de la Constitución. El único artículo aquí, discutible, es el 62. No en cuanto a la idea que él entraña, sino a sus alcances. Yo no veo otro problema. Yo precisamente escribí un artículo sobre esto, debatiendo con el Doctor Chirinos Soto.

Yo le dije: pero Doctor Chirinos Soto, precise; ¿Dónde hay que cambiar para adecuar este Código a la Constitución, en su espíritu?. Es un Código humanista. Es el primer Código humanista del mundo, y esto lo han reconocido los grandes maestros. Es el espíritu, y lo más importante; cambiar en el Código del treinta y seis no era el aspecto técnico. Era adecuar el Código a los tiempos y sobre todo insuflarle un nuevo espíritu, después de casi cincuenta años.

Entonces, esta es la historia. Yo creo que la historia nos ayuda. Y, voy a ir al año 1965, probablemente, el mes de marzo. Yo tuve el gran honor de presidir, ser el primer Presidente de la Comisión que empezó justamente los trabajos para el Código del ochenta y cuatro, y en la primera sesión yo les dije, señores ¿Qué vamos a hacer? ¿Vamos a hacer un nuevo Código? ¿Vamos a hacer enmiendas?

Esto es lo primero que hay que definir y yo hago este planteamiento como Presidente, porque tengo que saber, a dónde va mi barco, cuál es su rumbo. Y, entonces cada uno de los profesores se pronunció. Todos estuvieron de acuerdo en que había que cambiar el Código: León Barandiarán, Castañeda, que después se echó atrás. Lanatta, Vega García, Navarro Irvine, Eguren Bressani, el que habla. Sólo hubo dos abstenciones: el Doctor Cornejo Chávez y el Doctor Max Arias-Schreiber, miren, nosotros

no nos vamos a pronunciar ahora. No nos oponemos, pero queremos ver, cómo devienen los trabajos para después darnos cuenta, realmente, con seguridad, qué es lo que debemos hacer.

Yo tengo esa acta. Yo la puedo exhibir, la puedo distribuir. Entonces, claro, eso yo no lo he planteado aquí. Max lo ha planteado, me parece muy bien, porque para mí era un entendido que a ninguno de nosotros se nos ocurriría hacer un nuevo Código por respeto al país, por respeto a la ciudadanía, por respeto a nuestros colegas, por respeto a la tradición jurídica, por respeto al prestigio que ha adquirido este Código en el extranjero.

Esta es mi posición. Es verdad que recién ahora el Doctor Max Arias-Schreiber me ha motivado para decir estas cosas, porque para mí esto no es un problema, no era un problema y creo sinceramente que conociéndolos a ustedes no va a ser un problema.

Muchas gracias y pediría también que mis palabras consten, porque esto es muy importante en cuanto a la definición del rumbo de nuestros trabajos. Vamos a enmendar los Libros, a mejorarlos, a perfeccionarlos, pero no podemos hacer un nuevo Código porque no encuentro razones valederas para ello.

Haciendo uso de la palabra, el señor Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena manifestó lo siguiente (Transcripción Magnetofónica):

'Gracias, gracias Manolo por cederme la palabra. Voy a tratar de hacer un esfuerzo en la expresión de mis ideas. Quiero hacer uso de la palabra porque he sido mencionado, y además mencionado con un cariño singular por parte de Max y por parte de Carlos, que me obligan a responder no solamente con el mismo cariño sino con admiración y agradecimiento por la serenidad a que me obligan con el cariño que me han brindado.

Y voy a centrarme principalmente en el tema de Sucesiones del cual se ha hablado, porque en otros temas, respecto de los cuales integro subcomisiones, como son Acto Jurídico y Prescripción, en los cuales he propuesto unos cambios, son cambios que no son tan trascendentes como los que propongo en Sucesiones. Por lo tanto me voy a referir solamente a esto último.

Primero, para recordar que quizás yo parto de un error.

Esta Comisión ha empezado un segundo periodo de sesiones, llamémoslo así, desde noviembre último; pero fue creada en 1994, y en aquel momento fui yo designado, y en aquel momento se me pidió que trabajara Sucesiones, y en consecuencia trabajé Sucesiones y trabajé Acto Jurídico, y ambas ponencias estaban presentadas cuando esta Comisión ha reasumido sus funciones.

De modo que lo que he hecho ha sido simplemente cumplir con lo que se me encargó, y se me encargó que trabajara el tema con toda la intensidad que pudiera ser necesaria, porque esa Comisión, como la actual (y ahí creo que discrepo Doctor Carlos), no se llama de Enmienda, se llama de Reforma; y la intensidad de la reforma es una cosa que decide el propio reformador: reformar es cambiar, y habrá que ver la intensidad del cambio. Por eso mismo, cuando presenté mi ponencia sobre Sucesiones dije textualmente: «Dentro del espíritu que preside las primeras sesiones de trabajo de esta Comisión, el autor de esta ponencia asumió el compromiso de revisar el actual articulado del Libro de Sucesiones, a fin de proponer las específicas modificaciones o sustituciones que a su criterio fueran convenientes.

Estoy leyendo entre comillas.

Conforme avanzaba el trabajo, menos fructífero le parecía limitarse a correcciones, porque de un lado se le fueron haciendo más notorios los tres defectos ya anunciados, que son un problema de falta de sistemática, un problema conceptual y un problema de carencia de contenido; y, por lo mismo, la modificación parcial -a mi juicio- no aportaría sino meros remiendos sin que estos constituyeran efectivos remedios.

Por lo tanto, lo que he presentado corresponde a una posición con absoluta y la mejor buena voluntad científica, y constituye simplemente la posición que, según mi leal saber y entender, mejor corresponde a lo que debe ser el Derecho de Sucesiones en el Perú.

Por lo tanto, no se me puede, y perdón que así lo haya entendido; al menos siento es la opinión de algunos, no se me puede recriminar que haya hecho el mejor esfuerzo conducente a lograr lo que a mi juicio con todas mis limitaciones, puede ser lo mejor para mi país en el tema de Sucesiones.

En consecuencia, si se ha hablado en la anterior vez, igual que hoy, que se quiere un Código para el Siglo XXI, a este Derecho de Sucesiones del Siglo XXI, es al que he apuntado en mi Libro de Sucesiones, en mi ponencia del Libro de Sucesiones.

Se dice que no es el momento; bueno, muy bien, permítanme que discrepe, yo creo que sí es el momento, y si se tiene la oportunidad, hay que intentar lograr lo mejor que se pueda.

Y esto es muy importante que lo recalque, porque a diferencia de lo que ha ocurrido con los demás Libros del Código Civil, el de Sucesiones fue el que sensiblemente, notoriamente, menos cambios tuvo en 1984, el importantísimo avance que se produjo en Familia, en Acto Jurídico, en Personas, en Reales, en Obligaciones, en Contratos, en otras Fuentes de Obligaciones, no ocurrió lo mismo con el Código Civil de 1984; sencillamente se observó el esquema fundamental de 1936; y el de 1936 -a su vez- corresponde a ideas no solamente del Código Alemán, sino del Código Español de 1890, y del Francés de principios del siglo pasado.

En consecuencia, cuando se ha producido un gran cambio en el ochenta y cuatro, en todo el Derecho Civil, no ha ocurrido lo mismo -desde mi punto de vista- en Derecho de Sucesiones.

Se considera que es labor del maestro, para lograr un cambio en una legislación, persuadir, imponer y hacerlo con humildad; de la humildad la dejo de lado, porque definitivamente es una virtud que desde luego no me caracteriza (al menos en esta materia), y lo puedo decir con la confianza de estar entre amigos, y con el cariño que ustedes me tienen; pero sí creo que he intentado persuadir y no imponer.

No impongo porque les he sometido a ustedes lo que me parece humanamente lo mejor; y para hacer eso que humanamente me parece lo mejor, no lo he hecho caprichosa ni arbitrariamente; sencillamente he dedicado dos años íntegros de mi vida y me he pagado dos años, mejor dicho dos meses de mis vacaciones, con mi dinero, para costear en universidades europeas.

Intento, por lo tanto, persuadir, pero no puedo persuadirles a ustedes si es que no me dan la oportunidad de que les persuada. Es decir, creo sinceramente que se justifica un cambio muy profundo en materia de Sucesiones, no tanto en otros Libros, y quiero que me den la oportunidad, una hora, una hora y media, acaso dos, de intentar persuadirles

De otro lado, el 11 de febrero de 1997 recibí respuesta a mi carta de no aceptación a la convocatoria para ser Asesor de la Comisión.

El tenor de la misma fue el siguiente:

que eso sí es necesario; que salgo perdedor, se produce la votación, no debe hacerse el cambio, muy bien, lo aceptaré, y, eventualmente, cuando se tenga que firmar el Código, firmaré todo el Código y me permitirían ustedes que haga las reservas donde creo que mi criterio jurídico me aconseja que debo efectuar esas reservas; pero denme ustedes, por favor, la oportunidad de sustentar en el pleno de la Comisión, durante una hora y media por qué debe hacerse este cambio, y no me nieguen, perdona Max, perdona Carlos, no me nieguen la oportunidad de justificar por qué sí hace falta ese Libro, y es ese el Libro que debe cambiar. Creo que no debe haber cambio en otros Libros, al menos sustantivo; creo que ahí sí coincido con ustedes, debe haber prescripciones, arreglos, en fin, etc. Pero es que en Sucesiones sí se trata de hacer un cambio sustantivo; y creo que es realmente imprescindible: creo que nuestro Código en Sucesiones no es lo mejor que se pudo lograr en el treinta y seis, ni lo mejor que se pudo lograr en el ochenta y cuatro, por problemas sistemáticos, por problemas conceptuales -que me parece que hay errores-, y por problemas de que es incompleto. Es decir, faltan artículos, faltan regular problemas que se plantean a diario y que sencillamente no están resueltos.

Y, claro, aquí (y esto es importantísimo) está presente quien sin duda conoce más que yo en esta materia: Augusto Ferrero. Tenemos posiciones sensiblemente distintas en muchos temas, en otros coincidimos, pero en otros tenemos posiciones muy distintas y creo que esas posiciones muy distintas son las que previamente reclaman una decisión por la Comisión.

Yo no pensaba que el tema se fuera a desembocar con tanta rapidez.

Si tenía desde hace unos días una lista de cosas que creo que la Comisión tiene que decidir en su momento, la entrego de una vez, porque pensaba entregarla en su momento cuando hubiera el tiempo preciso, pero creo que si se reflexiona sobre los temas que estoy proponiendo en el documento que acabo de entregar al Presidente, si se reflexiona y se discute, se va llegar (y me parece que estoy en posibilidad) y, aquí -nuevamente- falto a la humildad, creo que los voy a persuadir, con todo corazón de que hace falta ese cambio.

Muchas gracias.

Luego de un debate en torno a los alcances de reforma en relación al Libro de Sucesiones, a propuesta del señor Doctor Ferrero Costa y ante la aceptación del señor Doctor Max Arias-Schreiber Pezet, se acordó la incorporación del referido jurista a la subcomisión de Sucesiones.

Siendo las 20:15 horas el señor Presidente levantó la sesión.» (El subrayado es nuestro).

«Oficio N° 09/97-CERCO-CE

Lima, 11 de febrero de 1997

Señor Doctor
Mario Castillo Freyre
Presente.-

De nuestra consideración:

Nos referimos a su comunicación de fecha 03 de febrero del año en curso, a través de la cual se excusa por no aceptar la designación oficial como Asesor de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, por los motivos que en la misma expone.

Al respecto, agradecemos su gentileza por responder a la designación y también por sustentar y exponer argumentos que permitirán reflexionar a los miembros de la Comisión sobre los alcances de la reforma que nos convoca. (El subrayado es nuestro).

Atentamente,

JORGE MUÑIZ ZICHES
Presidente de la Comisión Especial
Encargada de elaborar el Anteproyecto
de Ley de Reforma del Código Civil.»

Con fecha 12 de febrero de 1997, se instaló oficialmente la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil.

El texto del Proyecto de Acta de dicha Sesión es el siguiente:

«Siendo las dieciocho horas con treinta minutos del día doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, en la Cámara de Comercio de Lima, se dio inicio a la Sesión de Instalación de la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil con la presencia del Señor Doctor Carlos Hermoza Moya, Ministro de Justicia; el Señor Doctor Carlos Torres y Torres Lara, Vice-

presidente del Congreso; el Señor Doctor Jorge Muñiz Ziches, Presidente de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, el Señor Doctor Hugo Sologuren Calmet Presidente de la Cámara de Comercio de Lima y el Doctor Carlos Fernández Sessarego, representante de los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil.

El Señor Doctor Hugo Sologuren como Presidente de la Cámara de Comercio de Lima, sede en la que se llevó a cabo la Sesión de Instalación dio la bienvenida a los miembros de la Comisión y demás personalidades presentes en la ceremonia.

Acto seguido intervino el Señor Ministro de Justicia Carlos Hermoza Moya, quien señaló que la tarea encomendada a la Comisión se basaba en la necesidad de revisar las diversas instituciones previstas en el Código Civil de 1984 adecuándolas a la nueva Constitución y a las nuevas tendencias del derecho económico, la economía de libre mercado, el derecho de familia, ingeniería genética entre otros. Asimismo, especificó que el trabajo que realice la Comisión haría coherente la realidad social, jurídica y económica del país, especificando que sería una reforma y no un cambio del Código de 1984.

Posteriormente intervino el Señor Doctor Carlos Torres y Torres Lara manifestando que la revisión del Código se debía a normas que buscaban una mejor interpretación de los fenómenos sociales. Expresó que el Código Civil vigente fue elaborado en base a los principios de la Constitución de 1979 con una lógica humanista convirtiéndose en una constitución pragmática por lo que el trabajo de la Comisión era un paso natural al perfeccionamiento del Código Civil y de la Legislación peruana, libre de intervenciones políticas que daba a conocer la realidad social a través de normas de derecho.

Indicó que en los trabajos a realizarse no se debería perder el sentido humanista de las normas contenidas en el Código Civil y que encierra la actual constitución como las constituciones anteriores puesto que se hablaba de un proceso histórico constitucional en el Perú donde cada congre-

so interpretaba la realidad peruana buscando las soluciones a los problemas que se presentan.

Felicitó a los miembros que incorporan la Comisión agradeciendo la colaboración activa en el perfeccionamiento del libro de personas.

Luego tomó la palabra el Señor Doctor Carlos Fernández Sessarego en representación de los Miembros de la Comisión. En su exposición hizo mención a la importancia que tiene el Código Civil vigente caracterizado por su carácter humanista y por las figuras que introdujo en la Legislación Comparada.

Hizo un recuento de las actividades que se realizaron con la finalidad de actualizar el Código vigente mencionando que se promovió la organización de equipos de trabajo integrados por especialistas de diversas ramas del Código Civil para realizar un balance provisional del Código. Señaló que las sugerencias fueron enviadas al Congreso obteniendo respuesta al crear la Comisión instalada.

Posteriormente se leyó el primer Acuerdo de la Comisión Encargada de elaborar el Anteproyecto del Código Civil de fecha 16 de diciembre de 1996 que especifica la relación de consultores, asesores y asistentes que prestaría su apoyo a la labor de la comisión.

El Señor Presidente hizo uso de la palabra manifestando que dicha labor no estaba dirigida a redactar un nuevo Código Civil sino a adecuar las figuras jurídicas a la realidad concreta que vive el País, a la adecuación de los patrones sociales y económicos, a una nueva visión constituida por el alejamiento del Estado como propulsor de la economía y la importancia de libre competencia como elemento vital en el desarrollo de la sociedad, entre otros.

Nombró al Señor Doctor Manuel de la Puente y Lavalle Presidente Honorífico de la Comisión en la dirección de los debates doctrinarios que se realizarían a partir del 31 de marzo como consecuencia de la culminación de los trabajos de las subcomisiones. (El subrayado es nuestro).

Con la intervención del Doctor Jorge Muñiz Ziches, terminó la Ceremonia de Instalación.»

Según aparece en una noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano»⁽⁶⁷⁾, el entonces Ministro de Justicia, Doctor Carlos Hermoza Moya, señaló que el Gobierno a través de sus instituciones –en conjunto– colaborará y respaldará la revisión integral que se efectuará al Código Civil vigente, otorgándole un mayor énfasis al debate jurídico nacional.

Hermoza Moya manifestó, asimismo, que la revisión de dicho cuerpo legal se realizará sobre la base de profundos análisis e investigaciones jurídicas, ya que son sumamente delicados los aspectos que requieren una innovación jurídica. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el Doctor Hugo Sologuren⁽⁶⁸⁾, Presidente de la Cámara de Comercio de Lima –en cuya sede se llevó a cabo la instalación de la Comisión de Reforma al Código Civil– calificó dicho acto como un signo de los nuevos tiempos que vive el Perú y demostrativo del interés no sólo del Gobierno sino también de los hombres de empresa para formular tan importante proyecto.

Entre tanto, el Editorial del Diario «El Comercio»⁽⁶⁹⁾, de fecha 18 de febrero de 1997 refiere que la promulgación de la Constitución de 1993 puso en evidencia, hace más de dos años, la necesaria actualización del Código Civil Peruano, tarea que se encuentra ya en marcha y bajo la responsabilidad de una Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley correspondiente que permita su reformulación.

El objetivo primordial –precisa dicho editorial– es continuar en el camino de la modernización del Código y su actualización,

(67) Noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 13 de febrero de 1997, Página B-12.

(68) SOLOGUREN, Hugo. Noticia publicada en la Revista COMERCIO Y PRODUCCION, Edición Semanal de la Cámara de Comercio de Lima, N° 2218, Lima, febrero de 1997, Página 5.

(69) Editorial publicado en el Diario «El Comercio», el 18 de febrero de 1997, Página A-2.

dotando al país de un aparato legal acorde con el contexto político, social, económico, cultural y –sobre todo– tecnológico.

La noticia relativa a la Ceremonia de Instalación publicada en el Diario «El Comercio»⁽⁷⁰⁾, en el Diario Expreso⁽⁷¹⁾, en el Diario Síntesis⁽⁷²⁾ y en otros diarios locales.

La Décimo Segunda Sesión Ordinaria de la Comisión, tuvo lugar el día 24 de febrero de 1997 y resulta muy ilustrativa del escaso avance de las Sub-Comisiones hasta esa fecha, a pesar de que ante la opinión pública la versión oficial continuaba siendo el de que las labores de dichos grupos de trabajo culminarían –a más tardar– el 31 de marzo, vale decir sólo treinticinco días naturales a la fecha de la Sesión.

El Orden del Día aprobado y que consta en Acta es el siguiente:

«Ingresando a la estación de Orden del Día el señor Presidente solicitó a los responsables de las subcomisiones informen respecto al avance del trabajo encomendado.

En cuanto a la subcomisión de Personas, se informó que el trabajo estaba casi concluido, con excepción del tema de la incapacidad respecto del cual, por ser un tema delicado, se estaba profundizando en su estudio. Al respecto se indicó que en los Estados Unidos de Norteamérica se utilizaban formularios en los cuales el Juez anotaba hasta donde y en que casos el curador de un incapaz estaba autorizado a actuar.

En lo que se refiere a la subcomisión de Acto Jurídico se informó que se venía avanzando el trabajo y en lo que respecta a la subcomisión de Familia, ésta se había instalado y se estaban presentando ponencias, recordándose que respecto a este Libro existe una ponencia del Señor Doctor Arias-Schreiber.

(70) Noticia publicada en el Diario «El Comercio», el 13 de febrero de 1997, Página A-4.

(71) Noticia publicada en el Diario Expreso, el 13 de febrero de 1997, Página A-10.

(72) Noticia publicada en el Diario Síntesis, el 13 de febrero de 1997, Página 5.

Se informó que en la subcomisión de Sucesiones se reiniciarían los trabajos con la participación del Señor Doctor Arias-Schreiber. En cuanto a la subcomisión de Reales se informó que se había aprobado la parte general, que se reunirían al día siguiente y esperaban terminar el trabajo dentro de la fecha fijada por la comisión.

Por otro lado respecto al trabajo de la subcomisión de Obligaciones se informó que debido a que sus miembros integraban otras subcomisiones no se había podido reunir, sin embargo consideran que las reformas a dicho libro eran muy pocas y entre estas estaban los temas relacionados a la mora y la solidaridad.

Respecto a la subcomisión de contratos se informó que concluiría su trabajo el 31 de marzo, fecha fijada por la Comisión para la entrega de los trabajos de las subcomisiones, sin embargo se manifestó que se venía estudiando con detenimiento lo relativo a los alcances del artículo 62º de la Constitución y la conveniencia de regularlo a través del Código Civil.

En lo que refiere a la subcomisión de Contratos Nominados se informó que debido a la ausencia de algunos de sus miembros aún no se había instalado. Por su parte, la Subcomisión de Otras Fuentes de las Obligaciones indicó que se había planteado unificar la Responsabilidad Civil, mientras que la subcomisión de Prescripción y Caducidad manifestó que habían considerado reunirse después de concluido el trabajo de todas las subcomisiones.

En cuanto a la Subcomisión de Registros Públicos se indicó que venían trabajando con la colaboración de un grupo de asesores, un proyecto de Libro de Registros Públicos que recoja tan sólo los principios. Por último, la Subcomisión de Derecho Internacional Privado informó que se había dividido y repartido el trabajo y que se reunirían el seis de marzo. (El subrayado es nuestro).

Siendo las 19:32 horas el señor Presidente levantó la sesión.»

A partir de entonces, aparecen publicadas en el Diario Oficial «El Peruano» opiniones de diversos especialistas en torno a

la modificación o derogatoria de determinados preceptos del Código Civil.

De otro lado, en una entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el Doctor Jorge Muñiz⁽⁷³⁾, en lo relativo a los plazos fijados por la Comisión, afirmó que el 31 de marzo de 1997 es la «fecha tope» para concluir indefectiblemente con el trabajo de las Sub-comisiones. Posteriormente, terminada esta etapa –dice–, el trabajo será entregado al Pleno de la Comisión Especial para que se inicie también allí una breve pero profunda consideración de los puntos expuestos así como de las principales innovaciones propuestas. (El subrayado es nuestro).

En relación a los integrantes de las diversas subcomisiones especiales encargadas de evaluar los diversos Libros del Código Civil, Muñiz revela que la subcomisión de Familia está integrada por Max Arias-Schreiber, quien la preside, Luis Delgado Aparicio y Guillermo Lohmann. La subcomisión encargada de revisar el Libro de Contratos está formada por Manuel de la Puente y Lavalle, quien la preside, Fernando Vidal Ramírez, Max Arias-Schreiber y él mismo. La subcomisión de Sucesiones la integran Augusto Ferrero Costa (responsable), Jorge Avendaño y Guillermo Lohmann. Asimismo, asegura que el resto de las subcomisiones están igualmente integradas por destacados juristas del medio, entre los que destacan Fernando de Trazegnies, Carlos Fernández Sessarego y Carlos Cárdenas Quirós.

Por otra parte, en una entrevista publicada en el Diario «El Comercio», el Doctor Carlos Fernández Sessarego⁽⁷⁴⁾ destacó el interés que despierta el Código Civil Peruano para el jurista de Europa Continental y Latinoamérica, por su inspiración humanista y aportes innovadores que subyacen en su texto.

Ante la pregunta de si el Código Civil es moderno y técnicamente bien elaborado ¿qué necesidad habría para reformarlo?, Fernández Sessarego señaló que «muchas voces, algunas de

(73) MUÑIZ ZICHES, Jorge. Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 25 de febrero de 1997, Páginas B-6 y B-7.

(74) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Entrevista titulada «En Busca del Código Civil Perfecto», publicada en el Diario «El Comercio», el 2 de marzo de 1997, Página C-11.

ellas de prestigiosos juristas extranjeros, le advirtieron que era imprudente, en tan breve plazo y en ausencia de una jurisprudencia orientadora, modificar el Código, ya que se podía correr el riesgo de destruir o desarticular un buen Código. Nosotros pensamos que valía la pena afrontar el riesgo en beneficio de la comunidad. Ello, porque un Código se elabora para durar. No se le debe sustituir en breve tiempo, pues sería atentar contra la seguridad jurídica que la población reclama y el país se merece. Pero, para que un Código perdure es indispensable actualizarlo y perfeccionarlo periódicamente.»

De otro lado, considera que un Código moderno no puede dejar de regular, a nivel de principios rectores, cuestiones que no eran actuales cuando se redactó el Código, como es el caso del genoma humano y la manipulación genética, la reproducción humana asistida o la determinación positiva de la filiación.

En lo relativo a quiénes han promovido la actualización del Código, precisó que aunque muchos no puedan creerlo, los propios autores del Código Civil de 1984 han promovido su revisión y consiguiente reforma, motivados por un afán de perfección y un deseo de que el Código mantenga el prestigio internacional del que actualmente goza, aspirando a que «lo bueno sea cada vez mejor.»

Asimismo, Fernández Sessarego destacó que el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima convocó, durante los años 1993 y 1994, a más de setenta profesores de diversas Universidades y generaciones; que al término de sus trabajos se estimó conveniente entregar al Congreso de la República dichas propuestas de enmiendas. Ante ello, el Congreso, en 1995, designó por Ley una Comisión encargada de elaborar el texto de las reformas sobre la base del estudio técnico antes mencionado.

En lo referente a la metodología de trabajo de la Comisión, respondió que se ha dividido en tantas Sub-comisiones como Libros tiene el Código. Las subcomisiones –dijo– deberán concluir su labor antes del 31 de marzo de 1997 y sus propuestas serán luego debatidas por el Pleno de la Comisión, la misma que debe tener terminado su trabajo indefectiblemente en noviembre del año en curso (1997). (El subrayado es nuestro).

La Décimo Tercera Sesión Ordinaria de la Comisión tuvo lugar el día 1 de marzo de 1997 y en ella se volvió a tocar el tema de los avances de las Sub-Comisiones.

Aquí (en el Proyecto de Acta) queda de manifiesto que la vocada fecha de conclusión de los trabajos (el 31 de marzo de 1997) no era sino fruto de un notable optimismo de algunos integrantes de la Comisión.

«Ingresando a la estación de Orden del Día el Señor Presidente solicitó a los responsables de las subcomisiones informen respecto al avance del trabajo encomendado.

Respecto a la subcomisión encargada de la revisión del Título Preliminar se informó que debido a que sus integrantes habían venido trabajando en otras Subcomisiones, recién se instalaría, para lo cual se comunicaría con el Señor Doctor Marcial Rubio, consultor de la Comisión. Sobre el trabajo de esta subcomisión se mostró preocupación de parte de los miembros de las subcomisiones de Acto Jurídico y Contratos, por cuanto requerían la revisión del artículo V del Título Preliminar.

En cuanto a la subcomisión de Personas, se informó que se había concluido con la propuesta, a excepción de la parte relativa a la capacidad, tema respecto del cual a diferencia del resto de la propuesta, no se podría contar con una decisión al 31 de marzo.

En lo que se refiere a la Subcomisión de Acto Jurídico se informó que se venía avanzando el trabajo a buen ritmo y consideraban que el trabajo estaría concluido en la fecha prevista por la Comisión.

La Subcomisión de Familia informó que se estaba avanzando el trabajo, sin embargo consideraban que al 31 de marzo sólo se podría contar con un veinte por ciento del trabajo.

Se informó que en la Subcomisión de Sucesiones en el transcurso de la semana se concluiría con la Parte General de la reforma y que a fines de marzo se tendría aproximadamente el veinticinco por ciento del trabajo.

En cuanto a la subcomisión de Reales se informó que al 31 de marzo el pleno podría contar con un texto del trabajo, haciendo hincapié en que si no se lograba concluir con la totalidad de la propuesta de reforma, se contaría con la mayor parte del trabajo.

En relación a la Subcomisión de Obligaciones se informó que se contaba con una propuesta de reforma y que no siendo extenso el texto se podría concluir con el trabajo dentro de la fecha prevista. En el mismo sentido se pronunció la Subcomisión de Contratos Parte General.

La Subcomisión de Contratos Nominados informó que el trabajo era extenso y arduo debido a la cantidad de contratos, considerando que al 31 de marzo podrían avanzar un veinte por ciento del trabajo.

Por su parte, la Subcomisión de Otras Fuentes de las Obligaciones informó que si bien no iban a poder concluir con el trabajo en la fecha prevista, podrían contar con un avance importante del mismo, estimando que podría estar entre el treinta o cuarenta por ciento.

La Subcomisión de Registros Públicos informó que concluirá el trabajo encomendado dentro de la fecha prevista, en el mismo sentido se pronunció la subcomisión de Derecho Internacional Privado. Por su parte la Subcomisión de Prescripción y Caducidad informó que podría iniciar su trabajo una vez que el resto de Subcomisiones concluyera con su revisión.

Por último, la Subcomisión de Aspectos Procesales informó que iniciarían su trabajo una vez que se concluya la revisión del resto de Libros que conforman el Código Civil. (El subrayado es nuestro).

Siendo las 19:30 horas el Señor Presidente levantó la sesión.»

Las Sub-comisiones a que hace referencia el Doctor Fernández Sessarego, eran las siguientes:

CUADRO DE SUBCOMISIONES**TITULO PRELIMINAR**Integrantes:

Fernández Sessarego, Carlos (Responsable)
De la Puente y Lavalle, Manuel
Vidal Ramírez, Fernando
Ferrero Costa, Augusto
Villarán Koechlin, Roberto
Rubio Correa, Marcial (Consultor).

PERSONASIntegrantes:

Fernández Sessarego, Carlos (Responsable)
Cárdenas Quirós, Carlos
Marcenaro Frers, Ricardo.

ACTO JURIDICOIntegrantes:

Vidal Ramírez, Fernando (Responsable)
Lohmann Luca de Tena, Guillermo
Marcenaro Frers, Ricardo
De la Puente y Lavalle, Manuel.

FAMILIAIntegrantes:

Fernández Sessarego, Carlos (Responsable)
Delgado Aparicio, Luis
Lohmann Luca de Tena, Guillermo.

SUCESIONESIntegrantes:

Ferrero Costa, Augusto (Responsable)
Avendaño Valdez, Jorge
Arias-Schreiber Pezet, Max
Lohmann Luca de Tena, Guillermo.

REALESIntegrantes:

Avendaño Valdez, Jorge (Responsable)
Arias-Schreiber Pezet, Max
Del Castillo Gálvez, Jorge
Cárdenas Quirós, Carlos.

OBLIGACIONESIntegrantes:

Cárdenas Quirós, Carlos (Responsable)
Vidal Ramírez, Fernando.

CONTRATOS PARTE GENERALIntegrantes:

De la Puente y Lavalle, Manuel (Responsable)
Arias-Schreiber Pezet, Max
Muñiz Ziches, Jorge
Vidal Ramírez, Fernando.

CONTRATOS NOMINADOSIntegrantes:

Arias-Schreiber Pezet, Max (Responsable)
Muñiz Ziches, Jorge
De la Puente y Lavalle, Manuel
Ferrero Costa, Augusto
De Trazegnies Granda, Fernando.

OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONESIntegrantes:

Fernández Sessarego, Carlos (Responsable)
Lohmann Luca de Tena, Guillermo
Cárdenas Quirós, Carlos
De Trazegnies Granda, Fernando.

REGISTROS PUBLICOSIntegrantes:

Cárdenas Quirós, Carlos (Responsable)
Avendaño Valdez, Jorge.

PRESCRIPCION-CADUCIDADIntegrantes:

Lohmann Luca de Tena, Guillermo (Responsable)
Avendaño Valdez, Jorge
Vidal Ramírez, Fernando
Ferrero Costa, Augusto.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADOIntegrantes:

Revoredo de Mur, Delia (Responsable)
Villarán Koechlin, Roberto
León Barandiarán, José
Mac Lean, Roberto.

ASPECTOS PROCESALESIntegrantes:

Lohmann Luca de Tena, Guillermo (Responsable)
Ramírez Jiménez, Nelson.

El 12 de marzo de 1997 aparece publicada en el Diario Oficial «El Peruano» una noticia⁽⁷⁵⁾ mediante la cual el Presidente, Doctor Jorge Muñoz Ziches, hace de público conocimiento que la Comisión de Reforma al Código Civil ha culminado con la revisión del ochenta por ciento del contenido de este texto legal, quedando pendiente de análisis sólo dos de sus Libros. (El subrayado es nuestro).

(75) Noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 12 de marzo de 1997. Página B-12.

Asimismo señaló que a partir del primero de abril la Comisión entrará en Sesión Plenaria para iniciar la revisión de las propuestas de cada uno de los subgrupos de trabajo, en función al articulado de la norma vigente.

Con posterioridad, aparecen en el Diario Oficial «El Peruano», artículos referidos al debate sobre la ubicación de los Contratos Corporativos⁽⁷⁶⁾ y al régimen jurídico de la clonación⁽⁷⁷⁾.

Con fecha 31 de marzo de 1997 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» un artículo⁽⁷⁸⁾ en el que algunos miembros de la Comisión informan sobre los avances de ésta.

Días más tarde –de modo sorpresivo–, el Congreso de la República hizo de público conocimiento⁽⁷⁹⁾ la culminación del trabajo de las Sub-comisiones mediante un anuncio de carácter oficial⁽⁸⁰⁾.

Por otra parte, con fecha 25 de marzo de 1997, el Doctor

(76) Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 21 de marzo de 1997, Página B-5.

(77) Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 21 de marzo de 1997, Página B-5.

(78) Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 31 de marzo de 1997, Página B-12.

(79) Anuncio publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 2 de abril de 1997, Página A-4.

(80) El texto del referido aviso fue el siguiente:

«CONGRESO DE LA REPUBLICA

Se pone en conocimiento de la comunidad jurídica del País y del público en general que, las subcomisiones encargadas de la revisión preliminar de los diversos libros del Código Civil de 1984 han culminado sus trabajos en el plazo previsto, al 31 de marzo de 1997.

En consecuencia, se inicia la segunda etapa consistente en la discusión en el Pleno de la Comisión de las modificaciones planteadas por dichas subcomisiones. (El subrayado es nuestro).

Las personas o instituciones interesadas en continuar haciendo llegar sus propuestas y aportes pueden seguir haciéndolo a las oficinas de la Comisión, ubicada en: Palacio Legislativo, Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n - Lima, o Via Internet: ccodci01 @nvleg01.congreso.gob.pe.

Lima, 1º de abril de 1997

JORGE MUÑIZ ZICHES

PRESIDENTE

COMISION ESPECIAL ENCARGADA DE ELABORAR
EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL.»

Max Arias-Schreiber Pezet presenta su carta de renuncia a la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, la misma que fue aceptada mediante Resolución Ministerial N° 091-97-JUS, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 29 de abril de 1997.

Las razones que motivaron dicha renuncia son el haber percibido que la Comisión en realidad se proponía reformar casi todo el Código Civil mediante una «Ley de Enmiendas»⁽⁸¹⁾ y no solamente temas puntuales o de urgencia nacional.

- (81) Así se deduce claramente del tenor de su carta (de carácter oficial), de fecha 25 de marzo de 1997, en la que puede apreciarse su profunda frustración al respecto.

En adelante, el tenor de la referida misiva:

«Lima, 25 de marzo de 1997

Señor Doctor

Jorge Muñoz Ziches

Presidente de la Comisión Encargada de

Elaborar el Anteproyecto de Reforma del

Código Civil

Presente.-

Estimado Señor Presidente:

En aplicación de la Ley N° 26673 y por Resolución Ministerial N° 253-96-JUS tuve el honor de ser designado como representante del Poder Ejecutivo ante la Comisión de Reforma del Código Civil.

Cuando se conformaron las subcomisiones en que se dividió el trabajo, fui designado responsable de las subcomisiones de Contratos Nominados o Típicos y de Derecho de Familia. Además se me nombró para intervenir en las subcomisiones de Contratos, Parte General y Derechos Reales, y posteriormente en la de Derecho de Sucesiones.

En la Subcomisión de Contratos, Parte General, bajo responsabilidad del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle y la intervención de los Doctores Fernando Vidal Ramírez, Hugo Forno y Eduardo Benavides, el trabajo se desarrolló con toda normalidad y quedó finalizado la semana pasada.

La Subcomisión de Derechos Reales, bajo responsabilidad del Doctor Jorge Avendaño Valdez, en la que también intervino el Doctor Carlos Cárdenas Quirós y un conjunto de jóvenes juristas de gran capacidad, seleccionado por el Doctor Avendaño, logró un considerable avance, al extremo de modificarse cerca de la mitad del libro actual. Sin desconocer la calidad del trabajo realizado, debo señalar que tengo discrepancias sobre su contenido, pues no sólo se han efectuado modificaciones de gran importancia y con las que estuve y estoy de acuerdo, sino también otras que no tienen a mi criterio la finalidad perseguida por la ley de reforma del Código.

La Subcomisión sobre Derecho de Sucesiones, bajo responsabilidad del Doctor Augusto Ferrero Costa y en la que intervinieron los Doctores Jorge Avendaño Valdez y Guillermo Lohmann Luca de Tena, así como varios jóvenes juristas muy bien preparados, se reunió asiduamente, pero con dis-

tintos criterios: mientras el Doctor Ferrero Costa era partidario de efectuar las modificaciones que consideraba esenciales, manteniendo gran parte del articulado actual, posición en la que le acompañé y tengo entendido que también el Doctor Avendaño, había y existe un proyecto de nuevo Libro elaborado con mucho talento por el Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena y en la práctica poco fue lo que se pudo avanzar, según lo ha explicado el propio Doctor Ferrero Costa.

En las Subcomisiones en que asumí la responsabilidad (Contratos Típicos y Familia) he tenido muy graves obstáculos, pues casi nunca logré que se reunieran sus miembros.

En Contratos Típicos conté con la colaboración constante de los doctores De la Puente, Forno y Benavides, no así de los demás miembros, que por diferentes razones se excusaban de asistir (licencia, viajes y compromisos profesionales y docentes). Se tomó el acuerdo de distribuir el trabajo en ponencias, sin que se presentara una sola de ellas, pese a que la labor de esta Subcomisión es gigantesca. Esto me llevó a elaborar con sumo esfuerzo y desgaste la ponencia que le acompañó, a fin que sirviera como base para la reforma. Con excepción de los Doctores De la Puente y Miguel Torres, quienes se han pronunciado sobre mi proyecto de contrato de suministro, no ha habido otro aporte y pese a que existe el ofrecimiento de hacer todo el trabajo vencida la primera quincena de abril, mucho me temo que esto no sea viable, debido a la próxima Semana Santa y a la gran tarea que existe por delante.

En la Subcomisión sobre Derecho de Familia ha sucedido algo parecido. A pesar del refuerzo que significó la presencia del Doctor Carlos Fernández Sessarego, a pedido mío y dada la vinculación entre esa materia y el Derecho de Personas, el ausentismo ha sido notorio. Le consta a usted, Señor Presidente, que cuando estuve en España en diciembre del año pasado elaboré una ponencia completa sobre Derecho de Familia, la que presenté al pleno a comienzos de este año. Salvo las sugerencias del Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena y una interesante ponencia del Doctor Enrique Varsi, no ha habido pronunciamiento alguno sobre la mía. Gracias al empuje del Doctor Fernández Sessarego se ha avanzado desde el artículo 233 hasta el 268, faltando desde el 269 hasta el 659. La inasistencia de los miembros de esta Subcomisión hace imposible cumplir con el cometido encomendado.

Todo lo expuesto no tiene, desde luego, un afán de crítica a maestros tan calificados como son los que integran las Subcomisiones. Pero mi sentido de responsabilidad hace que sienta una gran frustración y que me encuentre bajo un estado de angustia y tensión sumamente peligroso por razones de edad y salud. En la visita que acabo de hacer al cardiólogo y luego del correspondiente examen, su diagnóstico ha sido terminante: si no llevo una vida sosegada y sin tensiones, mis días estarían contados.

Debo dejar constancia que cuando asumí la honrosa función que se me encomendó tenía la certeza de que en esta etapa se harían las correcciones que eran indispensables en el Código vigente. Pero luego de apreciar los cambios que se están sugiriendo, muchos de ellos de total estructura y otros de simple terminología, he llegado a la conclusión de que lo que se estaría gestando es un nuevo Código Civil, a menos de quince años que se promulgara el de 1984. Por cierto no estoy de acuerdo con esta posibilidad, por las razones que expuse en mi informe del 15 de noviembre de 1996. He sido y sigo siendo entusiasta propulsor del Código Civil

En una noticia titulada «No hay mayor distinción que la de ser llamado maestro»⁽⁸²⁾, consta que el Doctor Arias-Schreiber hizo referencia al tema, al afirmar que «acaba de renunciar irrevocablemente a la Comisión Reformadora del Código Civil después de haber contribuido con un trabajo sobre Derecho de Familia porque considera que se quiere modificar y prácticamente volver al Código de 1936, lleno de tecnicismos, es decir, poco didáctico para que un buen juez de provincias, por ejemplo, pueda administrar justicia.» (El subrayado es nuestro).

Con fecha lunes 7 de abril de 1997, aparece en el Diario Oficial «El Peruano» un artículo en el cual el Doctor Jorge Muñoz Ziches⁽⁸³⁾ señaló que espera que el trabajo de la Comisión quede culminado antes del mes de octubre.

«De este modo -dijo-, en la próxima legislatura se espera entregar el dictamen final de la Comisión para que sea debatido por el Pleno.» (El subrayado es nuestro).

del siglo XXI, pero me parece totalmente ilógico y perjudicial que cuando todavía no ha quedado suficientemente estudiado el Código vigente, se pueda pensar en un nuevo Código, o por lo menos en un Código parchado, lleno de figuras que aún se encuentran en abierta discusión, con lo cual se crearía un caos para los abogados, magistrados y estudiantes de Derecho, en un país que como el nuestro es de escasa cultura jurídica.

Quiero también expresar mi discrepancia con la idea de incorporar los contratos comerciales al Código Civil, pues el Derecho de Comercio tiene madurez y autonomía propia y se mueve en distintas áreas ajenas al Derecho Civil.

Igualmente señalo mi desacuerdo en el sentido que los denominados contratos modernos deban figurar en el Código Civil. Estos contratos se encuentran todavía en proceso de elaboración y no han alcanzado la madurez necesaria para estar legislados en el Código sino en leyes especiales.

Para finalizar y luego de agradecerle por todas las atenciones recibidas de su presidencia, así como del afecto de todos los miembros de la Comisión, sus Asesores y Asistentes, le ruego se sirva dar lectura en el Pleno de mi renuncia con carácter irrevocable en mi condición de miembro de la Comisión Reformadora. En este sentido me estoy dirigiendo en nota separada al Señor Ministro de Justicia.

Sin otro particular, le reitero los sentimientos de mi mayor consideración y apreciada amistad.» (El subrayado es nuestro).

(82) Noticia publicada en el Diario «El Comercio», el viernes 4 de abril de 1997, Página A-11.

(83) MUÑOZ ZICHES, Jorge. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el lunes 7 de abril de 1997, Página B-5.

No obstante ello aseveró lo siguiente:

«Tampoco queremos hacer un trabajo apresurado, se trata de la segunda ley más importante del país después de la Constitución.» (El subrayado es nuestro).

El día 6 de marzo aparece publicado en el Diario Oficial «El Peruano»⁽⁸⁴⁾ un aviso del Congreso de la República, del Parlamento Virtual Peruano, a través del cual se solicita al público que, ya sea a través de INFOVIA o INTERNET, haga llegar sus opiniones sobre diversos temas, entre ellos, la Reforma del Código Civil.

La Décimo Quinta Sesión Ordinaria de la Comisión tuvo lugar el día lunes 7 de abril de 1997.

El Proyecto de Acta expresa lo siguiente:

«El Señor Presidente dio cuenta de una comunicación del Señor Congresista Oscar Medelius, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, a través de la cual solicitaba se le informara respecto a los avances en el trabajo de la Comisión.

Los miembros de la Comisión señalaron que se debía determinar si se les comunicaba a los señores Congresistas los avances realizados o bastaría con el anuncio publicado en los diarios sobre los avances de la Comisión.

Señalaron que el pedido del Congresista Medelius tenía la finalidad de dar una solución a los constantes proyectos de ley presentados por diversos congresistas con respecto a la modificación de algunos artículos del Código.

Después de discutir este tema, se dio lectura a la carta de renuncia como miembro de la Comisión presentada por el Señor Doctor Max Arias-Schreiber Pezet por motivos personales, acordándose responder con una nota de agradecimiento por los aportes presentados a la Comisión.

(84) Aviso publicado en el Diario Oficial «El Peruano, el domingo 6 de abril de 1997.

Sobre los trabajos que se vienen realizando en la Subcomisión, específicamente los debates que se realizarían sobre las propuestas presentadas, el Señor Presidente señaló que cada una debería contener su propia exposición de motivos para saber la causa que motivó tales modificaciones o de ser el caso las reformas respectivas.

En lo que respecta al Título Preliminar del Código Civil, sobre la propuesta presentada por el Señor Doctor Marcial Rubio Correa, algunos miembros de la Comisión señalaron que ésta no había sido revisada por la Subcomisión encargada de revisar el Título Preliminar del Código de 1984 y que, por lo tanto, debería ser remitida a la Subcomisión respectiva a fin de realizar las modificaciones que consideren convenientes. Sostuvieron que no debería debatirse en el pleno sin antes tener la aprobación de los miembros de la Subcomisión respectiva.

El Señor Presidente comunicó a los miembros de la Comisión que los debates referentes al Libro de Personas y Derechos Reales no podían iniciarse, puesto que sus miembros tenían que ausentarse de Lima por razones profesionales, pidiendo que se reserve el debate hasta su regreso.

Respecto al debate de las Propuestas de Reforma elaboradas por las Subcomisiones, se propuso comenzar a debatir el Libro de Fuentes de las Obligaciones, Contratos Parte General.

Se acordó que la Subcomisión de Título Preliminar sería integrada por el Doctor Fernández Sessarego, quien asumiría la función de responsable de la subcomisión; la misma que también estaría integrada por los Señores Doctores Fernando Vidal, Augusto Ferrero y Roberto Villarán Koechlin.

Se propuso separar el tema referente a las Comunidades Campesinas y Nativas del Código Civil debido a que, siendo un Código Común, este tema debía encontrarse en una legislación aparte.

En la sesión del pleno se acordó que el debate comenzaría con la exposición de 20 minutos de los proponentes de cada Libro, con la finalidad de explicar los aspectos más re-

levantes que se hayan considerado, pudiendo intervenir eventualmente los que hubieren colaborado en la formulación de la propuesta.

Sin otro punto que tratar se levantó la sesión.»

De otro lado, en un artículo periodístico⁽⁸⁵⁾, el Doctor Enrique Varsi señaló que el Perú debe contar con un «Código de Manipulación Genética», en el cual se puedan incorporar avances científicos tales como la transferencia de genes o la clonación, con miras a establecer un marco legal que adecúe su uso y explotación.

Asimismo precisó que expedir una ley especial, para prohibir o encaminar la clonación resulta ilógico, considerando la amplitud del género de la manipulación –desde el punto de vista del Derecho Genético–. Agregó que el Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo, prohíbe cualquier tipo de manipulación genética sobre el concebido.

Por otra parte, un artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano»⁽⁸⁶⁾, citando una fuente de la Comisión de Reforma del Código Civil, anota que la maternidad en el Perú sería determinada únicamente por el parto y no por cualquier acuerdo de procreación o gestación por cuenta de otro; ello constituiría una de las «principales» propuestas de enmienda al Libro de Personas del Código Civil.

Se precisó, además, que a fin de proteger la integridad de la especie humana la propuesta prohíbe de manera expresa las manipulaciones genéticas (se incluye la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos), salvo en los casos científicamente comprobados que tengan por finalidad eliminar o disminuir enfermedades graves.

La propuesta de enmienda se refiere, asimismo, a los dere-

(85) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 7 de abril de 1997, Página B-5.

(86) Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 8 de abril de 1997. Página B-5.

chos del concebido, los trasplantes de órganos, entre otras consideraciones.

En la Décimo Sexta Sesión de la Comisión, de fecha 14 de abril de 1997, comenzó el debate de la Parte General del Libro de Contratos, aprobándose el texto de algunos numerales.

Por esos días aparece un artículo del Doctor Jorge Muñiz Ziches⁽⁸⁷⁾, en el que anota, resumiendo sus apreciaciones sobre el tema, las que él considera como «algunas razones puntuales para la Reforma del Código Civil de 1984».

Sus razones eran las siguientes:

1. La realidad ha superado a la norma; quizás los cambios más evidentes se den en lo que al libro de personas se refiere (genética, cambio de sexo y sus consecuencias).
2. Las operaciones mercantiles se han extendido al común de la gente: mercantilización del Derecho Civil (unificación).
3. Necesidad de adecuación a la Constitución de 1993.
4. Existe duplicidad y contradicción entre una serie de normas existentes al interior del Código, en razón a la técnica y metodología legislativa, que fue adoptada en su momento.

Refiere que hay libros del Código Civil que quizá no requieran de mayor modificación, a diferencia de otros, como lo es la parte pertinente a la Responsabilidad Extracontractual; al respecto se sostiene que la responsabilidad subjetiva ha dejado de ser un elemento realmente interesante de analizar y debería más bien pensarse en la responsabilidad social.

En cuanto al Libro V, referido a los Derechos Reales, recuerda que existen algunas propuestas de análisis sobre la modificación a la clasificación de los bienes en registrables y no registrables, la inclusión de propiedades especiales tales como la propiedad horizontal, pueblos jóvenes, rústicas, entre otras. In-

(87) MUÑIZ ZICHES, Jorge. La Reforma del Código Civil de 1984. Artículo publicado en ADESE, Páginas 9 y 10.

clusión de garantías especiales. Eliminación de algunas prohibiciones como el pacto comisorio y la obligación de enajenar y no enajenar.

Por otro lado, señala que en el Libro IV, Libro de Sucesiones, cuyo contenido actual es casi una repetición del Código Civil de 1936, éste repite los mismos errores que aquél. Este Libro se basó en tres legislaciones distintas: el Código Español de 1889, el Código Francés de 1804 y el Código Alemán de 1900, sin concordarlos. En opinión suya, existen incoherencias en temas como el de la aceptación y renuncia de la herencia, confusión entre legítima y reserva. Han cambiado los conceptos de familia, integrantes, tipos de propiedad, entre otros. Informa que existen opiniones en favor del cambio total de este Libro.

Asimismo –refiere–, se cuestiona la inclusión del Libro referente al Derecho Internacional, que para algunos juristas y doctrinarios debería constituir una ley especial; al igual que lo referente a los Registros Públicos.

Precisa Muñiz que la reforma pretende dar preeminencias al Código Civil, marcando el paso a las demás legislaciones y constituir el segundo cuerpo legal más importante del sistema jurídico peruano después de la Constitución Política del país.

Posteriormente, mediante otro artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano»⁽⁸⁸⁾, el Código Civil vuelve a ser noticia, al debatirse sobre el que sería su nuevo Título Preliminar.

La propuesta base fue presentada al Pleno de la Comisión por el Doctor Marcial Rubio Correa, Consultor de la misma, quien plantea dividirlo en dos Capítulos. El primero estaría orientado a regular todo lo relacionado con las Fuentes del Derecho, mientras que el segundo se vincula a las reglas generales del ordenamiento jurídico.

Otra innovación estaría referida al caso en que en la primera publicación oficial de una norma se haya incurrido en una errata que varíe su sentido. En este supuesto la corrección de-

(88) Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 15 de abril de 1997, Página B-5.

berá realizarse mediante una nueva disposición del mismo rango y no bajo la forma de «fe de erratas».

Entre tanto, la Comisión Revisora del Código Civil continuaba con el trabajo encomendado.

Así, el lunes 21 de abril de 1997 tuvo lugar la Décimo Séptima Sesión Ordinaria de la Comisión, en la que se debatió sobre los efectos de la sentencia judicial que versa sobre la resolución de un contrato, esto es, si aquéllos se deben retrotraer a la fecha en que este último se concertó (celebró) o al momento en que surge la causal que motiva su resolución.

De otro lado, algunos miembros de la Comisión fundamentaron sus propuestas sobre los artículos del Código Civil que no han sido modificados. Entre ellos, el numeral 1378 que regula la aceptación formal de la oferta.

Al respecto, se acordó que dicho precepto debe interpretarse en sentido amplio, de modo que el oferente pueda establecer la forma en la que deba expresarse la aceptación, siempre que ésta sea lícita.

Además, se sometió a debate si la aceptación que no cumple con la forma que establece el oferente es válida o no, o si más bien constituiría una contraoferta. Luego de un intercambio de ideas, se concluyó en que la manifestación de aceptación tardía o la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

En lo relativo al artículo 1385 del Código Civil, que rige sobre la caducidad de la oferta, se acordó conceder al destinatario algún tiempo para decidir sobre su aceptación, ya que no sólo debe considerarse el plazo que demora en llegar la comunicación, sino que según la naturaleza de la operación y las circunstancias del caso, el destinatario requiere fijar pormenores, sopesar la oferta, informarse y tomar una decisión al respecto. En consecuencia, se propuso modificar los incisos 1º y 2º del citado numeral y suprimir el inciso 3º para establecerlo como parte de otro artículo, a saber, el numeral 1386, ya que la retractación de la declaración de oferta no es un caso de caducidad de la oferta.

De igual manera, en la Décimo Octava Sesión de fecha lunes 28 de abril de 1997 se discutieron los artículos sobre cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente.

Sobre el particular, se señaló que en el Perú no existe una autoridad administrativa que apruebe dichas cláusulas; por ello se propuso que fuese el INDECOPI.

El Doctor Alfredo Bullard precisó que a primera vista la Comisión de Protección al Consumidor parecería ser la instancia apropiada. No obstante —señala—, esta Comisión tutela a los consumidores finales, de modo que otras relaciones de consumo escaparían del ámbito de la Comisión.

Por otra parte, Bullard expuso las ventajas y desventajas que representaría la adopción de un sistema de aprobación administrativa previa, señalando que en su opinión este sistema no es conveniente, pues advierte que el mismo impone una serie de costos privados a las empresas y a los consumidores, toda vez que podría evitar la incorporación de ciertas cláusulas en el mercado que favorezcan la capacidad competitiva de la empresa. Por ejemplo, puede retrasar el lanzamiento de algún tipo de contrato especial de financiamiento que tenga un costo de oportunidad importante.

Y más aún —agrega—, dicho sistema genera costos públicos al Estado, el que deberá implementar una infraestructura para poder conseguir la aprobación previa de las cláusulas que se sometan a sus facultades.

Por su parte, el Doctor Martín Moscoso, igualmente funcionario del INDECOPI, expuso algunas experiencias del control **ex post** que realiza la Comisión de Protección al Consumidor.

En opinión del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, el sistema de control previo no es tan eficiente como el sistema de control posterior, pero el citado profesor entiende que las cláusulas generales de contratación deben ser aprobadas previamente a la formulación de la oferta. Así, el destinatario va a recibir una oferta compuesta por dos elementos: las cláusulas voluntarias y particulares de cada contrato y las cláusulas generales. Las primeras son elegibles de ser concertadas legalmente y las otras son obligatorias en virtud de la aprobación; por ello, consi-

dera que el Código Civil además de prever un sistema de control **ex ante**, debería permitir también un sistema de control **ex post**.

Entre otras consideraciones, se propuso crear una Sub-comisión que junto con los miembros del INDECOPI, analicen el tema y arriben a una conclusión.

Ya en la Décimo Novena Sesión, de fecha lunes 5 de mayo de 1997, la Comisión Revisora analizó los artículos 1395 del Código Civil, que regula la posibilidad de excluir las cláusulas generales aprobadas administrativamente, y 1398 que dispone la invalidez de las cláusulas vejatorias.

Al respecto, se propuso considerar como paritario al contrato del que las partes excluyan la incorporación a la oferta de determinadas cláusulas generales y se acordó cambiar la sanción de invalidez prevista en el artículo 1398 del Código por la de ineficacia, así como la sustitución de la palabra «excepciones» por «medios de defensa».

Por lo demás, cada miembro de la Comisión expresó su parecer en torno a propuestas de modificación anteriores.

De otro lado, en un artículo periodístico, el Doctor Jorge Muñiz Ziches⁽⁸⁹⁾ anunciaba la culminación de la revisión del Libro sobre Contratos⁽⁹⁰⁾.

(89) MUÑIZ ZICHES, Jorge. Artículo publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 12 de mayo de 1997, Página B-5.

(90) Pensamos que el Señor Presidente de la Comisión debe haberse referido a un futuro mediano, pero no inmediato, pues la Comisión estaba bastante lejos de culminar con la discusión y aprobación del Libro de Contratos – Parte General.

Ello puede confirmarse fácilmente de la lectura del Proyecto de Acta de los Acuerdos y Orden del Día de la Vigésima Sesión, de fecha lunes 12 de mayo de 1997, los mismos que transcribimos a continuación:

«ACUERDOS.

- Se acordó incorporar al Señor Doctor Max Arias-Schreiber Pezet como consultor de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, a fin de que proporcione sus aportes especialmente a la Subcomisión de Derecho de Familia y a los debates de los Libros en general.
- A pedido del Doctor Carlos Fernández Sessarego y, debido a la incorpora-

ción del Doctor Guillermo Velaochaga a los trabajos de la Comisión, el Señor Presidente relevó la responsabilidad del Libro de Familia al Doctor Carlos Fernández, quedando integrada la Subcomisión por el Señor Doctor Luis Delgado Aparicio, Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena, el Doctor Roger Rodríguez Iturri como consultor de la comisión y como asesor el Señor Doctor Alex Plácido y Enrique Varsi Rospigliosi.

ORDEN DEL DIA.

El Señor Presidente comenzó el debate de los artículos llegando a la siguiente conclusión:

Artículo 1372º.

El Señor Presidente sometió a votación la propuesta del Señor Doctor Hugo Forno Flores y su propuesta sobre Rescisión y Resolución del contrato a fin de especificar cuál se incluiría en el esquema del Libro.

Se explicó que el punto en discusión era si la resolución debía operar con efectos retroactivos, indicando que la sentencia tenía carácter constitutivo porque cuando ésta se dictaba se producía una resolución a la cual se le tenía que dar algún efecto retroactivo.

Señaló que la diferencia radicaba en determinar si la retroactividad se daba al momento de celebrarse el contrato o al momento de presentarse la causal.

Sin embargo, el Doctor Cárdenas Quirós consideró que no existía una coincidencia entre la calificación de la sentencia como constitutiva y la producción de efectos retrayéndolos en el tiempo. Asimismo especificó que en el caso de la resolución extrajudicial, los efectos debían producirse al momento en que era efectiva.

Planteó como propuesta la fórmula aprobada en la Universidad de Lima que señala que la resolución no tiene efectos retroactivos con excepción de los casos que por la naturaleza del contrato proceda a la restitución de las prestaciones.

El Señor Presidente comentó que la propuesta partía de la base que la sentencia tenía carácter declarativo lo cual le daba o no un efecto retroactivo. Señaló que analizando el tema, se había llegado a la coincidencia que en doctrina la sentencia es constitutiva por lo que la resolución sólo producía efectos con la sentencia.

El Señor Presidente señaló que se postergaría el debate del artículo hasta la próxima Sesión, donde el Doctor Cárdenas Quirós presentaría su propuesta sobre el presente artículo.

Observación N° 24.

Fue aprobada sin modificación señalando como fundamento que el artículo 1434 estaba referido a contratos plurilaterales con prestaciones autónomas.

Al momento de someter a votación el Doctor Fernández Sessarego propuso que los asesores y consultores también manifestaran su opinión con respecto al artículo, computando sólo los votos de los Miembros de la Comisión en la aprobación del mismo.

Artículo 1426º.

Señalaron que el artículo 1426 es una norma que tutela a cada una de las partes cuando éstas deben ejecutar simultáneamente, en el caso de que una de las partes no cumpla con la contraprestación la otra puede suspender su ejecución.

Sobre el debate del artículo propusieron que en la redacción se sustituyera la palabra 'contratos por relaciones obligatorias', compatibilizando

el texto del artículo con el concepto del contrato a fin de evitar discordancia.

El Doctor Hugo Forno señaló que cuando se hablaba de contrato se refería a un contrato que generaba una relación jurídica o una relación obligatoria u obligacional que tiene por objeto prestaciones recíprocas o autónomas. Señaló que si no se cambiaba la expresión no existiría coordinación entre cada uno de los artículos. Adujo que la utilización de la expresión contrato con prestaciones recíprocas podría llevar a considerar cuál es el objeto del contrato y las prestaciones.

Explicó que el contrato era una manifestación de voluntad cuya razón de ser era la creación de la relación jurídica (o relación obligatoria) y que una vez celebrado el contrato lo que seguiría subsistiendo sería la relación jurídica nacida del contrato.

Manifestó que la norma sostenía que cada una de las partes podía suspender la ejecución si es que la otra no ejecutaba o no daba garantía. Especificó que el problema no radicaba en la garantía ni en el pago sino en la simultaneidad puesto que la norma lo que pretende es que una de las partes pague, se ejecute íntegramente, o la ponga a disposición de tal forma que la otra parte pueda recibir simultáneamente la suya.

Otro de los miembros de la Comisión señaló que el satisfacer la contraprestación suponía ponerla a disposición previamente. Manifestaron que no era conveniente utilizar las expresiones 'satisfacer la contraprestación' y 'poner a disposición' puesto que esta última significaba que el deudor de la prestación hacía todo lo que estaba a su alcance para que el acreedor reciba la prestación.

Señalaron que para que se satisfaga se debería poner previamente a la disposición lo cual sería redundante.

El Señor Presidente encargó la redacción del artículo para la próxima Sesión al Doctor Hugo Forno Flores tomando en cuenta las ideas surgidas en la Comisión.

Artículo 1427°.

Señalaron que la redacción no era clara pudiendo traer confusión.

Se propuso utilizar la expresión reciprocidad para compatibilizarlo con el artículo anterior.

El Señor Presidente encargó de la redacción del artículo al Doctor Hugo Forno para dar cuenta en la próxima Sesión.

Artículos 1428°, 1429°, 1430°, 1431° y 1434°.

Los miembros de la Comisión señalaron que en los artículos antes mencionados se precisaría que lo que se resuelve es la relación jurídica obligacional creada por el contrato.

El artículo 1428° fue aprobado con la siguiente redacción: 'En los Contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución de la relación jurídica obligacional y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios, así como, en caso de resolución, el reembolso de los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación'.

Artículo 1429°.

Existió una posición en el debate que señaló que se debía suprimir el artículo. En caso de no optar por la supresión, sugirieron que se suprima la formalidad notarial y en lo que respecta al plazo de quince días, suprimir-

Entre las propuestas de la Subcomisión destacó la necesidad de contar con un precepto legal que establezca claramente que las estipulaciones contractuales no puedan ser modificadas por normas legales dictadas con posterioridad a la concertación del contrato.

De esta forma, precisó, los empresarios no calificarán las inversiones en nuestro país como de alto riesgo.

Por otra parte, en una entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el Doctor Felipe Osterling Parodi⁽⁹¹⁾ señaló que es partidario de una reforma hecha con absoluta prudencia, vinculada a cambios que sean esenciales y debidamente analizados.

la señalando que el plazo debía ser conveniente de acuerdo a las circunstancias.

Se llegó a la conclusión de que siempre que el acreedor perjudicado intente usar la disposición contenida en el artículo era porque existía una voluntad resolutoria, un interés de cumplimiento total. Señalaron que era un mecanismo para no optar por la jurisdicción para que declare resuelto el contrato.

Propusieron mantener el texto actual del Código sin modificación alguna. Surgió un problema de redacción al especificar que cuando se busca identificar a las partes que tienen derecho a la resolución, el artículo las menciona como la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra; siendo la intención del artículo brindar la posibilidad de resolución a la contraparte que ha cumplido.

Con respecto al plazo señalaron que debía determinarse un plazo que esté de acuerdo a las circunstancias, debiendo estar en interés con la parte que cumplió con el contrato. En lo que respecta a la Carta notarial, se propuso sustituirla por una comunicación fehaciente.

Señalaron que la utilidad del artículo estaba contenida en la posibilidad extrajudicial de resolver el vínculo y desligarse de la relación obligacional, confiriendo un derecho que no tendría ninguno si se suprimiera el artículo.

Se aprobó el artículo quedando redactado de la siguiente manera: 'En el caso del artículo 1428° la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante comunicación fehaciente para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo adecuado a las circunstancias, que no podrá ser menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, la relación jurídica obligacional queda resuelta. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, la relación jurídica obligacional creada por el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.' Sin otro punto que tratar, se levantó la Sesión.'

(91) OSTERLING PARODI, Felipe. «Código Civil: Sólo se debe modificar lo necesario». Entrevista publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 16 de mayo de 1997, Página B-10.

Considera, asimismo, que el factor tomado en cuenta para efectuar las modificaciones al Código Civil responde a una profunda tendencia académica⁽⁹²⁾.

- (92) En una entrevista realizada por la Revista Ius et Veritas (IUS ET VERITAS, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII, Número 14, junio de 1997. «¿Hasta dónde llegamos? En busca del Código Civil perfecto.» Conversación con el Doctor Felipe Osterling, sostenida por BALLEEN, Juan José, PULGAR VIDAL, Juan y REGGIARDO, Mario, Páginas 152 a 155.), puede apreciarse con mayor claridad el pensamiento del referido profesor y amigo.

En adelante, el texto de dicha conversación:

«¿Cuáles cree usted que son los problemas que se han detectado para hablar ahora de una reforma?»

Yo les contesto con toda sinceridad que no creo que se justifique una reforma integral del Código Civil de 1984. Pueden existir determinadas normas consignadas en el Código que podrían ser modificadas, pero ello no solamente ocurre en el Código peruano de 1984 sino con cualquier legislación, ya que toda obra de seres humanos es susceptible de ser perfeccionada.

Lo que me llama la atención es que cuando el Código Civil de 1984 tenía a duras penas 7 u 8 años de vigencia, y había sido muy elogiado en congresos internacionales que se habían realizado acá en el Perú, fundamentalmente organizados por las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad de Lima, se constituyeron comisiones integradas por distinguidos maestros universitarios, destinadas a revisar el Código para introducir en él modificaciones, y esto se ha cristalizado ahora mediante la constitución de una comisión oficial, una comisión reformadora, que yo no sé hasta qué límites va a llegar en la modificación del Código.

No deberían ir más allá de reformar algunos artículos que pueden juzgarse indispensables porque pueden obstaculizar el desarrollo económico y social en el Perú. Pero de allí a introducir una modificación sustancial, es crear un clima y un ambiente de inestabilidad jurídica en el Perú en un Código que recién está siendo estudiado por los juristas, magistrados, abogados, estudiantes universitarios; que recién está siendo objeto de fallos dictados por la Corte Suprema, o sea de ejecutorias supremas, y respecto del cual recién se está escribiendo. Hay materias del Código Civil respecto de las que nadie ha escrito, por ejemplo sobre derechos reales. En otras materias se ha escrito poco, o recién se está empezando a escribir, de tal manera que yo no veo una justificación a que exista esta tendencia académica destinada a tratar de modificar numerosas normas del Código Civil.

Entonces todo este apuro que se ve de pronto en una comisión y querer hacerlo incluso en un tiempo bastante corto, ¿a qué se puede deber? ¿a cuestiones políticas, intereses personales?

Yo creo que acá hay, con todo el respeto que me merecen los miembros de la comisión, una suerte de afán de protagonismo personal o en otros casos puede haber tentaciones académicas. Se ha dicho que el Código Ci-

vil de 1984 es un Código socializante, que entorpece las relaciones económicas en el Perú y eso es absolutamente falso. La prueba más evidente es que con este Código de 1984 hay, como le consta a todas las personas, una enorme afluencia de inversiones nacionales y extranjeras en el Perú. Les voy a poner un ejemplo. Se dice que el artículo 1355 del Código Civil es un artículo que está en conflicto con el artículo 62 de la Constitución de 1993 y que crea un clima de inestabilidad jurídica. No hay absolutamente nada más falso que eso. ¿Por qué? Porque el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Y a su turno el artículo 1355 dice que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato. Pero se trata de leyes previas al texto constitucional. Una vez que se ha celebrado el contrato, éste tiene que respetarse conforme al artículo 62. De tal manera que no hay obstáculo para la contratación según ambos preceptos. Se los traigo a modo de ejemplo porque es el caso que más frecuentemente se ha aducido como que puede entorpecer las relaciones contractuales en el Perú.

Siendo el Código Civil una norma tan importante, ¿no se le está dando a este Código una vida muy corta? ¿no deberíamos apuntar a un criterio de mayor duración?

Yo estoy enteramente de acuerdo con el planteamiento que ustedes me formulan, y les quiero decir que tan cierto es lo que ustedes expresan que permítame poner unos ejemplos. Es verdad que en los Códigos que voy a citar se han introducido determinadas modificaciones, pero modificaciones que han ido surgiendo poco a poco, en el curso de los años.

En Francia está vigente el Código de Napoleón desde el año 1804. El Código Español acaba de cumplir 100 años, es del año 1889; incluso acá hubo con motivo del centenario del Código español un certamen muy importante. El Código alemán, que es otro excelente Código, es del año 1900. El Código de las Obligaciones suizo del año 1911. El Código italiano es del año 1942.

En el caso de América Latina, los dos países que se encuentran más avanzados en materia civil son Argentina y Brasil. Argentina mantiene el Código Vélez Sarsfield desde el año 1871, es verdad que con reformas que se introdujeron en el año 1968 y con otras reformas paulatinas que han habido, pero sin desnaturalizar ni desvirtuar los alcances del Código.

Por otro lado tenemos al Código brasileño que es del año 1916, el cual tampoco ha tenido reformas fundamentales. De tal manera que yo considero que un Código Civil no entorpece el desarrollo social, económico, o tecnológico de un país. La generalidad de sus preceptos se adapta a las evoluciones que tecnológicamente surgen día a día.

Si tuviéramos que cambiar el Código cada vez que hay una evolución tecnológica, y como las evoluciones tecnológicas son de día en día, tendríamos que cambiar los Códigos también de día en día.

En consecuencia, yo estoy enteramente de acuerdo con el planteamiento que ustedes formulan, por eso es que veo un poco atónito el hecho de que exista este empuje para introducir modificaciones de tal naturaleza que, prácticamente, del Código Civil de 1984 quedaría el nombre y eventualmente un esqueleto. Se cambiarían todas las normas con las que recién se están formando los abogados, estudiantes universitarios, etc.

En ese sentido, una de las razones para la actual reforma es el cons-

tante desarrollo de las operaciones mercantiles en el devenir del tiempo. ¿Eso no causaría al mismo tiempo que un Código que introduce tipos contractuales fijos pueda caer muy fácilmente en el anacronismo?

Pero sin la menor duda. Yo le pongo casos concretos de la pregunta que me formulan. Vamos a hablar de los denominados contratos modernos. Hay muchos contratos que la vida mercantil está determinando que surjan permanentemente. Concretamente me viene a la memoria el contrato de arrendamiento financiero, que ha sido legislado por una norma específica. Pero existen otros contratos que están recién evolucionando, recién adaptándose. La mayoría de estos contratos modernos son contratos importados, no surgen en el Perú. Pero el hecho de que surja una nueva modalidad contractual no significa que se debe tratar necesariamente de un contrato nominado que se incorpore en el Código Civil; en todo caso se aplican la generalidad de las normas del Derecho Civil, y puede ese contrato tener sus leyes especiales hasta que se encuentre perfectamente sedimentado, hasta que esté perfectamente estructurado y recién en ese momento podrían ser incorporados en el Código Civil.

¿Pero qué urgencia hay, por ejemplo, de incorporar la Ley de Arrendamiento Financiero como parte del Código Civil?

Una discusión típica es si el Código Civil debe ser pedagógico o netamente técnico. ¿Cuál es su opinión al respecto?

En ese tema tenemos que buscar un justo término medio aristotélico. El Código no debe ser ni excesivamente técnico, ni excesivamente pedagógico. Le pongo como contraste dos Códigos, el antecedente inmediato del Código Civil de 1984, o sea al Código de 1936 y el antecedente mediano, que fue el Código de 1852. El Código Civil de 1852 fue un Código muy pedagógico, muy desarrollado, y el Código Civil de 1936 fue un Código excesivamente técnico, inclusive muchas de sus normas podían ser interpretadas solamente por juristas, ni siquiera por abogados debido al enorme tecnicismo que él tenía.

En el Código Civil de 1984 tratamos de buscar ese término medio, que fuera un Código pedagógico, pero no un Código reglamentarista, que a su vez no fuera un Código excesivamente técnico de modo tal que no tuvieran acceso a él los abogados, los magistrados o los estudiantes universitarios, quienes son fundamentalmente los que manejan un Código Civil.

¿Por qué se hizo la reforma del Código Civil de 1936? Porque nos basamos en un apotegma de uno de sus ilustres autores, el Doctor Manuel Augusto Olaechea, autor de la parte relativa a obligaciones y contratos, en el sentido que la ley debe enseñar. Eso decía el Doctor Manuel Augusto Olaechea, sin embargo el Código Civil de 1936 no fue un Código pedagógico. Por eso es que hemos buscado un término medio en el Código Civil de 1984. Le hablo concretamente sobre lo que es mi especialidad, el derecho de obligaciones. Nosotros hemos seguido en el Código Civil de 1984 la estructura del Código Civil de 1936, pero hemos desarrollado un poco más las instituciones con el propósito de darles mayor comprensión.

Los doctores Manuel de la Puente y Lavalle y Jorge Avendaño Valdez dicen que su ausencia es sentida actualmente por los miembros de la Comisión Reformadora. A juicio del Doctor De la Puente, usted como Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 fue el responsable de introducir la metodología que permitió su

promulgación. ¿Cuéntenos un poco cómo se trabajó en aquella oportunidad?

Permítanme en primer lugar agradecer muy sinceramente a mis apreciados amigos e ilustres juristas las expresiones que tienen hacia mi persona. Efectivamente, yo no soy miembro de la actual Comisión Reformadora del Código Civil, pero ese es un hecho que no depende de mí sino que depende del gobierno, que es evidentemente quien designa a los miembros. Yo siempre he expresado que estoy dispuesto a prestar cualquier colaboración en lo que es el tema de mi especialidad fundamentalmente, que es el derecho de obligaciones.

Al margen de ello, el Código Civil de 1984 tuvo una secuencia interesante. En 1965, siendo Ministro de Justicia el Doctor Carlos Fernández Sessarego, se nombró una comisión destinada a revisar y reformar el Código Civil de 1936, llamada genéricamente 'Comisión Reformadora'. Esta comisión yo empecé a presidirla a principios de la década del setenta como representante de la Corte Suprema de Justicia de la República. Y la empecé a presidir porque así me correspondía conforme a las normas legales vigentes. Yo me sentía abochornado, les confieso, de presidir una comisión integrada por brillantes juristas, empezando por el maestro José León Barandiarán o siguiendo con el maestro Jorge Vega García, pero la ley me confirió ese inmerecido honor.

Entonces trabajamos con mucha intensidad durante toda la década del setenta. No quisimos presentar el proyecto de Código Civil mientras hubiera un gobierno de facto en el Perú, y el gobierno de facto justamente termina a finales de la década del setenta. En ese momento ya prácticamente teníamos estructurado un proyecto de Código Civil. A ese proyecto se le dio una gran publicidad. Salió publicado en el diario oficial El Peruano, si mi memoria no me es infiel, tres veces, con el propósito de poder tomar todas las sugerencias que nos efectuara la ciudadanía. No hubo fórum al que no concurriéramos los miembros de la comisión reformadora, llámese Poder Judicial, Colegios de Abogados, Universidades e Instituciones especializadas en determinadas materias, con el objeto de expresar cómo estábamos concibiendo el Código y qué sugerencias podíamos recibir. Viajamos inclusive a provincias. Ello determinó que por una coincidencia, a mi juicio afortunada para la dación del Código Civil de 1984, yo fuera Ministro de Justicia entre los años 1980 y 1981, o sea, el primer Ministro de Justicia del Presidente Fernando Belaunde Terry. El Proyecto del Código Civil quedó concluido y fue entregado al Presidente del Congreso.

Este Proyecto de Código Civil que se sometió al Congreso de la República determinó que se nombrara una Comisión Revisora integrada por nueve miembros. La presidió el Doctor Javier Alva Orlandini y estaba integrada por 3 senadores, 3 diputados y 3 representantes del Ministerio de Justicia. Esta Comisión Revisora trabajó muy arduamente durante 2 años en el local del Ministerio de Justicia. Tuvo centenares de sesiones. La metodología que utilizaron fue ir debatiendo artículo por artículo y fundamentalmente ir invitando a los miembros de la Comisión. Ello determinó que el Proyecto de Código Civil tuviera algunas modificaciones que introducía la Comisión Revisora. No fueron modificaciones sustanciales, pero la Comisión Revisora lo afinó y lo perfeccionó. Esto determinó a su turno que una vez que estuvo satisfecho el Congreso de la República con el Proyecto final, se otorgara facultad delegada al Poder Ejecutivo con el propó-

Posteriormente, el Doctor Jorge Muñoz Ziches⁽⁹³⁾ refirió en una entrevista que la Comisión iniciará el debate del Libro de Derechos Reales. Entre las principales innovaciones –dijo– se

sito de que se promulgara el Código y, efectivamente, el Código Civil se promulgó el día 24 de julio de 1984, para entrar en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Este Código no ha sido fruto de la improvisación. Tan no ha sido fruto de la improvisación que yo puedo probar sin ninguna dificultad que en el año 1973, yo como ponente de la parte de derecho de las obligaciones ya tenía un proyecto, que fue un proyecto que se fue sedimentando, arreglando y que se incorporó finalmente al Proyecto de Código Civil de 1981, que dio origen al Código Civil de 1984.

Desde su punto de vista no es necesaria una reforma del Código Civil ¿No cree usted que al ser básicamente las mismas personas las que elaboraron el Código Civil de 1984 y las que conforman hoy en día esta comisión, esto no denota algo así como una falta de seriedad a un trabajo supuestamente bien hecho, tomando en cuenta el poco tiempo de vigencia del Código Civil de 1984?

No, yo no diría que es falta de seriedad. Yo lo que diría es que evidentemente quienes más título pueden tener para introducir reformas al Código son sus propios autores, quienes pueden percibir los aspectos que son susceptibles de mejorarse y de perfeccionarse.

El Derecho es algo que está en constante evolución, la norma jurídica está en constante evolución y evidentemente hay preceptos que pueden mejorarse. Pero la circunstancia de que hayan ciertos preceptos que puedan mejorarse en el Código y que determinen que pueda hacerse una revisión de algunas de sus normas no significa ni efectuar una modificación sustancial ni que vayan a cambiar mil artículos de los dos mil artículos del Código Civil o que eventualmente vayan a promulgar un nuevo Código.

Imagínense ustedes si se promulga un nuevo Código la sorpresa con que nos mirarían todos los juristas europeos y latinoamericanos que han venido a estos certámenes internacionales que han elogiado el Código Civil de 1984. De tal manera que yo aconsejo extremada mesura, prudencia y ponderación para introducir cambios en el Código vigente.

¿Hay algo más que desee agregar?

Quiero expresarles el orgullo que siento, como uno de los más antiguos profesores universitarios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, de la enorme inquietud académica de nuestros estudiantes, de los estudiantes de mi Facultad, porque la Universidad Católica es mi **alma mater**, de que exista esa inquietud intelectual entre los alumnos de la facultad y que exista una revista jurídica como *Ius et Veritas*, que a mi juicio tiene calidad internacional.

Han logrado un excelente medio de divulgación de las concepciones jurídicas a través de la revista que ustedes conducen, de tal manera que quería concluir expresándoles mis más afectuosas felicitaciones y mi orgullo como profesor de la Facultad, como ex-alumno de la Facultad y como abogado, por la labor que están ustedes realizando.»

(93) MUÑOZ ZICHES, Jorge. Noticia publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 19 de mayo de 1997, Página B-5.

halla la modificación de la clasificación de los bienes en corporales o incorporeales, registrables o no registrables, y la derogación de los preceptos sobre transmisión de propiedad, abandono del bien durante veinte años como causal para la terminación de la propiedad, entre otros.

De otro lado, en la Vigésimo Primera Sesión, de fecha 20 de mayo de 1997, la Comisión prosiguió debatiendo diversos artículos del Libro de Contratos - Parte General.

A estas alturas era evidente que se encontraba en pleno debate dicha parte del Código y que aún faltaba mucho para que la Comisión culminase sus labores sólo en este campo del referido cuerpo normativo⁽⁹⁴⁾.

(94) El texto del Proyecto de Acta de la mencionada sesión es el siguiente:

«El Señor Presidente señaló que en la presente se debatirían las propuestas presentadas sobre el artículo 1372º del Código Civil respecto a los efectos de la rescisión y resolución del contrato.

El Señor Doctor Manuel de la Puente y Lavalle asumió la Presidencia en el debate jurídico procediendo a leer las propuestas del Doctor Hugo Forno Flores; del Señor Doctor Carlos Cárdenas Quirós y del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle sobre el artículo 1372º.

Seguidamente se puso a votación para su aprobación; sin embargo algunos miembros presentes en la Comisión señalaron que no se podían aprobar los artículos puesto que no existía el quórum Reglamentario.

Sobre el artículo 1429º aprobado en la última Sesión el Señor Presidente señaló que en el debate no se dieron a conocer las razones por las cuales se aprobó la redacción del Código Civil actual, especificando que este artículo fue incorporado porque necesitaban introducir mecanismos necesarios para la solución de conflictos entre particulares a fin de dar certeza a relaciones jurídicas y evitar los procesos judiciales. Señaló que las ventajas que tenía el artículo era otorgar al deudor un plazo adicional al establecido en el contrato (15 días); pudiendo llevar a cabo la resolución del contrato sin necesidad de acudir al sistema judicial en caso de incumplimiento. Especificó que la reducción del plazo no podía darse por decisión unilateral.

Luego de la explicación, el Señor Presidente sometió a votación este artículo puesto que no se habían tomado en consideración los preceptos planteados saliendo a relucir el tema de falta de quórum por lo que el Señor Presidente de la Comisión Jorge Muñiz Ziches explicó a los miembros presentes que en la primera Sesión de fecha 28 de octubre de 1996 se acordó una cláusula que señalaba que en caso de no existir el quórum reglamentario, se podría sesionar y votar con el número de miembros que estuvieran presentes para no retrasar la tarea encomendada.

La votación del artículo 1429 quedó postergada para la siguiente sesión. Procedieron el debate con la lectura de la motivación 29º sobre la inclusión de un nuevo artículo (artículo 1429-A). Sobre este artículo manifesta-

ron la conveniencia de cambiar la frase 'escasa importancia' contenida en el artículo puesto que tenía un tipo de apreciación de orden subjetivo que podía dar lugar a imprecisiones.

El Señor Presidente señaló que la redacción propuesta estaba basada en no dar normas de aplicación rígida con la finalidad de evitar que se produzcan situaciones injustas.

Después de un arduo debate se dio por aprobado el artículo procediendo al debate de la motivación número 30 (artículo 1430-A), la cual fue observada sobre el párrafo que señala: '... deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días'. A fin de cambiar la frase por 'deberá dar noticia de manera fehaciente'. Posteriormente fue aprobado el texto original sin ninguna observación.

Sobre la motivación N° 31 (artículo 1432) señalaron que la frase contenida en el segundo párrafo correspondía a la 'Relación Jurídica Obligatoria'. Sobre este tema hubieron posiciones opuestas entre los miembros. Una de las cuales señalaba que, cuando la imposibilidad sobreviniera por culpa del deudor o del acreedor, ya no se hablaba de teoría del riesgo sino que se encontraban en el tema de responsabilidad.

Señalaron que no era adecuado que la frase 'a título de asunción de riesgo' se encuentre dentro del 1° y 2° párrafo proponiendo su exclusión del artículo. Explicaron que, en caso de imputabilidad del deudor, éste quedaba liberado de la prestación a su cargo porque ya no la podía cumplir por causas atribuibles a él debiendo perder el derecho a la contraprestación puesto que el acreedor no recibía nada a cambio, teniendo la obligación de indemnizarlo por haber faltado a la relación contractual.

Señalaron que en el caso del acreedor era una figura similar pero inversa. Explicaron que el deudor quedaba liberado de la prestación a su cargo pero debido al que tenía que recibirla (sic). Y si éste último motivó que el bien ya no pueda ser entregado podría darse que la relación obligatoria se resuelva al indemnizarlo al deudor.

Sugirieron la supresión de la frase asunción de riesgo debido a que se presta a confusión porque señala que la teoría del riesgo funciona cuando se produce una imposibilidad sobreviniente sin culpa de las partes.

Señalaron que el artículo 1432 como los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 1138 y los pertinentes a obligaciones con prestaciones de hacer y no hacer ya no se refieren a la teoría del riesgo sino a un tema de responsabilidad por culpa del deudor o del acreedor.

Manifestaron que una de las razones por la cual la frase no era correcta se debía a que lo que se aplica es una regla de responsabilidad que es asumir la carga como consecuencia de haber originado la imposibilidad sobreviniente de la prestación de cargo de la propia parte o de la otra.

Cuando se habla de teoría del riesgo, se restringe el riesgo que implica la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; a la imposibilidad de cumplir con la prestación; que sea sobreviniente y que se produzca cuando estamos frente a una situación, que no ha sido imputable a ninguna de las partes.

Señalan que la expresión tiende a generar el riesgo y a distorsionar el verdadero sentido del artículo 1432° generando el peligro de una confusión.

Uno de los miembros de la comisión señaló que si se suprimía la asunción de riesgo el artículo podría resultar redundante porque se dice que la relación jurídica obligacional creada por el contrato quedará resuelta. Señala si existiera algún efecto distinto que no sea que la prestación se extinga.

Mientras tanto, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Revista *Thémis* organizaron un Seminario entre los días 19 y 22 de mayo de 1997, en torno a la Reforma del Código Civil.

En dicho Seminario titulado: «Código Civil: Reforma o Enmiendas», participaron diversos profesores, cuyos planteamientos enriquecieron el debate jurídico sobre la materia.

Bajo esta perspectiva, el día miércoles 21 de mayo, cuando se abordó el tema de Derecho de Obligaciones, el Doctor Felipe

La otra posición del debate sostuvo que en todos los casos de imposibilidad existe un riesgo, siendo la regla general que, cuando la imposibilidad es imputable a ambas partes, es el deudor el que corre a cargo del riesgo. Señalaron que si aplicaba una regla igual tratándose de la prestación, cuando se hace imposible por ambas partes o por el deudor, se tenía que evitar el cargo al deudor.

Señalaron que la razón por la que el acreedor debía cumplir su prestación íntegramente era que se le traslade a él la asunción del riesgo debido a que era el que sufriría la consecuencia de imposibilidad.

Se acordó suprimir en el artículo 1432 tanto en el 1º y 2º párrafo 'a título de asunción de riesgo'.

Señalaron que puede reemplazarse el 1º párrafo por pierde el derecho a la contraprestación y en el 2º por conserva el derecho a la contraprestación, no llegándose a ningún acuerdo sobre este aspecto.

Sobre el debate del artículo 1435º el Señor Presidente explicó que la redacción evitaba que el cesionario interpusiera excepciones o que se oponga a cumplir determinadas obligaciones que puedan surgir. Especificando que no se refería a las obligaciones principales sino las de segundo grado, manifestando que al cumplirse el contrato, las obligaciones correspondían al cedente y no al cesionario.

Señalaron que era conveniente aclarar qué tipo de efectos tenía para que se entienda el artículo. Acordaron que el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle presentaría una redacción sustitutoria.

El debate de la observación N° 34 (artículo 1436º) fue aprobada sin observaciones así como también la observación N° 35 (artículo 1440); N° 36 (ubicación de artículos 1441 y 1442); N° 37 (artículo 1443) y la N° 38 (artículo 1445).

Sobre la observación N° 39 (artículo 1446) se acordó que la Doctora Elvira Martínez Coco presentara una nueva redacción del artículo en coordinación con el Doctor Nelson Ramírez.

La observación 40º (artículo 1450); N° 41 (artículo 1456) y N° 42 (artículo 1473) fueron aprobados sin modificación alguna.

También se encargó la redacción de un texto sustitutorio de la observación N° 43 (artículo 1477) a la Doctora Elvira Martínez Coco manteniendo el esquema que utiliza el Código vigente.

Sin otro punto que tratar se levantó la sesión.*

Osterling Parodi inició su ponencia cuestionando seriamente la real necesidad de una reforma integral al Código.

En su opinión, el Código Civil de 1984 en nada ha entorpecido el desarrollo social y económico del Perú, pues sus normas, en rasgos generales, se adaptan a la realidad que vive nuestro país. Se trata –dijo– de un Código que no ha sido fruto de la improvisación y que está empezando a sedimentarse.

En tal sentido, expresó que si el Código Civil vigente fuese derogado o se introdujeran en él modificaciones sustanciales, se correría el riesgo de crear en el Perú un enorme margen de inseguridad jurídica.

En ese mismo foro, al hacer uso de la palabra, manifesté –en rasgos generales– mi posición contenida en la carta que remitiera al Presidente de la Comisión de Reforma, no aceptando la invitación que se me había formulado para ser Asesor de la misma.

Gracias a Dios, y a pesar de temer sobre la reacción que adoptaría el Auditorio ante mi propuesta, ella tuvo la mayor acogida y recibí un inesperado e inusitado número de adhesiones. Por lo demás, dicha Ponencia tuvo un título, que es el mismo de esta obra: «Tentaciones Académicas».

Por otra parte, debemos recordar, en otro sentido, que el Doctor Enrique Chirinos Soto⁽⁹⁵⁾ se pronunció sobre la dimisión del Doctor Arias-Schreiber al cargo de representante del Poder Ejecutivo ante la Comisión de Reforma al Código.

En opinión del Doctor Chirinos Soto, lo que determinó la renuncia de Arias-Schreiber a la Comisión fue la santidad que asiste actualmente a los contratos, en virtud del artículo 62 de la Constitución.

Chirinos Soto afirma que el Doctor Arias-Schreiber y quienes denomina –de forma poco cortés– como «los suyos» quieren

(95) CHIRINOS SOTO, Enrique. Santidad de los Contratos. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 20 de mayo de 1997, Página A-2.

que el Estado pueda alterar los contratos, so pretexto de brindar apoyo a la parte débil de los mismos.

En su opinión –cargada de injustos adjetivos peyorativos–, la intervención del Estado para suprimir o reducir la autonomía de la voluntad constituye un acto que está «de espaldas a la historia».

Días más tarde, el Doctor Arias-Schreiber⁽⁹⁶⁾ escribe un artículo sobre el numeral 62 de la Constitución, que fue una alturada respuesta al artículo precedente.

Al respecto, afirma que no hay contradicción alguna entre el numeral citado y el 1355 del Código Civil, el mismo que si bien consagra el derecho del Estado a establecer normas imperativas en aras de un interés superior, no desconoce la fuerza ni el valor de los derechos adquiridos ni el respeto por la palabra empeñada.

Asimismo, Arias-Schreiber precisó que la Comisión de Reforma no ha acordado la modificación total del Código, sino una Ley de Enmiendas y que su renuncia obedece a razones personales ya superadas. Por ello –afirma–, «para desconuelo de quienes desde el anonimato y las sombras pretenden distorsionar su imagen de ciudadano que cree en la empresa privada y el valor de la palabra dada, continuará como consultor de la Comisión».

Pero pocos días después un acontecimiento hirió gravemente al Proceso de Reforma iniciado en 1994 y revitalizado a inicios de 1997: la injusta y arbitraria destitución por parte del Congreso de la República de tres de los siete Magistrados del Tribunal Constitucional; la Doctora Delia Revoredo Marsano de Mur y los Doctores Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry, en la madrugada del jueves 29 de mayo de 1997, día en el cual pocas horas después fueron publicadas dichas resoluciones en el Diario Oficial «El Peruano».

(96) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. El Artículo 62 de la Constitución. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el 23 de mayo de 1997, Página A-2.

Adicionalmente, el Doctor Muñiz fue designado Presidente de la Comisión encargada de seleccionar a los nuevos postulantes al referido Tribunal, incómodo encargo al que renunció unos días más tarde, –supongo– para tratar de evitar el inminente y previsible colapso de la Comisión de Reforma al Código Civil que él también presidía.

La destitución de los Magistrados, hecho que destrozaba la institucionalidad democrática en el Perú, motivó que en esa misma fecha renunciara a seguir integrando la Comisión, su Presidente Honorario, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, acto que siguió la inmensa mayoría de miembros de la Comisión, al extremo que de trece integrantes, sólo quedaron cinco (tres Congresistas y dos representantes del Poder Ejecutivo).

Dichas renunciaciones –que nunca fueron hechas públicas ni aceptadas por el Ministro de Justicia, cual «efecto dominó», acrecentaron la de un número apreciable de Consultores y Asesores.

Confieso que –a pesar de que los motivos de estos profesores fueron otros que los míos–, en ese momento me dejé de sentir tan solo pues ahora éramos más los profesores convocados que no formábamos parte del Proceso de Reforma, que quienes permanecían en él.

Nadie es dueño del futuro, ni mucho menos se le puede predecir (menos aún en nuestro Perú), pero lo que resultaba evidente es que un Proceso de Reforma no podía continuar en ausencia de los profesores más insignes y representativos del Derecho Civil Peruano; a pesar de que seguían siendo miembros de la Comisión varios grandes civilistas y amigos de quien escribe estas páginas.

Ahora bien, no deja de resultar preocupante que el Congreso de la República, dentro de las innumerables nuevas Comisiones de trabajo para el período anual de sesiones 1997-1998, haya creado una con el nombre de «Comisión de Reforma de Códigos», presidida por el Doctor Jorge Muñiz Ziches e integrada por los Señores Congresistas, Doctores Javier Noriega Febres, Oscar Medelius Rodríguez, Martha Chávez Cossío de Ocampo, Miguel Velit Núñez, Jorge Avendaño Valdez, Rolando Breña Pantoja y Lourdes Flores Nano.

No creemos que esta Comisión del Congreso, dadas las altas calidades de sus integrantes, vaya a fomentar la inestabilidad jurídica en el país, volviendo a reformar los cuerpos normativos más importantes que tiene el Perú; así como tampoco creemos que se retorne al propósito de la modificación integral del Código Civil, por medio de la Comisión especial que quedó desintegrada⁽⁹⁷⁾.

En estos casos, abstenerse de actuar sería un punto muy valioso para esa Comisión y para todo el país, que le estaría sumamente agradecido.

Por otra parte, la serie de irregularidades que ha vivido y vive el Perú desde la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional, hacen que éste no sea el momento idóneo para reformar y poner en vigencia una Ley de Enmiendas o un nuevo Código Civil. Se correría el peligro de que su duración vaya de la mano con la del régimen⁽⁹⁸⁾.

(97) En esta obra, nos abstenemos de formular cualquier comentario respecto al reinicio de labores de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, pues desconocemos –más allá de las informaciones periodísticas o comentarios informales de profesores amigos– cómo, cuándo, por qué y para qué volvió a entrar en funciones algunos meses después de la renuncia masiva. Por ello no podemos emitir opinión sobre el particular.

(98) El sentir del medio jurídico nacional, y muy representativo, por tratarse de un intachable hombre de Derecho y quien fue –además– el creador e impulsor de este Proceso de Reforma al Código Civil, Doctor Carlos Fernández Sessarego, fue expresado a raíz de una entrevista publicada el 20 de julio de 1997 en el Diario «El Comercio» (Entrevista al Doctor Carlos Fernández Sessarego, titulada «Se está destruyendo la institucionalidad democrática», efectuada por el Señor Manuel Cisneros Milla, publicada en el Diario «El Comercio», Suplemento «El Dominical», del 20 de julio de 1997, Páginas 4 y 5).

De ella, extraemos las cinco preguntas y respuestas más ilustrativas:

«Desde un punto de vista estrictamente jurídico, ¿qué opinión le merecen los dos últimos acontecimientos que han conmovido al país? Me refiero a la desnacionalización del mayor accionista del Canal 2 y al espionaje telefónico.

Son actos o hitos de un proceso de demolición de las instituciones democráticas del país, con los que se desconoce la Constitución y se atropella los derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, no se pueden juzgar independientemente sino dentro de su contexto.»

«¿Cómo empezó este proceso?

Con explicable signos de autoritarismo, dada la etapa difícil que vivió el país en los primeros años de esta década en la que se tuvo que combatir

Así, durante la labor de la Comisión tuvieron lugar veintidós (22) sesiones⁽⁹⁹⁾.

al terrorismo y a la inflación. Este autoritarismo se ha ido acentuando con el transcurrir del tiempo, habiéndose llegado a un punto de quiebre del Estado de Derecho para ingresar a una dictadura en cuyo umbral considero que estamos situados. Esto es muy peligroso, porque al igual que en un plano inclinado es difícil volver a la situación anterior.»

«¿Y dónde estuvo el punto de quiebre?»

En la destitución, por el Congreso, de tres magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual constituyó un acto escandaloso, carente en lo absoluto de sustento jurídico y en el que se conculcaron todas las reglas del debido proceso y se demostró, una vez más, que la mayoría es dócil a los mandatos del Ejecutivo. A partir de este vergonzoso acto, me atrevería a decir que se cierra la etapa autoritaria para ingresar, lamentablemente para el país, en el umbral de una dictadura, donde el futuro es oscuro e incierto.»

«Como un espectador de la vida política del país en los últimos 50 años, ¿con qué régimen o época le encuentra similitud a este gobierno?»

Ha habido primaveras democráticas, una muy breve cuando era presidente ese gran patricio que fue José Luis Bustamante y Rivero y las que presidió ese honorable ciudadano que es Fernando Belaunde Terry. Hemos vivido dos gobiernos dictatoriales, el de Odría y el de Velasco. A estos dos últimos se les parece más, lamentablemente, este gobierno; aunque el primero se caracterizó, en el fondo y en un primer momento, por su reacción antiaprista y por mantener las estructuras económico-sociales del país; y el segundo, por sus ideas socializantes, muy respetables aunque equivocadas en muchos aspectos. Este gobierno ha optado por el más radical pragmatismo, que es la negación de cualquier principio jurídico o moral. El pragmático actúa según su conveniencia, al margen de los principios. En esta situación se carece de rumbo.»

«¿Sería la peor dictadura de estos últimos 50 años?»

Estamos, muy a mi pesar, en este camino, salvo que se produzca un inesperado vuelco de 180 grados en la conducción política del país.»

(99) La relación de dichas sesiones es la siguiente:

La sesión de instalación se realizó el 8 de agosto de 1996.

1. Sesión Ordinaria, 28 de octubre de 1996.
2. Sesión Ordinaria, 4 de noviembre de 1996. Sesión Conjunta de la Comisión Revisora del Código Civil y Código de Comercio, 7 de noviembre de 1996.
3. Sesión Ordinaria, 11 de noviembre de 1996.
4. Sesión Ordinaria, 18 de noviembre de 1996.
5. Sesión Ordinaria, 2 de diciembre de 1996.
6. Sesión Ordinaria, 16 de diciembre de 1996.
7. Sesión Ordinaria, 8 de enero de 1997.
8. Sesión Ordinaria, 15 de enero de 1997.
9. Sesión Ordinaria, 20 de enero de 1997.
10. Sesión Ordinaria, 10 de febrero de 1997.
11. Sesión de Instalación, 12 de febrero de 1997.
12. Sesión Ordinaria, 24 de febrero de 1997.
13. Sesión Ordinaria, 10 de marzo de 1997.
14. Sesión Conjunta: Código Civil, Código de Comercio y Ley General de

Sociedades, 24 de marzo de 1997.

15. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 7 de abril de 1997.
16. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 14 de abril de 1997.
17. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 21 de abril de 1997.
18. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 28 de abril de 1997.
19. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 5 de mayo de 1997.
20. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 12 de mayo de 1997.
21. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 17 de mayo de 1997.
22. Debate del Libro IV del Código Civil: Contratos - Parte General, 26 de mayo de 1997.

CAPITULO II

MI POSICION FRENTE AL PROCESO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL PERUANO

Como puede apreciarse en el Capítulo I, a partir de 1992 surgen diversas posiciones en torno al tema de la eventual reforma del Código Civil Peruano de 1984, las mismas que paso a reseñar:

- (a) La de estudiar y revisar el Código Civil de 1984, planteando un Anteproyecto de Ley de Enmiendas que sea discutido y aprobado por el Congreso de la República.

Esta posición fue originalmente sostenida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y promovida por el Doctor Carlos Fernández Sessarego. Luego se oficializó con la Constitución de las Comisiones formadas a través de las Leyes N° 26394 y N° 26673.

A este planteamiento se adhirieron públicamente los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Muñoz Ziches (su actual Presidente), Yuri Vega Mere, Enrique Varsi Rospigliosi, entre otros.

- (b) La de abrogar el Código Civil de 1984, restablecer la vigencia del de 1936, y constituir una Comisión que se encargue de proponer las reformas que sea necesario efectuar a este último cuerpo normativo.

Esta posición, como ha sido señalado, es sostenida por los Doctores Manuel Pablo Olaechea du Bois y Enrique Chirinos Soto.

- (c) La de elaborar un nuevo Código Civil «novedoso y revolucionario».

Esta posición ha sido esgrimida por los Doctores Alfredo Bullard Gonzales y Fernando de Trazegnies Granda.

- (d) La de constituir una Comisión Permanente de juristas –siguiendo el modelo español–, para que cada diez años proponga al Congreso de la República las modificaciones que juzgue indispensable y pertinente introducir en el Código Civil, teniendo en consideración los avances de la doctrina y jurisprudencia.

Esta posición fue sostenida en el año 1994 por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

- (e) La de no llevar adelante un proceso de reforma integral del Código Civil de 1984; profundizar el estudio académico y doctrinario del mismo y a través de este proceso, y de la mano con la jurisprudencia, darle el más adecuado sentido y armonía de conjunto a sus diversas normas.

Este parecer fue sostenido –originalmente– por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle; y al mismo se adhirieron de manera pública o implícita los Doctores Felipe Osterling Parodi, Fernando Vidal Ramírez, Jorge Avendaño Valdez, Jack Bigio Chrem, entre otros destacados profesores.

El Doctor Fernando de Trazegnies, en un inicio, también fue partidario de esta postura.

Estas son, en síntesis, las corrientes de opinión que a partir de 1992 surgieron sobre el tema de la eventual reforma de nuestra codificación civil.

Soy ferviente partidario de la posición consagrada en el literal (e).

Los Códigos son complejos orgánicos de normas que abarcan toda una rama del Derecho; por tanto, no son recopilaciones de leyes –ya por sí mismas eficaces–, sino leyes propiamente⁽¹⁰⁰⁾.

(100) En ello y en su amplitud difieren de los llamados textos únicos que reco-

Los Códigos, por cierto, no abarcan la totalidad de la vida social, pero siguen siendo receptáculo de los principios generales del sistema, los indicadores de su clima, en tanto las leyes especiales funcionan como **addenda** y errata de los Códigos; resultando así necesarias pero no suficientes para informar al sistema.

El Código Civil, más allá del conservadurismo, como exponente de nuestra tradición jurídica romano-germánica no es todo el Derecho Civil y mucho menos la traducción o representación material del Derecho, ni en sentido lato, ni en sentido estricto. El Código Civil, aquí y en todas las latitudes que siguen el mismo sistema jurídico, no deja de ser tan sólo el conjunto coherente y unitario de normas que regulan los hechos más importantes de la vida del hombre. Su importancia radica en el punto de que a diferencia de lo que acontece con otros Códigos y leyes que nos rigen, sus preceptos interesan a todas las personas, sin excepción alguna; de allí, su función de marco estructural de la normatividad civil.

De lo expuesto resulta claro por qué el Código Civil debe tener vocación de permanencia.

El progreso en Derecho no significa necesariamente cambio en las leyes, pues de ser esto así, ante la avasallante aparición de normas promulgadas en los últimos años, seríamos —jurídicamente hablando— el «cuarto pilar» del sistema romano-germánico, compartiendo honores con el Código Napoléon, el Código Alemán (B.G.B.) y el Código Italiano de 1942. Pero ello no es así; no porque le falte antigüedad a nuestro Código Civil, sino que el progreso se mide por el avance social de una determinada Nación, sus condiciones de vida, el acceso al trabajo, la cultura, su desarrollo industrial, etc.; y no por modificaciones ni cambios en las leyes —las más de las veces ni siquiera sustanciales—.

Tal vez avanzaríamos más con una mayor estabilidad jurídica, con normas relativamente sólidas y permanentes en el tiempo.

gen o reordenan las normas, aún en vigor, de diversas leyes relativas a una misma materia: el texto único tiene fuerza propia y autónoma, sólo de modo excepcional (cuando el órgano que coordina las leyes tiene el poder de modificarlas); en principio, y por el contrario, se trata sólo de una recopilación de normas ya vigentes e inmutables.

El cambio no es ni bueno ni malo en sí mismo; es más bien aquello por establecer y lo establecido lo que resulta bueno o malo.

Hay que tener siempre presente que aquello materia de tutela son personas, no postulados académicos que vayan en detrimento del todo social o que sean ajenos al mismo.

De momento, en lo que lleva de vida nuestro Código Civil, ningún avance novedoso, tecnológico, científico o jurídico, constituye –en mi opinión– fundamento suficiente para alterar su sistemática, coherencia o plantear su reformulación integral inmediata.

Si bien es cierto que el Código Civil de 1984 contiene diversas deficiencias, éstas no son más que las contenidas por otros cuerpos legislativos de mucho respeto en nuestra tradición jurídica. Su orientación ideológica –considero– es la de su tiempo y la de sus autores. Ninguno de quienes redactaron el Código que hoy nos rige profesaba o profesa la ideología marxista. Lo que ocurrió, es que el Código de 1984, en algunas –sólo algunas– de sus normas, sobre todo aquellas de materia contractual, tomó las enseñanzas de la generalidad de autores de la segunda mitad de este siglo, proclives a una moderada intervención estatal. Pero el grado de intervencionismo del Estado en la contratación privada, que tal vez tiene sus ejemplos más saltantes en la regulación de las cláusulas generales de contratación, de los contratos por adhesión, y la posibilidad de revisar los contratos por causa de lesión –con la presencia de un elemento objetivo y dos subjetivos–, o de excesiva onerosidad de la prestación, no fue avasallador. Por ejemplo, el Código de 1984 nunca contempló el tema de los contratos forzosos –éste sí baluarte del socialismo–, así como –por otra parte– se ocupó detenidamente en el Libro de Derecho de Obligaciones de precisar y dar rango de Ley a las diversas cláusulas valoristas y a la contratación en monedas extranjeras, cuya tenencia y posesión recién ha sido elevada a rango constitucional por la Carta Política de 1993.

El grado de intervencionismo estatal contenido en el Código Civil Peruano de 1984, no es más que aquél que aceptaron Planiol y Ripert, Messineo, Enneccerus, los Mazeaud, Josserand o cualquier otro de los grandes autores cuya consulta ha resul-

tado obligada por los abogados peruanos y de todos los países de nuestra tradición jurídica a lo largo de este siglo.

Por otra parte, el Código Civil de 1936 fue un excelente Código.

Es más, sirvió de base fundamental para la elaboración de aquel que lo sustituyó. Adicionalmente cabe precisar que muchos de sus preceptos y principios han pasado inalterados a su sucesor de 1984. Pero el actual cuerpo legal incluyó algunas figuras e instituciones que recién aparecían al entrar en vigencia el Código Civil derogado o que tuvieron su evolución en años posteriores, tales como la ya mencionada excesiva onerosidad de la prestación, el contrato por persona a nombrar o el contrato en favor de tercero. Igualmente, se sistematizaron de manera más adecuada otras figuras e instituciones que ya contemplaba el Código de 1936, como es el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, para citar sólo un ejemplo cercano a mis áreas de preferencia académica.

Dentro de tal orden de ideas, cabe formularnos la siguiente interrogante: ¿Por qué si el Código Civil de 1984 constituyó un avance respecto al de 1936, ha sufrido en tan corta vigencia –menos de catorce años– tantas enmiendas?

En adelante esbozaré algunas ideas sobre el particular:

(a) El aspecto político e ideológico.

La política de reforma que emprendió el Gobierno a partir de 1990, para facilitar el manejo del Estado y fomentar el desarrollo integral del país, constituye –en mi opinión– la razón principal por la que –paulatinamente– se han modificado diversos preceptos del Código Civil.

Fruto de dicha política es la dación de una serie de normas legales que significaron modificaciones al Código Civil de 1984. Es el caso del Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario; el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; la Ley N° 25291; la Ley N° 25372; el Decreto Ley N° 25878; la Ley N° 26189; el Decreto Supremo N° 110-92-EF; el Decreto Legislativo N° 770, Ley General de

Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (posteriormente modificado por la Ley N° 26702, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 9 de diciembre de 1996), entre otras, que encuentran su punto cumbre en la Constitución Política de 1993.

No obstante, cabe precisar que ninguna de las normas citadas ha traído cambios fundamentales en la orientación o metodología del Código Civil de 1984.

(b) La Convención sobre los Derechos del Niño.

Con fecha lunes 20 de noviembre de 1989 fue aprobada por unanimidad, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño. El 3 de agosto de 1990, el Perú aprobó ese documento mediante Resolución Legislativa N° 25278. En octubre de ese mismo año se incorporó a nuestra legislación nacional con rango de norma constitucional. Tal como consta en una Separata Especial del Diario Oficial «El Peruano», de fecha lunes 20 de septiembre de 1993, «al ratificar la Convención, el Perú se comprometió a promocionar y proteger los derechos en ella consagrados. Para ello debía redactar un nuevo Código para la infancia. El Gobierno del Presidente Alberto Fujimori, mediante Resolución Ministerial N° 505-92-JUS, del 14 de noviembre de 1992, creó la Comisión Encargada de Elaborar el Código de los Niños y Adolescentes.»

El Diario Oficial agrega en dicha Separata que «El trabajo de la Comisión culminó con la promulgación del Decreto Ley N° 26102, el 24 (sic: es 28) de diciembre de 1992, o Código de los Niños y Adolescentes.»

Por nuestra parte, debemos señalar que la promulgación de dicho Código trajo como consecuencia la aclaración, derogatoria o modificación de diversos artículos del Código Civil.

Consideramos que dicho cuerpo legal (el Código de los Niños y Adolescentes) encierra una serie de contradicciones, además de ser impreciso en lo referente a las normas del Código Civil que modifica. Esta situación ha traído, sin duda, muchos problemas en la aplicación de ambos instrumentos legales.

De otro lado, la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes reabrió la vieja discusión de si conviene o no sustraer toda la normatividad referente al Derecho de Familia del Código Civil, por considerar que ésta es un área del Derecho muy especial y que –en tal sentido– debería tener una regulación privativa.

Quienes abogan por tal separación reconocen preeminencia al Derecho de Familia por sobre todas las demás áreas del Derecho Civil, en especial la relativa al Derecho Civil Patrimonial (Reales, Obligaciones y Contratos).

Nada más absurdo.

El Derecho Civil es un todo orgánico.

Desde Roma sabemos que este Derecho es el que está destinado a regular la integridad de la vida de los particulares. Es clásica ya la concepción de que el Derecho Civil regula todas las etapas de la vida de los seres humanos, desde su nacimiento hasta su muerte, pasando por sus relaciones obligatorias con los demás individuos de su especie y los derechos que adquiere sobre los bienes terrenales. El argumento combatido por nosotros es sumamente deleznable. Bastaría sostener que las mismas consideraciones son aplicables a las normas de Derecho de Personas, o a Reales. Bajo esta óptica, el Código Civil debería ser reemplazado por tantos Códigos autónomos como cuantos Libros se contienen en él.

La unidad del Derecho Civil debe ser preservada. Los ímpetus desintegradores deben frenarse y comprender que tienen por límite el respeto a las demás áreas del Derecho⁽¹⁰¹⁾.

(101) En este sentido, compartimos las palabras del Doctor Enrique Varsi Rospigliosi (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Descorazonando al Código Civil. Artículo publicado en el Diario «El Comercio», el día 18 de septiembre de 1996, Página A-2), en el que abunda en sólidos argumentos contrarios a esta peregrina idea.

En adelante las expresiones del Doctor Varsi:

«El Derecho Civil regula la existencia, relaciones y consecuencias naturales y sociales del ser humano por excelencia. Todo Código Civil consagra los aspectos fundamentales de la vida social siendo la familia el eje cen-

(c) **La Reforma legislativa operada en el Derecho Procesal Civil.**

Durante décadas se afirmó que era necesario reformar el Código de Procedimientos Civiles de 1912 –no estoy convencido de que ello haya resultado imprescindible–. Pero fue durante el Gobierno del Presidente Fujimori que se tomó la decisión política de llevar adelante dicha reforma. Es así

tral (célula básica de la sociedad) y por tanto fuente de interés principal para el mismo.

Es función del Derecho de familia normar las relaciones de las personas unidas por matrimonio, filiación o parentesco. Como tal conjuga un doble interés privado y público, independientemente de sus características inherentes, como la influencia moral, religiosa, ética, la restitución a la autonomía de la voluntad, el carácter natural y su fin tuitivo.

Partimos de este planteamiento a propósito del Proyecto de Ley presentado a la Comisión de Justicia del Congreso que propone crear una Comisión encargada de la elaboración de un Código de Familia.

Recordemos que desde los inicios de la codificación, la Familia siempre ha estado en los Códigos Civiles (antecedente: El Code Francés de 1804). Es recién en el primer decenio de los novecientos que la URSS reguló el Derecho de Familia de manera independiente, sumándose, posteriormente, Costa Rica, Bolivia, Cuba, Checoslovaquia, Rumanía, Polonia, Hungría y la República Popular China, con sus respectivos Códigos de Familia.

Este criterio fue seguido por un ideal publicista y social (ideológico-político), considerando la necesidad de un Código especial sobre la materia, en razón que la familia, dada su peculiaridad, complejidad e importancia debía contar con normas típicas y singulares, tanto substantivas como adjetivas.

Sin embargo, tomando el planeamiento liminar, el Derecho de Familia debe estar y permanecer en el Código Civil por ser la esencia y razón del mismo. Esto no desdice la realidad acerca de la necesidad de leyes complementarias que integran y regulan, de manera detallada, algunas de sus instituciones.

Así, en nuestro sistema las normas generales de familia no están exclusivamente consagradas en el Código Civil sino también en otras leyes (Código de los niños y adolescentes y la Ley contra la violencia familiar), sistema intermedio que permite regular adecuadamente a la familia, sin vulnerar los postulados del Código Civil.

Ello es una suerte de descodificación que implica la regulación especial de determinadas instituciones de un Código, y como labor constructiva y metodológica, se extraen algunas para regularlas a plenitud. Esto es aplicable cuando los Códigos se desligan de la realidad o cuando es imposible normar cabalmente, dada su especialidad. Algunos Códigos, como el nuestro, prevén esta figura cuando contemplan las denominadas disposiciones de remisión. En este caso, la descodificación no puede ser utilizada para extraer todo un Libro del Código Civil, máxime si éste es el corazón o la estructura del mismo, so pretexto de ordenar, unificar o modernizar las normas que regulan las relaciones del Derecho Familiar.

que, no sin varios tropiezos que obligaron a que su entrada en vigencia sufriera sucesivas postergaciones, nos rige a partir del 28 de julio de 1993 un nuevo Código Procesal Civil⁽¹⁰²⁾.

Naturalmente, producida una reforma legislativa en materia procesal, fue necesario efectuar algunas precisiones y/o modificaciones al texto sustantivo, sobre todo teniendo en cuenta que este último había incursionado en materias de procedimiento a lo largo de su articulado.

Pero en adición a los cambios que el nuevo Código Procesal Civil efectuó en el Código Civil de 1984, en materia adjetiva, se dieron algunas disposiciones de fondo sobre ciertas normas, tales como son los casos de las garantías reales, del pago por consignación, de la rescisión y resolución de los contratos, de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, del derecho de retracto y de muchos otros supuestos. Recuerdo que algunos de los más representativos legisladores del Código Civil de 1984 –privadamente–, se manifestaron opuestos a que a través de un Código de Procedimientos se modificaran normas sustantivas. Sin embargo, esta posición no prevaleció.

(d) La Ley General de Arbitraje.

A través del Decreto Ley N° 26102, publicado en el Diario

Somos partícipes de una reformulación de los principios que inspiran las normas familiares en nuestro sistema, ya que los cambios sociales y biotecnológicos han desfasado la realidad legal (matrimonios masivos, nuevas formas de adopción y de uniones de hecho, técnicas de reproducción humana asistida, ADN y paternidad). Revisemos en todo caso el propio Código Civil.

Un Código de Familia desnaturalizaría la esencia propia del Derecho Civil y del Código respectivo, pues en él se cautelan las relaciones privadas, siendo la Familia la principal.»

- (102) Los dispositivos legales a través de los cuales se dio la mencionada reforma procesal en nuestro país están agrupados en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por R.M. N° 010-93-JUS; Decreto Legislativo N° 768; Decreto Legislativo N° 767; Decreto Ley N° 25940; y Decreto Ley N° 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993.

Oficial «El Peruano» el 29 de diciembre de 1992, se abrogó el Título XI de la Sección Segunda del Libro de Fuentes de las Obligaciones, relativo a la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

A su vez, este Decreto Ley ha sido modificado por la Ley N° 26572, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 5 de enero de 1996.

Si bien los temas contenidos en el Título derogado continúan siendo materia regulada por la Ley General de Arbitraje, el tratamiento de este tema se suprimió del Código Civil. Consideramos acertada esta modificación, ya que dada la naturaleza de la institución del Arbitraje, la misma –que no es privativa del Derecho Civil– requería de una regulación especial.

Ahora bien, en base a las consideraciones anotadas podemos afirmar que la eventual reforma del Código Civil no es hoy algo insólito o novedoso. El Código Civil de 1984 ya ha sido modificado, desde comienzos de los años noventa, en un considerable porcentaje de su texto original: lo inusitado es el hecho de haber conformado una Comisión cuyo fin sea la reforma integral del citado cuerpo legal.

En opinión del Doctor Manuel de la Puente, los factores que han contribuido a las deficiencias del Código Civil de 1984 son de diversa índole⁽¹⁰³⁾.

Así las cosas, la pregunta pertinente que cabría hacernos es si debería o no modificarse de manera integral el mencionado cuerpo de leyes.

Dar respuesta a esta pregunta no es nada fácil.

Más aún, previamente se requiere responder a otra interrogante, la de si es imprescindible para el Perú y su bienestar jurídico la modificación de todo el Código Civil⁽¹⁰⁴⁾.

(103) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Memorándum –ya citado– presentado a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, de fecha 15 de noviembre de 1996.

(104) En 1995, fui profesor de Derecho Civil en la Academia de Práctica

Forense del Colegio de Abogados de Lima, invitado por el entonces Decano, el Doctor Felipe Osterling Parodi, durante siete diversos ciclos en los cuales efectué encuestas entre los asistentes (abogados **ad portas** de colegiarse) en torno a la necesidad o no de la reforma al Código Civil. En adelante, el resultado de algunas de esas encuestas, en donde se advierte—qué duda cabe— que la campaña oficial en pro de la reforma al Código Civil había dado notorios frutos en un sector del medio jurídico nacional.

CUADRO N° 1
ESTAN DE ACUERDO CON LA ELABORACION DE UNA
LEY DE ENMIENDAS AL CODIGO CIVIL

UNIVERSIDAD	CICLO XXVII	CICLO XXVIII	CICLO XXIX	CICLO XXX
Garcilaso de la Vega	6.1%	6.8%	2.2%	10.1%
De Lima	9.1%	13.5%	4.4%	18.8%
P.U.C.P.	3.0%	6.8%	4.4%	-
San Marcos	6.1%	10.8%	13.3%	4.3%
San Martín de Porres	21.2%	21.6%	8.9%	26.1%
Unifé	-	1.4%	4.4%	1.4%
Villarreal	10.6%	6.8%	-	1.4%
Otras	7.6%	-	-	-
TOTAL	63.7%	67.7%	37.6%	62.1%
Total de personas encuestadas	66	74	45	69
Total de personas a favor	42	50	17	43

CUADRO N° 2
ESTAN DE ACUERDO CON LA ELABORACION DE
UN NUEVO CODIGO CIVIL

UNIVERSIDAD	CICLO XXVII	CICLO XXVIII	CICLO XXIX	CICLO XXX
Garcilaso de la Vega	-	-	2.2%	-
De Lima	3.04%	1.4%	-	-
P.U.C.P.	-	-	-	1.4%
San Marcos	-	1.4%	-	-
San Martín de Porres	1.52%	1.4%	-	-
Unifé	-	-	-	-
Villarreal	1.52%	-	-	-
Otras	1.52%	-	2.2%	-
TOTAL	7.6%	4.2%	4.4%	1.4%
Total de personas a favor	5	3	2	1
Total de personas encuestadas	66	74	45	69

CUADRO N° 3
ESTAN DE ACUERDO CON LA NO MODIFICACION
DEL CODIGO CIVIL DE 1984

UNIVERSIDAD	CICLO XXVII	CICLO XXVIII	CICLO XXIX	CICLO XXX
Garcilaso de la Vega	-	1.4%	4.5%	7.2%
De Lima	1.5%	1.4%	8.9%	1.4%
P.U.C.P.	4.6%	2.7%	4.5%	1.4%
San Marcos	6.1%	4.0%	4.5%	5.8%
San Martín de Porres	7.6%	12.2%	28.9%	14.5%
Unifé	3.0%	-	-	1.4%
Villarreal	3.0%	2.7%	2.2%	2.9%
Otras	1.5%	4.0%	2.2%	1.4%
TOTAL	27.3%	28.4%	55.7%	36.0%
Total de personas a favor	18	21	25	25
Total de personas encuestadas	66	74	45	69

SEGUNDA PARTE

MIS TENTACIONES ACADEMICAS

CAPITULO UNICO

MIS TENTACIONES Y PECADOS ACADEMICOS

La Comisión designada para Elaborar un Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil trabajó oficialmente hasta fines de mayo de 1997 y nuevamente lo viene haciendo de manera formal desde comienzos del mes de septiembre, respecto a la reforma; y yo —como quedó explicado anteriormente—, por voluntad propia, me encuentro al margen de dicho proceso.

Ante esta situación, sólo me quedaban dos caminos: limitarme a ser un mero espectador o exponer —a manera de un ejercicio académico— mi parecer en torno a los preceptos del Código Civil cuya modificación podrían brindarle una mayor idoneidad.

Aun cuando niego la pertinencia de la elaboración, aprobación y promulgación —a corto o mediano plazo— de una Ley de Enmiendas sobre temas sustantivos al Código Civil, no he sido capaz de escapar a la tentación académica de elaborar una relación en la que precise qué artículos del Código podrían revestir una redacción o contenidos más adecuados, pero siempre anotando cuáles de esas apreciaciones devienen en prescindibles.

Pero, lo repito, ello para mí sólo representa un juego, un ejercicio académico y no una propuesta de modificación al Código Civil. Lo contrario supondría actuar de la manera que he reprobado en la Primera Parte del presente trabajo.

De otro lado, son tantas y tan variadas las apreciaciones críticas que se han hecho al Código Civil, que resultaría imposible efectuar un comentario personal acerca de las mismas; ello equivaldría a algo así como elaborar un Tratado completo de De-

recho Civil en el cual, cada vez que se aborde el tema de una norma del Código de 1984, yo deba hacer mención acerca del parecer de terceros.

Sería imposible (e impensable) emprender esta labor. Además, lo que pretendo a través de esta obra no es criticar los argumentos de mis colegas. Ello, fundamentalmente, porque tal actitud no se condice con mi manera de ser y de pensar y, además, porque en el Perú –lo que es lamentable– se confunde a menudo la crítica a las ideas con la crítica a las personas. Por ello, me referiré sólo a mis propias tentaciones académicas; nunca a las ajenas (a menos que las comparta).

Debo precisar que las investigaciones que he realizado en los últimos doce años se han centrado en el área del Derecho Civil Patrimonial, especialmente en lo que respecta a Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones y Derechos Reales, razón por la cual considero una osadía de mi parte pronunciarme sobre temas de fondo referidos a otras áreas del Derecho Civil, pero estimo que la unidad de esta matriz del Derecho, al igual que el ejercicio cotidiano de la profesión de abogado y mis lecturas al respecto, han tornado en inevitable que incurra en el error de pronunciarme sobre temas que no constituyen mi especialidad.

Considero que tanto en el aspecto académico, como en el profesional –y esto lo aprendí de mi abuelo Juan Lino– es preferible transitar por el rumbo que uno mismo trate de marcarse, y –si es posible– hacerlo en forma individual.

Una obra –cualquiera que ella sea– colectiva o individual, no es buena o mala por la sola circunstancia de haberse hecho de una u otra manera. Lo importante es el resultado. Ejemplos de éxitos y fracasos los tenemos innumerables tanto en uno como en otro sentido.

Y en lo que respecta a Códigos Civiles, tenemos ejemplos notables de obras individuales, tales como el Proyecto de Código Civil elaborado por el ilustre venezolano Don Andrés Bello, el Esboço de Freitas en Brasil, el Código Civil Argentino, obra exclusiva del insigne Don Dalmacio Vélez Sarsfield e, incluso, sólo por citar los más representativos, el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por ese gran hombre de leyes español, Don Angel Ossorio y Gallardo, en 1943.

Pero también hay ejemplos muy notorios e importantes dentro de nuestra tradición jurídica de obras colectivas, tales como los Códigos Civiles de Francia (1804), obra de esa notable Comisión integrada por Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Jacques de Malleville, de España (1889), de Alemania (1900), el Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, que reunió a lo más selecto del mundo jurídico de su tiempo de ambos países, y de Italia (1942).

- **Cuestiones preliminares. ¿Cómo debería ser y cuánto debería permanecer en vigencia un Código Civil?**

En mi opinión, la estabilidad de un Código Civil se logra en base a una serie de presupuestos entre los cuales considero se hallan los siguientes:

(a) Un Código Civil debe tener una adecuada sistemática.

(a.1) Ello implica tener normas lo más genéricas posibles, elásticas, es decir, que acepten o toleren el paso del tiempo, de la ciencia y de las diversas corrientes de pensamiento que existen y que existirán en el Derecho.

(a.2) Un Código Civil no debe recurrir jamás a la casuística, pues ésta es labor de la doctrina y de la jurisprudencia –en especial–, pero no de la ley.

La casuística legal inhabilita a la jurisprudencia.

(a.3) Un Código Civil no debe –en lo posible– definir, pues las definiciones son cambiantes.

Definir no es bueno, porque lleva, necesariamente, a cambiar en el tiempo una definición por otra, en la medida en que la definición primigenia haya quedado desfasada.

Creemos que el Código Civil debería –en lo posible– abstenerse de definir, y sólo debiera regular aquellos principios tradicionales del Derecho, que van quedando con cierta o relativa inmutabilidad tras el correr de los tiempos.

(a.4) Un Código Civil debe evitar la reiteración de principios ge-

nerales en temas específicos y de preocuparse para que esos principios generales se encuentren regulados, como resulta obvio, en donde fuere pertinente.

- (a.5) Un Código Civil debe tener una adecuada técnica legislativa, a través de la cual sólo regule los temas centrales.

Los demás temas deben ser regidos por leyes especiales, a través de normas de remisión, o, simplemente, ser obviados –pues todo tema no necesariamente debería tener correlato en la legislación–. Debe verse si resulta conveniente y hasta qué punto lo es, el «repliegue legislativo» del Código Civil.

- (b) Un Código Civil debe ser un cuerpo legal serio, en el sentido de recoger y responder a necesidades reales de la sociedad, y no a las ficciones o tentaciones académicas de los hombres de Derecho.
- (c) Un Código Civil no debe incorporar –inmediatamente– dentro de sus normas todos los cambios coyunturales derivados del avance de la ciencia.
- (d) Un Código Civil –en lo posible– no debe incorporar dentro de sus normas cambios coyunturales derivados de situaciones políticas o de gobierno.
- (e) La sociedad en general y el medio jurídico, en particular, no deben identificar al Derecho con la legislación, ni al Derecho Civil con el Código Civil. Deben reevaluarse las otras tres fuentes del Derecho: la Doctrina, la Jurisprudencia y la Costumbre.
- (f) Un Código Civil debe valorar de modo considerable a la fidelidad y a la buena fe.
- (g) Un Código Civil debe moralizar y educar a la sociedad.
- (h) Los magistrados deberían aplicar creativa e imaginativamente el Código Civil y las demás normas legales.
- (i) En todo caso, sólo debe precisarse o modificarse aquello que resulte absoluta o totalmente incompatible con el desarrollo de la sociedad.

- (j) Cualquier modificación integral al Código Civil debe hacerse en épocas de estabilidad política, social y económica.
- (k) La prisa es el peor enemigo del buen resultado de cualquier reforma (y, en general, de cualquier obra humana)⁽¹⁰⁵⁾.

Esta idea (u osadía académica) puede ser considerada como el resultado de mis posiciones jurídicas desde que comencé a estudiar y luego ejercer la carrera de Derecho. Son, en síntesis, aquello que pienso y en lo que creo como válido en el tiempo en que concluí con la elaboración de esta obra, vale decir, en el mes de abril de 1998.

- Las reglas del juego de las Tentaciones Académicas.

Debo prevenir al lector sobre la metodología que he empleado para la elaboración de este trabajo:

- (a) Procuro tratar sobre lo esencial, no acerca de lo accesorio.

Considero que las modificaciones que se piensan en torno al Código Civil o a cualquier otro cuerpo legal, deben tratar de referirse fundamentalmente a aquellos temas de carácter esencial. Es obvio que la modificación de una posición doctrinaria por otra resulta más importante que cambiar una coma por un punto y coma, un punto seguido por un punto aparte, o un «pero» por un «sin embargo».

No obstante ello, no nos limitamos a abordar solamente los puntos esenciales o de fondo, sino también otros de carácter formal, muchos de ellos correlato necesario del Código Procesal Civil, la Constitución de 1993 e, incluso, el Código de los Niños y Adolescentes.

Estas y otras son tentaciones que no hemos podido vencer en su integridad. Por ello nos ocupamos de las mismas.

(105) Según he señalado con anterioridad, durante el dictado de los cursos de Derecho Civil en la Academia de Práctica Forense, en 1995, formulé algunas interrogantes en torno a la Reforma del Código. Entre ellas se preguntó en qué radica la bondad de un Código Civil.

En adelante, graficamos los resultados de dicha encuesta, los mismos que ilustran al lector sobre la orientación que al respecto tenía durante ese año un segmento del medio jurídico nacional:

CUADRO N° 1
¿En qué radica la bondad de un Código Civil?
(Referencia: Ciclo XXVII Academia de Práctica Forense)

Universidad	En permitir la concreción de justicia	En el conocimiento por la mayor parte de la población	En su evolución de acuerdo a los avances de la ciencia y técnica	En la aplicación de los preceptos en el medio para el que fue creado	En la utilidad de que represente a la sociedad	En la regulación de las diferentes instituciones que existen en la sociedad	En su continuidad en el tiempo	En la vigencia de sus instituciones
Garcilaso de la Vega		1.2%		1.2%			1.2%	1.2%
De Lima		1.2%		2.4%	2.4%	1.2%	4.8%	
P.U.C.P.					1.2%			1.2%
San Marcos		1.2%	1.2%	1.2%	1.2%		1.2%	
San Martín de Porres	1.2%	4.9%	1.2%	3.7%	2.4%		2.4%	
Unifé				1.2%		1.2%		
Villarreal		2.4%		4.9%				
Otras		2.4%		1.2%	1.2%		1.2%	
TOTAL	1.2%	13.3%	2.4%	15.8%	8.4%	2.4%	10.8%	2.4%
Total de personas	1	11	2	13	7	2	9	2
Total de personas encuestadas	82	82	82	82	82	82	82	82

CUADRO N° 2 (Continuación del Cuadro N° 1)
 ¿En qué radica la bondad de un Código Civil?
 (Referencia: Ciclo XXVII Academia de Práctica Forense)

Universidad	En el respeto y regulación de las instituciones propias de las comunidades nativas y de su realidad	En la hermenéutica de su preparación, el estudio doctrinario de sus instituciones y en la sencillez de su estructura y redacción	En el estudio que los juristas y tratadistas realicen para ajustarlo a la realidad	En la orientación de la actividad humana en sus relaciones personales y comerciales	En su capacidad de solucionar conflictos	En la regulación de la mayor cantidad de actos jurídicos y relaciones sociales que se observen entre los miembros de la sociedad	En la ausencia de contradicción entre los libros doctrina y jurisprudencia que lo conforman y otras leyes su aplicación	En la generación de la doctrina y a través de su aplicación
Garcilaso de la Vega	1.2%	1.2%					3.6%	1.2%
De Lama						1.2%	1.2%	1.2%
P.U.C.P.				1.2%	2.5%			
San Marcos	1.2%				2.5%		3.6%	
San Martín de Porres	1.2%	3.7%	1.2%		1.2%	2.4%		1.2%
Unifé					2.5%	2.4%		
Villarreal					1.2%			
Otras								
TOTAL	3.6%	4.9%	1.2%	1.2%	9.9%	6.0%	8.4%	3.6%
Total de personas	3	4	1	1	8	5	7	3
Total de personas encuestadas	82	82	82	82	82	82	82	82

(b) El juego de las tentaciones académicas que nos han vencido y aquellas que han sido vencidas por nosotros.

A lo largo del desarrollo del Código Civil, el lector podrá apreciar que se trata sobre modificaciones a las normas vigentes. En estos casos, las tentaciones académicas nos vencieron.

Cuando ello no es así (es decir, cuando fuimos nosotros quienes vencimos, al no tener atizbo alguno sobre legislar o no acerca de un punto), simplemente hacemos una referencia, a pie de página, de nuestras tentaciones académicas sobre ese tema en concreto.

De otro lado, hemos vencido muchas de nuestras antiguas tentaciones académicas, que pueden ser apreciadas en nuestras tres primeras obras de Derecho: «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos», «El Bien Materia del Contrato de Compraventa» y «El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta».

Ahí proponíamos modificaciones al Código Civil, que incluían diversas adiciones al actual articulado. Pero había-

CUADRO N° 3 (Continuación de los Cuadros N° 1 y 2)
¿En qué radica la bondad de un Código Civil?
(Referencia: Ciclo XXVII Academia de Práctica Forense)

Universidad	En su inspiración humanista	En la ausencia de vacíos u omisiones	En la equidad que sus preceptos contemplan
Garcilaso de la Vega			
De Lima			
P.U.C.P.			
San Marcos			
San Martín de Porres		1.2%	
Unifé			
Villarreal			
Otras	1.2%		1.2%
TOTAL	1.2%	1.2%	1.2%
Total de personas	1	1	1
Total de personas encuestadas	82	82	82

mos incurrido –más allá de la pertinencia o no de nuestras ideas– en el pecado de tratar de traducir en ley todos nuestros pareceres, confundiendo la línea divisoria entre lo que debe ser un libro de Derecho y un Código Civil.

Tengo la seguridad de que muchas de las tentaciones académicas de mis colegas obedecen a esta equivocada concepción o enfoque que yo también tuve, pero que hoy en día ya no comparto.

En lo que respecta a las ideas de eventual modificación legislativa que planteamos el Doctor Felipe Osterling Parodi y quien escribe estas páginas en nuestro «Tratado de las Obligaciones», ellas se mantienen casi inalteradas, pero aparecen otras tentaciones de índole personal sobre la materia, algunas de las cuales he podido vencer y otras me han vencido.

De acuerdo a lo que ha sido mencionado en páginas precedentes, es obvio que –por regla general– no aludimos a las tentaciones académicas ajenas, cuando ellas no cuentan con nuestro respaldo, vale decir cuando no nos han persuadido para llegar a constituir nuestras propias tentaciones (es decir, hacerlas nuestras), salvo cuando a pesar de no habernos llegado a persuadir, nos han parecido en extremo interesantes y de gran valor.

La excepción está constituida por ciertos temas como el del divorcio por separación unilateral y otros supuestos afines, que por parecernos en extremo peligrosos o por la amplia difusión que se les ha dado, nos han conducido a emitir opinión sobre el particular.

No obstante ello, en algunos casos hemos asumido tentaciones académicas ajenas, cuando ellas nos parecieron razonables y acordes con nuestras doctrinas y pensamientos.

En tales supuestos, anotamos de quién proviene la idea o «tentación», y los argumentos que le dan sustento.

Cuando manifestamos una tentación académica sin citar fuente alguna, ello obedece a que corresponde al autor de

estas páginas. Podría ocurrir, sin embargo, que alguien se haya referido al tema con anterioridad a mí y yo desconozca tal situación. Si este fuera el caso, pido disculpas al autor de la idea y al lector.

(c) El problema de las expresiones usuales en Derecho, que no son técnicamente correctas.

En el medio académico tanto como en el profesional, existen diversas expresiones de uso común, algunas de las cuales no son estrictamente correctas.

En el campo del Derecho de Obligaciones, por ejemplo, se habla de las «obligaciones de dar, hacer y no hacer». Pero como la obligación es un vínculo jurídico abstracto, el efectivo dar, hacer o no hacer no está referido a la obligación misma, sino a la prestación que es objeto de ella, razón por la cual la expresión que revestiría propiedad sería la de «obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer». Sin embargo, nadie (por lo menos ningún iniciado en el campo de Derecho) duda de que cuando se habla de las «obligaciones de dar» se está hablando de las «obligaciones con prestaciones de dar».

Otro ejemplo, esta vez de Derecho de Contratos, es el relativo a la resolución del contrato. De acuerdo a las doctrinas más modernas y difundidas en nuestra tradición jurídica, una vez celebrado el contrato, éste deja de tener existencia, y lo que subsiste es la relación contractual creada por dicho contrato. De ahí que si vamos a hablar de resolución, la expresión más propia sería la de «resolver la relación contractual»; no obstante, la frase «resolver el contrato», tiene para todo el medio jurídico el mismo significado que aquélla, a pesar de ser impropia, teóricamente hablando.

Ambos casos constituyen típicas tentaciones académicas que –de vencernos– importarían la modificación de varias decenas o centenares de artículos del Código Civil, por el simple prurito de ser más pulcros, impecables y acertados en los términos legales.

Boffi Boggero⁽¹⁰⁶⁾ afirma que a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el pecado de la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas.

Estamos de acuerdo con él.

(d) El caso de las palabras empleadas en el Código Civil que no existen en la Lengua Española.

En ciertos casos el Código Civil emplea palabras que no están recogidas por la Real Academia de la Lengua Española, sea por ignorancia del legislador, o porque se utilizan expresiones que si bien no forman parte de nuestra Lengua Española, sí tienen –consuetudinariamente– un significado en el ámbito del Derecho. Un ejemplo típico sería el de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de «expromisión». Hemos constatado que la palabra «expromisión» no forma parte de nuestro idioma, pero desde hace siglos se conoce a esta figura jurídica con dicho nombre, derivado de la voz latina «**expromissio**».

Es evidente que a pesar de la inexistencia de la citada palabra en nuestra Lengua, vamos a seguir utilizando la expresión habitual.

Por ello, sólo modificamos los términos que denotan ignorancia.

(e) La numeración de nuestras modificaciones al Código Civil.

El Código Civil Peruano de 1984 sirve de fuente y sustento a nuestras tentaciones académicas. Y no podría ser de otra manera, pues es la ley vigente y con ella nos hemos formado en la carrera de Derecho y en el ejercicio profesional, no sólo nosotros, sino la mayoría absoluta de los abogados del Perú. En tal virtud, vamos a mantener la actual numera-

(106) BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, Página 103.

ción del Código, a pesar de que nuestras tentaciones cuestionan la existencia de muchos de sus preceptos.

En principio, mantenemos todos los Libros y estructura general del Código Civil de 1984.

(f) El problema de las definiciones.

Intentaremos no incorporar nuevas definiciones en el Código, por considerar que éstas son más propias de la doctrina que de la ley y que el Código Civil está hecho –fundamentalmente– para ser manejado y entendido por abogados.

Sin embargo, en la mayoría de casos, respetamos las existentes.

(g) El problema de las sumillas.

Nuestro Código Civil, vale decir, el Decreto Legislativo Número 295 y sus normas modificatorias, no contienen sumillas. No obstante, las casas editoriales publican ediciones sumilladas del Código Civil. El problema radica en que muchas veces las sumillas no recogen, en sentido estricto, el concepto del artículo al que preceden, lo que genera confusión.

Tal situación se advierte incluso en ediciones del Código Civil Peruano de 1984 a las que el Ministerio de Justicia ha dado el carácter de «oficiales», lo que ya nos parece grave.

Tampoco nos creemos investidos de ninguna autoridad como para intentar sumillar un Código Civil. Por ello no lo hacemos.

(h) El problema de lo exótico.

El Derecho de nuestra tradición jurídica se ha forjado a lo largo de muchos siglos. Es en este proceso que se han ido decantando doctrinas que han logrado imponerse –dada la fuerza de sus fundamentos– por sobre otras.

Por ello recusamos lo exótico, aun cuando persuada de su bondad. Menciono un ejemplo: si el día de mañana aparece en Italia, Argentina, España o Etiopía un libro de Derechos

Reales que trastoque todos los conceptos tradicionales al respecto, pero que lo haga con calidad y sólidos fundamentos, ello no constituiría argumento suficiente –por más de que yo mismo esté convencido de la idoneidad de dichos planteamientos– para pretender que esas doctrinas pasen a formar parte de nuestro Derecho positivo. Tal vez algún día eso ocurra; pero para tal efecto será necesario no sólo el paso de los años, sino que nuestra tradición jurídica –o al menos un sector importante de la misma– las haga suyas.

(i) En cuanto a los artículos que sólo numeramos.

Cuando en algunos artículos del Código Civil no hacemos anotación alguna, es porque estamos de acuerdo con el texto vigente a la fecha que aparece al final de la Nota del Autor, comenzando esta obra. En estos casos sólo anotamos el número del respectivo artículo.

(j) Tentación y fundamento.

Cuando hayamos sido vencidos por nuestras tentaciones académicas, subrayaremos la parte modificada del artículo.

Acto seguido, expondremos el fundamento de nuestra tentación académica. Sin embargo, ahí anotaremos si consideramos dichos planteamientos como fundamentales o dignos de prescindir de ellos, vale decir, que a pesar de ser tentaciones académicas que nos vencieron, bien podría prescindirse de ellas.

Antes de concluir deseo reiterar que NO CREO EN LA CONVENIENCIA DE UNA REFORMA INMEDIATA –INTEGRAL Y DE FONDO– DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. ESTE ES SOLO UN EJERCICIO ACADEMICO; UN JUEGO FRUTO DE TENTACIONES DE LA MISMA NATURALEZA, AL QUE HE RECURRIDO CON EL EXCLUSIVO ANIMO DE APRENDER Y DE REVISAR CONCEPTOS. SU ELABORACION Y PUBLICACION TIENEN UNICAMENTE POR OBJETO CONTRIBUIR CON EL DEBATE ACADEMICO SOBRE EL DERECHO CIVIL Y EL CODIGO SUSTANTIVO QUE LO REGULA; DE NINGUNA MANERA TENGO EL SUEÑO (O PESADILLA) DE QUE ESTAS TENTACIONES SE CONVIERTAN EN LEY. SI SE ME PERMITE LA LICENCIA, PROCEDO A JUGAR ESE JUEGO QUE TANTO NOS GUSTA A LOS

CATEDRATICOS DE DERECHO CIVIL: EL DE EXPRESAR LA MANERA COMO CREO QUE EL CODIGO DEBERIA HABER SIDO.

NADA MAS.

Finalmente, pido disculpas al lector si la prisa me ha hecho incurrir en alguna que otra contradicción, pero como peruano que soy, conozco que en el Perú cualquier cosa pueda pasar; y antes de que estos comentarios devengan en «historia vieja», deseo compartirlos con mis alumnos y con mis colegas.

ALGUNAS IDEAS PUNTUALES SOBRE UN EVENTUAL PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

TITULO PRELIMINAR

Artículo I.— «La ley se deroga en cualesquiera de las formas previstas por la Constitución.»

Fundamento.— La advertencia acerca de los problemas que plantea el actual artículo I del Título Preliminar de nuestro Código Civil, no nos pertenece, al igual que el fondo de la norma sustitutoria propuesta. Corresponden al Doctor Manuel Pablo Olaechea, cuyos planteamientos hacemos nuestros.

Según expresa el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois⁽¹⁰⁷⁾:

«El artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1936 disponía en forma clara y concisa que ninguna ley se deroga sino por otra ley. Idéntico principio reproduce el artículo de 1984. Por desgracia, esta reiteración revela cómo la adaptación del Código a la Constitución de 1979 es incompleta y defectuosa. No es verdad que sólo una ley deroga otra ley. Como bien expresa el doctor Enrique Chirinos Soto, en un proyecto de ley proponiendo la modificación de este artículo, conforme a la Constitución, la ley también se modifica por Decreto Legislativo (facultades delegadas) así como por medidas extraordinarias en materia económica; y por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Propone por eso como nuevo texto de artículo: 'La ley se deroga en cualesquiera de las formas previstas por la Constitución'.

Pero esta no es la única objeción. El nuevo texto del Código

(107) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 41 y 42.

Civil de 1984 agrega, que 'la derogación se produce por declaración expresa de la nueva ley o por incompatibilidad entre ésta y la anterior'. Fácilmente se advierte que estamos frente a una definición incompleta. Ignora, por ejemplo, la regla según la cual la ley general posterior no deroga la ley especial anterior a que se refiere el aforismo jurídico de que habla el tratadista Coviello '**lex posteriori generalis non derogat priori speciali**'. Este principio integra la teoría de la derogación de la ley y es aceptado mundialmente, pero el nuevo Código lo ha suprimido.

Termina el artículo comentado por señalar que 'Por la simple derogación de una ley no recuperan vigencia las que ella hubiera derogado'. No estamos frente a una definición sino a una simple afirmación redundante. Sostienen los tratadistas que es superflua la disposición que coloca al final de las leyes derogando todas las que se le opongan. Si ello es así, resulta más aún redundante aclarar que no recupera una ley su vigencia después de derogada. Esta afirmación es una consecuencia de la corruptela surgida en el Perú durante los últimos años al 'suspender' las leyes que se opongan a una nueva que se dicte.»

Sin embargo, admitimos que el texto de la norma en vigencia resulta claro y –más allá de sus defectos– nunca nadie ha creado problema alguno respecto a sus alcances e interpretación.

Además, el ejercicio profesional nos demuestra que no resultaría indispensable su modificación.

Artículo II.– «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.»

Fundamento.– No obstante estimar que se puede prescindir de modificar este numeral, hemos procedido a la supresión de la segunda parte del artículo II del Título Preliminar, por considerarla innecesaria.

En tal sentido, hacemos nuestras las expresiones del Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois⁽¹⁰⁸⁾, quien sostiene lo siguiente:

(108) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 42 y 43.

«A la tersa declaración del artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1936 'La ley no ampara el abuso del derecho'; el nuevo artículo agrega que 'El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar y suprimir el abuso, y, en su caso, la indemnización que corresponda'. Toda esta adición es superflua al integrar el abuso del derecho el articulado del Código. Ya no se trata de una norma moral sino de un precepto legal, lo que hace innecesario agregar que permite una acción. Entre el abuso y la violación del derecho, sólo existe una diferencia de matiz; pero, como ambos son exigibles legalmente, todos los que se sientan perjudicados pueden recurrir al Poder Judicial para que se les libere del daño. Si no fuera así habría que agregar una disposición general al Título Preliminar en el sentido que todos los derechos que el Código reconoce son exigibles judicialmente o, agregar esa regla a cada uno de los artículos que consagran un derecho, lo que no haría sentido.

Por último, la teoría del abuso del derecho es tan sutil que escapa a los ámbitos de toda definición o reglamentación. Ni siquiera estudiando la voluminosa bibliografía alemana y francesa se podría lograr una definición completa y exacta de su contenido. El ejercicio normal de un derecho no genera responsabilidad. Sin embargo, dadas las circunstancias propias de cada caso, pueden los jueces establecer si se dan los hechos que configuran el abuso. Es algo sumamente tenue que oscila entre los dos aforismos jurídicos '**dura lex sed lex**' y '**summum jus summa injuria**'. Ambos exactos pero que precisa conciliar.»

Artículo III.— «La ley no tiene efectos retroactivos.»

Fundamento.— Consideramos que la primera parte del artículo III del Título Preliminar es evidente, razón por la cual procedemos a su supresión (la misma que —si bien fundada— no resulta imprescindible).

Por lo demás, dado que el ámbito de aplicación del Código Civil no se extiende a materias penales, procedemos a eliminar las excepciones en las cuales la ley puede tener efectos retroac-

tivos. Ello no puede darse dentro de un ordenamiento jurídico estable y serio.

Y en lo referente a las excepciones establecidas por la Constitución, ellas no deberían ser materia de preocupación por parte del legislador civil, ya que si están contempladas en la Carta Magna y no corresponden a materia civil, resulta innecesario mencionarlas.

Artículo IV.— (109).

Artículo V.— «Es nulo el acto jurídico contrario a leyes imperativas, o que interesan al orden público o a las buenas costumbres.»

Fundamento.— En el texto actual del artículo V del Título Preliminar se omite mencionar a las leyes imperativas, tal vez en el entendido de que al tratar sobre aquellas de orden público, se estaba comprendiendo a las primeras.

Sin embargo, como todos sabemos, pueden haber normas

(109) Sobre este particular, señala el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAEACHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Página 43):

«El artículo IV incursiona en la doctrina general sobre la interpretación de la ley; pero sólo lo hace de modo limitado e incompleto. Posiblemente, con el deseo de mostrar erudición, consigna la regla de la ley odiosa, que no es susceptible de analogía. ¿Por qué no se ocupa de la interpretación auténtica, de la usual, de la doctrinal, de la lógica, de la histórica, de la moral y de la epiqueya? Llegado el caso, ellas son igualmente importantes que la interpretación odiosa y nada justifica consignar algunas reglas de lo que constituye una sola y gran teoría, sobre la cual se han escrito numerosas obras entre las que podemos citar la inmortal de F. Geny denominada 'Métodos de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo'.»

Por nuestra parte, compartimos la inquietud del Doctor Olaechea, en el sentido de que el Código Civil no debe ingresar al tratamiento incompleto de materias que corresponden a la doctrina y que dentro de la misma línea de pensamiento del artículo IV del Título Preliminar, cabría regular lo referente a otros métodos de interpretación.

Sin embargo, creemos que la supresión o derogatoria del artículo IV resultaría peligrosa, pues podría mal entenderse como que —en esos casos— se estaría permitiendo la interpretación analógica, por parte de algún intérprete despistado o —incluso— mal intencionado del Código.

legales de carácter imperativo que no sean de orden público, sino simplemente imperativas. De ahí nuestra adición al texto del artículo bajo comentario; con la salvedad de que la misma no es fundamental, sino accesorio.

Artículo VI.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Existen dos razones por las cuales estimaríamos pertinente la derogatoria de este numeral.

La primera de ellas consiste en que se refiere a una materia de índole eminentemente procesal. Esta razón, sin embargo, no es decisiva.

La segunda, que su contenido resulta incompleto y deficiente, ya que el ejercicio o contestación de una acción no son los únicos actos procesales en los cuales pueden participar las personas. Además, la restricción a accionar por interés moral sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley, resulta en extremo limitativa, ya que podría tratarse de un asunto que interese al orden público, a la moral o a las buenas costumbres de la sociedad en general.

Artículo VII.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Además de tratar materias de índole sustancialmente procesal, este artículo ha sido modificado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por R.M. N° 010-93-JUS; Decreto Legislativo N° 768; Decreto Legislativo N° 767; Decreto Ley N° 25940; y Decreto Ley N° 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), de texto siguiente:

Artículo VII.— «Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.»

Consideramos que el artículo VII del Código Procesal Civil resulta suficiente para regular esta materia, pero el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, más allá de resultar reiterativo, no es pernicioso.

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 de nuestra tradición jurídica.»

Fundamento.— La verdad es que nunca quedó claro el alcance de la expresión «y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

Creo que ellos no son otros que los principios de la tradición jurídica romano-germánica, es decir, los principios generales del Derecho de nuestra tradición jurídica.

Lo demás —pensamos— sobra, razón por la cual procedemos a suprimirlo⁽¹¹⁰⁾.

Artículo IX.—

Artículo X.— «La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.

(110) Una crítica más aguda al artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, es la formulada por el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 43 y 44):

«El artículo VIII dispone que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Va sin decirlo que en estos casos deben aplicarse los principios generales de Derecho. Sin embargo, el nuevo Código Civil agrega que en tales casos deben aplicarse los principios de derecho y principalmente los que se inspiran en el Derecho Peruano. ¿Era necesaria esta adición chauvinista la cual ha desaparecido en la nueva Constitución? Si el Derecho Peruano se inspira en el Derecho Europeo cuya raíz única es el Derecho Romano, nada justifica este nacionalismo exacerbado propio de los tiempos en que se redactó el Código Civil de 1984. Como dice el Sumo Pontífice en su encíclica '**Veritas Splendor**'

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

Fundamento.— A pesar de que en la práctica existe sumamente mediatizado, y que su futuro normativo es incierto, corresponde modificar la expresión «Tribunal de Garantías Constitucionales» por la de «Tribunal Constitucional», en la medida que ésta es la nomenclatura adoptada en la Carta Política de 1993.

ese nacionalismo sólo tiende a dividir y crear odios ¿Por lo demás, existe ese Derecho Peruano? ¿En la época de confusión en que vivimos tal afirmación no es temeraria?»

Comparto la crítica del Doctor Olaechea, mas no en el punto referente a sus expresiones respecto al nacionalismo. Creo que a los peruanos nos falta una buena dosis de nacionalismo.

LIBRO I

DERECHO DE LAS PERSONAS

SECCION PRIMERA

Personas naturales

TITULO I

Principio de la persona

Artículo 1.- «El ser humano es persona desde el momento de su nacimiento.»

La vida humana comienza con la **concepción**. El concebido es sujeto de derecho para todo **cuanto le favorece**. En materia de derechos patrimoniales, éstos sólo surtirán efectos si el concebido llega a ser persona.»

Fundamento.— En primer término, consideramos pertinente precisar que el ser humano es persona desde el momento de su nacimiento, corrigiendo el defecto del primer párrafo del actual artículo 1 que establece que «la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento», norma que confunde a la **persona** humana con el ser humano. Se es ser humano desde la **concepción**. Se es persona desde el nacimiento.

En segundo lugar, establecemos que en materia de derechos patrimoniales, éstos sólo surtirán efectos si el concebido llega a ser persona; lo que significa que el ser humano es sujeto de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales desde el momento de su concepción, pero que los primeros, a pesar de ser válidos desde el momento en que se constituyen u originan, solamente surtirán efecto desde el momento en que dicho concebido nazca vivo. Caso contrario, a pesar de su validez, nunca habrán sido eficaces.

Por último, suprimimos la actual expresión «persona humana», pues resulta un pleonasma, ya que toda persona es huma-

na, salvo el caso de las jurídicas, de las que trata la siguiente Sección de este Libro del Código Civil.

Artículo 2.— «La mujer o cualquier persona con legítimo interés puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan legítimo interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.»

Fundamento.— Consideramos conveniente las adiciones efectuadas a este numeral, en razón de que cualquier persona con legítimo interés, además de la propia madre, debería tener derecho a solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto.

De otro lado, creemos que la citación de las personas que tengan interés en el nacimiento, debe circunscribirse a aquellas que tengan uno legítimo.

No obstante ello, estimamos que nuestras posiciones, si bien tienen fundamento, resultan prescindibles.

TITULO II

Derechos de la persona

Artículo 3.—

Artículo 4.—⁽¹¹¹⁾.

(111) Tentación académica vencida:

A pesar de que el tema de la igualdad de derechos civiles entre el varón y

Artículo 5.- «El derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, a la libertad, a la identidad, al honor y demás inherentes a la persona son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.»

Fundamento.- Creemos que constituyó una omisión importante en el Código Civil de 1984, el no haber incluido el derecho a la salud (que seguramente se entendía cubierto con el derecho a la integridad física, ya que tienen semejanzas muy grandes). Respecto al derecho a la integridad física, consideramos que debería agregársele el tema del derecho a la integridad mental.

Por otra parte, incluimos el derecho a la identidad, ya que el mismo ha sido recogido por la Constitución de 1993 y su incorporación al Código devendría en correlativa, **pero no indispensable**⁽¹¹²⁾.

la mujer ha quedado zanjado legislativamente desde la Constitución de 1979, en la práctica siguen produciéndose situaciones discriminatorias en perjuicio o detrimento de la mujer.

Por ello, no obstante ser tentadora la supresión (por reiterativo) de lo dispuesto en el artículo bajo análisis, preferimos abstenernos de proponer dicha modificatoria, pues en este caso resultaría de aplicación aquel viejo aforismo que reza «Lo que abunda no daña».

(112) **Tentación académica vencida:**

El lector podrá apreciar que en estas ideas puntuales sobre un eventual Proyecto de Reforma al Código Civil Peruano de 1984, no nos pronunciamos acerca de la manipulación genética, la clonación y temas afines.

Sin duda, este campo, relativamente novedoso, nos ha tentado sobremanera de introducir algunas normas en el Código Civil.

Pero no lo hacemos por diversas razones.

En primer lugar, porque creemos que el Código Civil, como norma legal con vocación de permanencia en el tiempo, no debe regular aquellos temas sobre los cuales la ciencia se encuentra en constante proceso de avance y respecto de los cuales quienes no somos profesionales en la materia tenemos serias limitaciones para expresar posiciones definitivas y concluyentes. En segundo término, porque aunque tuviésemos una posición personal al respecto, consideramos que un Código Civil no debe ser jamás un manual científico, y que situaciones de esta naturaleza deberían –por su constante mutabilidad– formar parte de una regulación especial en normas distintas al Código.

En tercer lugar, si el lector desea saber mi posición respecto a la manipulación genética y a la clonación de seres humanos, diré que si bien algunos supuestos pueden ser reprobables desde el punto de vista moral, otros, sin embargo, podrían ayudar mucho (como de hecho lo hacen) a

parejas que se ven imposibilitadas de procrear, sin el auxilio de estos métodos.

En lo referente a la clonación, estimo que mal haríamos los peruanos en prohibirla legislativamente, ya que nuestro país no impone la pauta del avance y desarrollo en esta materia, ni está tampoco (como no lo está ningún país del mundo) en capacidad de evitar que se logre la clonación de seres humanos en algún punto del planeta.

Es muy probable que en los próximos meses o años la gran mayoría de países occidentales prohíban la clonación de seres humanos, entre ellos el nuestro; pero siempre habrán algunos otros que mantengan la libertad de clonación.

Dentro de tal orden de ideas, me resultó anecdótico leer hace algún tiempo en un diario capitalino una noticia proveniente de las Bahamas, a través de la cual se daba cuenta de la constitución en ese paraíso fiscal, de una empresa de capitales y científicos europeos, cuya finalidad u objeto social era la clonación de seres humanos. Y es evidente que siempre habrán lugares en el mundo donde se pueda desarrollar este tipo de actividades y en donde quienes están interesados en lograr la clonación de un ser humano podrán lograrlo, más allá de las prohibiciones o sanciones de índole civil y penal que existan en su país de origen.

De otro lado, la manipulación genética podría ser de utilidad para evitar en el futuro la producción de taras o enfermedades susceptibles de evitarse.

Además, la posición de las naciones más desarrolladas no es de negación absoluta y perpetua de la clonación humana.

Como se recuerda, el lunes 10 de junio de 1997, el Presidente de los Estados Unidos de América, Bill Clinton, anunció el envío al Congreso de un Proyecto de Ley que prohibiría la clonación humana por un periodo de cinco años, al cabo de los cuales se volverá a examinar la cuestión a la luz de los desarrollos científicos y la evolución social que se hayan producido de aquí a entonces. Conforme daba cuenta la Agencia de Noticias EFE, respecto de esa información, la prohibición no concierne a la experimentación con clones de animales, ni la clonación del ADN (ácido desoxirribonucleico) contenido en células humanas.

El Presidente Clinton ya había prohibido en el mes de febrero de 1997 (cuando se llevó a cabo por parte del Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, la primera clonación de un animal –la oveja Dolly–) la utilización de fondos del Gobierno Federal de los Estados Unidos para la clonación humana, y el 10 de junio pidió a los laboratorios privados que se abstengan de investigar en ese terreno mientras el Congreso debate la ley.

Como se recuerda, también en febrero, Clinton pidió a una Comisión Nacional de Bioética que estudiara las implicancias del descubrimiento en Escocia; y el referido Proyecto de Ley, precisamente se ha elaborado sobre la base de las recomendaciones de la Comisión.

En esa fecha, el Presidente estadounidense declaró también su intención de convencer a otros países de que imiten el ejemplo de Estados Unidos, y de promover «prohibiciones similares en todo el mundo», ya que la clonación humana es a su juicio «al menos de momento, inaceptablemente peligrosa», desde el punto de vista médico, e «inaceptable para la sociedad desde el punto de vista moral»; admitiendo la complejidad legal y moral del asunto.

Pero como muestra de la rapidez con que se vienen sucediendo los acontecimientos en materia de clonación, el propio Instituto Roslin de

Edimburgo, que había sorprendido al mundo en febrero con la oveja Dolly, el primer mamífero clonado a partir de una célula adulta, volvió a hacer noticia, el viernes 25 de julio de 1997, cuando presentó a la prensa a una nueva oveja llamada Polly, nacida el 9 de julio de este año, y que constituye el primer clon animal dotado de un gen humano.

Según el referido Instituto, con este animal nacen nuevas esperanzas para la investigación médica, en especial para las enfermedades de origen genético y los trasplantes de órganos.

Según daba cuenta un cable de la Agencia France Presse (AFP), esta vez los investigadores han combinado por primera vez la técnica de la clonación a partir de células de embrión con la de la mutación genética.

La novedad no consiste en la implantación de genes humanos en animales, pues esto ya se ha hecho con cerdos, cuyos pulmones e hígado son muy parecidos a los humanos y representan una fuente potencial de órganos para trasplantes.

La importancia de Polly radica, según Ron James, Director Comercial de PPL Therapeutics (que financia las investigaciones del Instituto Roslin) en que es la demostración de que se puede modificar genéticamente las células y hacer después animales transgénicos.

En ese caso, la operación fue un éxito en tres de las cinco ovejas, efectivamente portadoras de un gen humano con un interés terapéutico, aunque James manifestó no poder decir a la prensa cuál era ese fin, esperando disponer de exámenes más profundos.

El mundo científico comentó que dicho Instituto habrá ganado realmente su apuesta si cuando Polly y sus hermanas se reproduzcan transmitan el gen humano a su descendencia.

Pocos días más tarde, el 29 de julio, un cable de la Agencia United Press International (UPI), daba cuenta desde Moscú que los ingenieros genéticos de Rusia han clonado ya más de cien nuevos tipos de animales, incluidos ovejas y conejos, como informó en la fecha la Agencia Itar-Tass, según declaraciones del científico Mijail Prokofief, quien señaló que los nuevos tipos de ovejas y conejos son resultado de la investigación variada en el campo de la mejor ingeniería genética encabezada por el académico Lev Ernst; habiéndose obtenido en esta investigación nuevos tipos de animales, como resultado de la implantación de genes en el aparato genético de los embriones de animales; agregando que esta es una etapa nueva en la ingeniería zoológica, que abre oportunidades ilimitadas, principalmente en la crianza intensiva de ganado para usos industriales.

Según el experto, se pueden obtener resultados impresionantes en la clonación de animales altamente productivos, con resistencia hereditaria a las diferentes enfermedades.

Así, los nuevos tipos de animales podrían producir medicinas valiosas en su leche y órganos para trasplantes en seres humanos.

Prokofief mencionó que específicamente se puede transplantar el corazón de una cerda a una persona enferma, de manera que al mismo tiempo se resuelva el problema más agudo del rechazo a trasplantes.

También la Agencia de Noticias rusa mencionó un rebaño de cien ovejas transgénicas que en su leche contienen el fermento de quemozeno —componente principal en la producción de queso— y también abomina, para tratar las enfermedades gastrointestinales.

De otro lado, haremos referencia a una nota importante a este respecto, escrita por Alejandra Yáñez Velasco (YÁÑEZ VELASCO, Alejandra. La

Clonación Estremece al Mundo. En: Diario «El Comercio», Lima, martes 23 de diciembre de 1997, Página A-24. Tomado de EFE – Reportajes) en la que sitúa las reales dimensiones y avances sobre el problema de la clonación en el mundo.

Seguidamente transcribimos el texto íntegro de dicho reportaje:

«En febrero de este año, un balido de oveja sonó para estremecer e impactar al mundo. Una jovencita tierna, lanuda y glotona llamada Dolly convenció a más de uno de que el 'Mundo Feliz' de Aldous Huxley estaba cada día más cerca. La visión de la gente actuando como borregos de un rebaño con una conciencia colectiva se produjo en más de una cabeza. Poco importaba que los científicos aseguraran que la clonación humana estaba todavía lejos en el tiempo o prohibida por las leyes.

En la lejana Escocia, patria del Whisky, una granja laboratorio llamada Instituto Roslin, albergaba a la prima clónica de la ovejita de Norit. Un científico de cara sonrosada, rubio, barbudo y padre de tres hijos, Ian Willbur, dirigió el equipo que creó a Dolly durante la investigación. Para este aparentemente sencillo experimento se necesitaron diez años de trabajo, 40 ovejas, sólo en la última fase del experimento, 277 huevos y 29 embriones.

Su nombre se lo debe a Dolly Parton, porque la oveja que donó su ADN –características genéticas– estaba especialmente dotada en sus mamas. Para aquellos que no saben mucho de la historia de esta ovejita, sus méritos estriban en que se clonó de un animal adulto, no de un embrión. La clonación embrionaria ya había sido realizada el año pasado, y había dado como fruto a Moegan y Megan en este mismo instituto. Allí, los tres borreguitos comparten habitación, protagonismo y mimos.

La Vaca Clónica.

Quince días después de este anuncio se comenzó a hablar de Daisy, una vaca clónica nacida a fines de ese año gracias al mismo equipo médico que creó la oveja prodigiosa. Y como si hubiera dado el pistoletazo de salida al anuncio de clonaciones, diversos investigadores de todo el mundo comenzaron a anunciar sus experimentos.

La auténtica conmoción llegó cuando científicos estadounidenses del Oregon Primate Research Center anunciaron que habían clonado dos monos rhesus –considerados parientes cercanos al ser humano–. Genetics Australia no tardaría mucho en dar a conocer que habían madurado al menos 500 embriones idénticos de un solo feto siguiendo una técnica parecida a la utilizada con Dolly.

Mientras, la Universidad de Wisconsin hablaba de la clonación de una 'supervaca' capaz de producir 18.000 litros de leche al año, en una técnica universal que permite experimentar con vacas, ovejas, ratas, cerdos y monos. A la vez, ABS Forest presentaba a Gene, un toro ejemplar de ganadería.

Lo excepcional.

Aunque en el mundo vegetal la clonación no es algo extraño, como comprobamos al cortar un esqueje y replantarlo –con esto ya estamos clonando–, Dolly, nuestra protagonista bovina, era algo excepcional. Ella sería el primer mamífero desarrollado por la donación de ADN de una oveja de seis años de edad a un ser no nato. Para algunos se abrió la puerta a un ganado más productivo, con mejor carne y lana. Para otros nació la posibilidad de crear nuevos genios o dictadores con tan sólo una muestra de su sangre o piel.

En realidad, las auténticas protagonistas de esta historia eran tres. La madre de alquiler de Dolly, la donante de ADN –patrón físico por el que cada individuo o animal está cortado– y la donante del óvulo. En el experimento, Willmur cogió un óvulo y lo dejó sin el núcleo y las características genéticas que proporciona, sólo con el citoplasma –parte que rodea el núcleo de una célula–. A este óvulo manipulado le añadió el núcleo de la célula del tejido mamario que le daría las características ausentes. Se fundieron y empezaron a crecer con normalidad. Finalmente, implantaría el embrión en una oveja que actuaría como madre de alquiler, tras lo cual nacería Dolly y con ella, la polémica.

El primer paso.

¿Qué edad física tiene? ¿Los seis años de su donante, o es un borreguito? ¿Cuánto tiempo vivirá? ¿Se desarrollará con normalidad? ¿Es éste el principio de la clonación humana? Todas ellas con una respuesta que tan sólo podrá darse en un mañana no muy lejano. Poco importaba si el experimento tenía éxito absoluto o no. Era el primer paso de la clonación.

En un principio Willmur afirmó que la clonación humana no sería posible al menos por el momento. Pero cuando el director del laboratorio que financia las investigaciones, Ron James, reconoció que en algunos estadios de la clonación de Dolly había un proceso de congelación, diversos grupos sociales, científicos, políticos y religiosos se echaron las manos a la cabeza.

Probablemente, toda la comunidad científica estaba esperando el anuncio de las investigaciones para empezar a hablar del lobo con piel de cordero y de los peligros que estos experimentos conllevan. El debate se había iniciado soterradamente en 1993, cuando los científicos Hall y Stilman experimentaron con 17 embriones humanos para comprobar tras manipularlos, que mantenían la capacidad de división celular durante cierto tiempo.

Las granjas farmacéuticas.

A esta polémica ética y científica sobre la clonación, se le une el caso de los conejos, ovejas y cerdos transgénicos portadores de genes humanos.

En 1985 fueron precursores de las actuales granjas farmacéuticas en las que se crían ovejas o cabras productoras de leche con proteínas terapéuticas humanas, o se preparan genéticamente cerdos transgénicos como futuros donantes de órganos a pacientes humanos. El popular 'polloniz', el pollo que en vez de pjar emite los sonidos de una codorniz gracias a un trasplante neuronal realizado por el doctor Balaban, que algunos renombraron como Frankenstein.

Este cúmulo de experimentos sobre la clonación, experimentación genética y trasplantes neuronales han hecho pensar a más de uno que con una muestra celular puede 'fotocopiarnos'. Además, la existencia del 'polloniz', prueba que quizás en otro futuro no tan lejano se podrá transplantar parte del cerebro humano a estos clones, y recrear lo que fuimos. Realmente, todo se convierte en quimeras sobre lo que la ciencia será capaz de hacer.

No obstante, fueron Dolly y sus futuros parientes los que iniciaron el gran debate científico y ético de la década, por no decir casi del siglo. Nunca hasta ahora se había discutido más sobre el poder destructor-creador de la ciencia y ni la ciencia ni la gente de a pie sabría decir cuál de los dos es más escalofriante.

Por otro lado, una oveja clonada prueba que pronto será posible hacer una copia genética de una persona, aunque eso no pruebe ni por un se-

gundo que será lo mismo que otro yo. Si se hace, será como un gemelo al cual su desarrollo social y familiar le determinará en su personalidad. Después de todo: ¿Quién no ha pensado que tiene un doble en alguna parte del mundo que hace cosas parecidas a nosotros?»

Finalmente, al cierre de esta obra, con fecha jueves 8 de enero de 1998, apareció publicada una noticia de la Agencia AP, fechada el día anterior en la ciudad de Chicago, Estados Unidos (Diario «El Comercio», del jueves 8 de enero de 1998, Página A-1), en la que se da cuenta que un científico de esa ciudad dijo estar dispuesto a abordar la clonación de un ser humano pese a la oposición, y aseguró que si no se lo permiten en Estados Unidos tratará de hacerlo en México.

El Doctor Seed, aparente Doctor en Física de Harvard, dijo a los reporteros que quiere clonar seres humanos para ayudar a parejas que no puedan tener hijos, y que ya sabe de cuatro parejas dispuestas a colaborar con sus experimentos, para los cuales expresó utilizará las mismas técnicas empleadas por científicos escoceses que clonaron la oveja Dolly en 1996.

Estas declaraciones del científico estadounidense ocasionaron la inmediata reacción del Presidente Bill Clinton, quien según manifestó el Secretario de Prensa de la Casa Blanca, Mike McCurry, prevé renovar su llamado al Congreso para que prohíba experimentos que lleven a clonar humanos por lo menos durante los próximos cinco años.

El Diario Oficial «El Peruano» (DIARIO OFICIAL «EL PERUANO», jueves 8 de enero de 1998, Página A-12), recoge noticias provenientes de las agencias Reuters y EFE, a través de las cuales se registran las declaraciones de Harry Griffin, sub-director del Instituto Roslin de Edimburgo, donde se creó la primera oveja clonada de la historia («Dolly»), quien advirtió contra el riesgo de prácticas en humanos. El mencionado científico opinó que los seres humanos resultantes de un proceso de clonación, lejos de formar parte de una «superraza», sufrirían niveles inaceptables de mortalidad infantil, abortos espontáneos, cáncer y, posiblemente, envejecimiento prematuro.

Y noticias como las mencionadas estamos seguros abundarán en los próximos meses y años. Estos son temas en permanente evolución y discusión, comenzando por los países altamente industrializados, en donde se están realizando desde hace muchos años este tipo de experimentos, que en el caso de la investigación con animales puede traer muchos beneficios a la humanidad.

Sobre este tema resulta obligada referencia la obra del Doctor Enrique Varsi Rospigliosi (VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho y Manipulación Genética. Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Primera Edición, Lima, 1996).

En el Prólogo de la misma, el Doctor Augusto Ferrero Costa (Página 23) anota algo muy importante:

«La aparición de la ingeniería genética ha abierto la puerta hacia la modificación programada de la célula y por tanto del organismo al cual dicha célula pertenece e incluso hacia la construcción de nuevas formas o especies vivientes. Ello nos lo advierte el autor al tratar profundamente y de manera detallada el tema de la clonación, que busca crear seres idénticos a través de medios asistidos de manipulación genética. Nos preguntamos, ¿cómo podemos permitir esta forma de aplicación génica si el hombre es fruto de una larga evolución que abarca más de dos millones de años y es

él quien exclusivamente tomó conciencia de su ambiente, comprendiendo las leyes de la naturaleza y aplicándolas en su beneficio?.»

Luego, el Doctor Varsi, al referirse a las restricciones éticas que impone el tema, señala que:

«Para el estudio de este proyecto se han tomado en cuenta un sinnúmero de consecuencias éticas. Para su ejecución, las consideraciones serán mucho mayores, por ello el derecho y, sobre todo, la legislación deben estar preparados.

En este sentido, si se logra triunfar en la transferencia de genes deberán existir claras limitaciones, por ejemplo sobre las células sexuales, con las que no se podrán realizar este tipo de prácticas; puesto que la manipulación o terapia realizada sobre los espermatozoides u óvulos transformaría las generaciones futuras.

Igualmente, se deberá poner límites a la eugenesia, es decir, la práctica médica que busca la creación y evolución de una raza superior, lo que se logra modificando los genes (sea del crecimiento, del color de la piel o de las dimensiones corporales, etc.).

En este sentido, comparto la opinión de Jean Michaud, quien establece que: 'El hecho de fabricar así los embriones en el laboratorio, da ocasión de practicar sobre ellos ciertas intervenciones. Podemos distinguir ya las dos finalidades eventuales de los trabajos: o se atiende al interés del embrión y a la eliminación de enfermedades o minusvalías graves, o se intenta definir y después determinar al ser que vendrá, con la intención de conseguir el modelo ideal para sus padres o para las necesidades de una determinada sociedad. El hombre que surge gracias al hombre pero fuera del hombre provoca la tentación de la eugenesia'.

Asimismo, el Doctor Varsi formula (Páginas 149 a 155) comentarios a la legislación peruana vigente, como propuestas de modificación, con los cuales disiento, al considerar que nada lograríamos prohibiendo lo que la realidad hará quede superado rápidamente.

Sin embargo, nuestro parecer no intenta —en nada— restar méritos a tan importante contribución del Doctor Varsi al Derecho Nacional.

Sus puntos de vista pueden ser apreciados sintéticamente al leer las treinticuatro conclusiones de su obra (Páginas 157 a 163), las mismas que transcribimos:

1. El derecho es un fenómeno ordenador que se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas a fin de lograr la paz social. En su esencia el derecho es variable y dinámico puesto que debe adecuarse a los cambios que influyen sobre la vida del hombre.
2. El derecho no regula de manera inmediata una situación social. Su carácter previsional así lo exige a efectos de medir las consecuencias que genere. El derecho es paciente y cumple un rol conservador mientras que las ciencias son audaces y tienen una tendencia liberal. Es por ello que el derecho no ha caminado a la par con el ritmo vertiginoso impuesto por la tecnología.
3. Una de las ciencias que ha influido básicamente en el derecho es la medicina. Así, la biología ha determinado el inicio de la vida humana, el momento del nacimiento, la muerte de la persona y la investigación negativa de la paternidad. La cirugía, los trasplantes de órganos y la adecuación de sexo. La ingeniería genética, las técnicas de reproducción asistida y la investigación del genoma humano. Por otro lado, la genética ha aportado la determinación biológica de la paternidad.

4. Existe un claro y marcado nexo entre el derecho y la genética. Ambos estudian al hombre. El primero, su vida de relación social; la segunda, sus mecanismos de vida.
5. La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza a través de la observación (forma de apreciar los fenómenos naturales sin interferir en su proceso) o experimentación (intervención activa dirigida a modificar componentes).
6. Como todo desarrollo, el de la biociencia presenta ventajas y desventajas, beneficios y perjuicios. Por ello es necesario poner límites a la investigación biológica y sus aplicaciones, en salvaguarda del inminente peligro a que está sometido el hombre. Es aquí donde el derecho debe intervenir cautelando los valores y principios fundamentales del ser humano.
7. La investigación genética puede ser positiva (aquella realizada en beneficio del hombre) o negativa (dirigida a obtener ventajas para la ciencia sin considerar los probables perjuicios hacia la humanidad).
8. Las técnicas de reproducción humana asistida han entrado en el peligroso mundo de la manipulación genética violando normas éticas, morales, principios religiosos y acarreando consecuencias jurídicas, de ahí la urgente necesidad de reglamentar este tipo de actividades biocientíficas fijando normas para su utilización, estableciendo sanciones penales para responder a los abusos que pudieran cometerse.
9. La manipulación genética es el procedimiento biocientífico tendente a modificar o alterar negativamente el patrimonio génico de un ser viviente, variando su esencia natural. Como tal, importa una lesión genética que conculca directamente los derechos de la persona.
10. Las principales características de la manipulación genética son: es un fin para la técnica en la que se utiliza al hombre como un medio; es una intervención no terapéutica; atenta contra los derechos del ser humano; es un acto ilícito por ser contrario a la naturaleza. En concreto, la manipulación equivale a daño.
11. El ser humano puede ser manipulado en los diversos estadios de la vida: Antes de la fecundación (intervención de las células germinales), en la fecundación (clonación), en la gestación (cesión de útero), durante su vida (intervención de genoma) y, después de producida la muerte (al cadáver, reactivación del ADN).
Tenemos, entonces, que la manipulación de la vida humana puede darse desde antes de la fecundación hasta después de la muerte de la persona.
12. El derecho debe mostrarse atento a toda perspectiva biotecnológica preparando leyes especiales que regulen el desarrollo y aplicación de la genética.
13. Al derecho le interesa sobremanera la determinación del inicio de la vida, pues su función es la regulación normativa del sujeto de derecho en tanto exista un conflicto de intereses. Sin embargo, no hay un criterio científico definido acerca de este fenómeno siendo para algunos aún un misterio.
14. Es necesario estar seguros de lo que sucede luego de la fecundación, que es simplemente un proceso único e irreversible sustentado en la evolución y continuidad de un desarrollo vital, que termina exclusivamente con la muerte de la persona, y es a ésta, como protagonista y animadora principal del derecho, a la que debemos reconocer y prote-

ger desde su inicio y formación.

15. Sea cual fuere la etapa de la vida o la denominación que se le dé al producto de la concepción, es innegable que estamos ante un nuevo ser, una nueva vida, un ser humano en potencia que merece la mayor protección del derecho.
16. La reproducción es un fenómeno natural y común de todos los seres vivos por el que se engendran nuevos individuos. Su objetivo principal es conservar y perpetuar las especies. Frente a este fenómeno natural ha surgido un derecho, el derecho a la procreación.
17. Existen dos tipos de reproducción:
 - a) La asexual o vegetativa, se realiza sin gametos. Los seres se autorreproducen pues su descendencia surge de una célula o fragmento del cuerpo. Su característica radica en originar descendientes homogéneos, genéticamente iguales.
 - b) La sexual o animal, se realiza a partir de gametos. Los seres son producto de la fecundación del material genético de progenitores de sexos complementarios. Su característica radica en originar descendientes heterogéneos.
18. La clonación es una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos idénticos tanto biológica como genéticamente, es decir que comparten el mismo genoma.
19. Los tipos de clonación son:
 - a) La natural, es producida por el propio organismo viviente. Se da cuando una célula se divide, formando dos o más embriones. Es el caso de los gemelos univitelinos.
 - b) La artificial, es producto de la voluntad del hombre. En este caso la fecundación se realiza de manera asistida, extracorpórea y atípicamente, logrando engendrar de forma asexual un ser cuya característica es tener un código genético compartido con su genitor.

A su vez la clonación artificial se presenta como:

 - i. La autorreproducción, tiende a reproducir a un ser humano ya existente.
Este proceso consiste en la enucleación de un embrión y sustitución de su núcleo por el de otro embrión o de alguna otra célula.
 - ii. La reproducción gemelar, busca engendrar individuos genéticamente idénticos entre sí.
Este método se basa en seccionar el ovocito fecundado *in vitro* a fin de obtener embriones iguales.
 - iii. La partenogénesis, este método permite el desarrollo del ovocito mediante técnicas de estimulación nuclear, sin la presencia de espermatozoides.
En este proceso no hay fecundación.
20. La clonación no representa un medio adecuado para superar la esterilidad cuando otras formas terapéuticas resultaron ineficaces. Su fin es la creación y selección uniforme de seres carentes de individualidad física, por lo que debe ser prohibida legalmente.
21. Los casos en los que se ha utilizado, o se ha pensado aplicar la clonación han sido los siguientes:
 - a. Con fines de investigación no reproductivos: el cultivo de embriones idénticos, estudio y conocimiento de la célula y avances en la investigación terapéutica.

- b. Con fines reproductivos: para suplir la infertilidad, creación técnica de gemelos y crioconservación de ovocitos clonados, para permitir a las parejas homosexuales tener descendencia.
 - c. Con otros fines no reproductivos: estudio del desarrollo embrionario, creación de un banco de órganos clónicos para trasplantes, crear vida para salvar otra vida y con fines eugenésicos para mejorar las razas.
Estos casos pueden presentarse y generarían un irreversible desfase biológico y social, aparte de representar un atentado directo contra la persona y la humanidad.
22. La clonación es una experimentación sobre el material humano que transgrede las leyes de la naturaleza y las relaciones sociales, pues su fin es crear seres genéticamente iguales.
Técnicamente, la clonación es considerada una manipulación genética realizada en la etapa biológica de la fecundación.
 23. Según los tipos de clonación que pueden realizarse, la manipulación estaría dada en el caso de:
 - a. La autorreproducción, en la enucleación del embrión y transferencia o sustitución del referido núcleo.
 - b. En la reproducción gemelar, en la vivisección del embrión.
 - c. En la partenogénesis, en la activación y desarrollo del óvulo por medios técnicos.
Asimismo, la mayoría de estos casos son acompañados por transferencias de los embriones clonados para su gestación en mujeres portadoras, surgiendo otra forma de manipulación genética en la etapa de la gestación (la cesión de útero).
 24. De aplicarse y difundirse la clonación será inimaginable la fisonomía del hombre en el año 3000. Fisonomía ésta que está conformada por la estructura biocorporal del ser humano, que es un derecho de la humanidad. Nuestra especie, que es la base y línea común de caracteres que nos identifican como un mismo género, el humano, estaría en grave peligro.
 25. Deben valorarse los principios referidos a que la humanidad y la naturaleza están conformadas por seres únicos y diferenciables entre sí en su substancia biológica y que existe, por otro lado, una inmensa variedad de especies vivientes, cada una de ellas pertenecientes a un grupo natural.
 26. La clonación vulnera el principio de selección biológica y de heterogeneidad, por el cual el ser humano se presenta como único, singular e irrepetible desde el momento de la singamia. La clonación ocasionaría una transfiguración de la antropología trayendo como consecuencia uniformidad y empobrecimiento genético por pérdida de variedad en la especie humana, originando una monotonía génica.
 27. Como método de reproducción se opone a las normas morales, éticas y naturales, el orden público, las buenas costumbres y la paz social. Es un ilícito que puede ser considerado como delito biológico al atacar directamente contra la individualidad y unidad del ser humano.
 28. El avance científico ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios, por lo que el derecho ha ido adecuando sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona.
 29. La tecnología ha redimensionado las relaciones del hombre con el

hombre, con la naturaleza, así como con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos de la persona.

30. Debe prohibirse expresamente la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano, como es el caso especial de la clonación.
31. La combinación de los tres principios fundamentales como son la dignidad del ser humano, la libertad en la investigación técnico-científica y la solidaridad entre los seres humanos, permite concebir una estructura equilibrada para la protección del genoma humano.
32. Actualmente, la legislación comparada que regula el derecho genético es variada y diversa en la forma de tratar este avance de la ciencia biomédica y su influencia sobre el ser humano.
Las tendencias marcadas que tiene el derecho genético son las siguientes:
 - a. Corriente tecnicista.- Fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona. Se sustenta en los siguientes postulados: El inicio de la vida embrionaria es retardada cierto tiempo luego de la fecundación, amplía libertad en materia de manipulación y creación de embriones en exceso, así como el congelamiento, donación o destrucción de los sobrantes.
 - b. Corriente personalista.- Protege integralmente al ser humano. Formula los siguientes principios básicos: evita la artificialización de la familia, busca la coincidencia entre el vínculo biopaternal y el social, resguarda la salud psíquica y reconoce al niño el derecho a indagar sobre su identidad genética.
33. El patrimonio genético del hombre es la esencia fundamental de la humanidad por lo que debe ser ampliamente protegido, no pudiendo ser materia de ningún tipo de manipulación génica.
34. Así como existe un principio universal por el que se protege la vida humana desde la concepción, debe protegerse a la especie humana a fin de resguardar las características, unidad y conformación biológica del ser humano.»

El tema medular, sin duda, es el relativo a la clonación de seres humanos, aspecto sobre el cual el desarrollo tecnológico de nuestro país (qué duda cabe) no nos permite imponer ninguna solución, tal como fue dicho en su momento.

De lo que estamos absolutamente seguros es de que negarlo todo y prohibirlo todo sería asumir la política del avestruz, que acarrearía las más serias consecuencias.

También es necesario pronunciarnos respecto a nuestro silencio en relación a los convenios relativos a la procreación, que tienen su ejemplo más conocido en el caso de los denominados «vientres de alquiler».

Estimamos que prohibir tales situaciones sería inútil, pues independientemente de nuestra posición moral y de dicha eventual prohibición, dichos casos se seguirían presentando en la realidad.

Por otra parte, consideramos que la determinación de maternidad o paternidad en estos supuestos, debe dejarse al prudente arbitrio de la jurisprudencia.

Asimismo, debemos reconocer que hasta este momento, la doctrina nacional sólo ha hecho dos (aunque valiosísimos, por cierto) estudios y planteamientos profundos sobre el particular.

Por lo demás, son tan numerosas las hipótesis susceptibles de presentarse en la realidad, tal como lo demuestra una reciente investigación del Doctor Marcial Rubio Correa (RUBIO CORREA, Marcial. *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Volumen 2. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996), que resultaría imposible para la ley pronunciarse sobre una regulación minuciosa acerca del particular.

El citado profesor y amigo (Páginas 190 a 198) precisa que con las palabras que transcribimos a continuación intenta poner en orden y dar unidad a todo lo analizado en su obra. Para ello hace referencia a tres grandes temas, a saber: Reglas hermenéuticas generales; normas permisivas y prohibitivas sobre las finalidades de la reproducción humana asistida; y sobre los actos relativos a la reproducción humana asistida.

Seguidamente las expresiones del Doctor Rubio Correa:

«1. **Reglas hermenéuticas generales.**

- 1.1. La vida humana comienza cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide. La vida humana es sujeto de derecho en todo lo que le favorece y debe ser tratada con el respeto que corresponde. No puede ser materia de derechos de terceros, ni puede ser eliminada, ni puede ser manipulada salvo para su seguridad, salud y bienestar.
- 1.2. Toda vida humana tiene el derecho inmediato de seguir su curso normal de evolución y de anidar en el útero de la madre biológica en debido tiempo.
- 1.3. En la resolución de cualquier problema referente a la reproducción humana asistida, deben ser tomados en cuenta los intereses de quienes participan en el hecho y también los del nuevo ser humano que emergerá. En caso de conflicto, debe prevalecer el interés objetivo del nuevo ser humano, que será deducido del contenido de los derechos humanos y de las reglas existentes sobre tratamiento de menores.
Esta regla, desde luego, es también exigible cuando se deba aplicar alguna de las siguientes reglas hermenéuticas.
- 1.4. Cuando se tenga que optar entre que el nuevo ser humano tenga padre y madre, o sólo uno de ellos, o ninguno, las soluciones jurídicas deberán preferir que tenga padre y madre a que tenga sólo uno, y que tenga sólo uno a que no tenga ninguno.
- 1.5. Siempre que se pueda elegir, se preferirá la solución jurídica que otorgue la paternidad y maternidad legales del menor, a personas que están casadas entre sí y llevan vida en común.
Si no es aplicable el caso anterior, se preferirá a la pareja que forme una familia bajo la relación de compañeros permanentes.
- 1.6. La presunción **pater is** es aplicable en todos los casos de reproducción asistida en los que proceda. También son aplicables las normas que permiten negar la paternidad. Para ello debe tenerse en cuenta lo siguiente:
 - 1.6.1. La presunción **pater is** supone que la cónyuge devenga en madre legal de un niño. Si se trata de un caso de reproducción asistida, la presunción **pater is** será aplicable siempre que la cónyuge devenga en madre legal, y aunque no haya gestado al niño. La presunción **pater is** no será

- aplicable al marido de la madre biológica (la que gesta), que no deviene en madre legal.
- 1.6.2. El marido que haya prestado su consentimiento a la participación de su mujer, bajo cualquiera de las formas en las que eso es posible, en hechos de reproducción asistida, y mientras ese consentimiento sea válido, no puede negar la paternidad del hijo de su mujer.
- 1.6.3. Se establecerá como causal de separación de cuerpos y de divorcio, el caso en que uno de los cónyuges participe de alguna manera en un hecho de reproducción humana asistida, sin que el otro haya dado su consentimiento en la forma que haya previsto la ley. Se considera que esta situación vulnera la fidelidad que se deben los cónyuges entre sí.
- 1.6.4. Cuando el marido haya recibido la paternidad legal del niño en aplicación de la presunción **pater is**, ningún hecho posterior alterará su paternidad legal, y tampoco la maternidad legal de su cónyuge.
- 1.7. Cuando el marido asuma paternidad legal por razón de su participación en un hecho de reproducción humana asistida y el niño no tuviera madre legal, la cónyuge tiene preferencia para, por su sola voluntad, convertirse en la madre adoptiva de dicho niño.
- 1.8. Quien tenga la calidad de hijo será sucesor de su padre o de su madre en la forma que establezca la ley de la materia. Si cuando adquiere esta condición y el consiguiente goce de los derechos patrimoniales, los bienes de la sucesión han sido ya distribuidos, tendrá disponible el ejercicio de las acciones petitoria y reivindicatoria de herencia para exigir sus derechos.
- 1.9. Siempre que estemos ante una pareja de compañeros permanentes según hemos definido esta expresión, se observará las reglas siguientes:
- 1.9.1. Si la compañera deviene en madre legal de un niño, el compañero será considerado su padre legal.
- 1.9.2. El compañero permanente podrá negar la paternidad del niño cuando su compañera devenga en madre legal por haber participado de alguna manera en un hecho de reproducción humana asistida sin su consentimiento. La negación de la paternidad en estos casos funciona de la misma manera que en la presunción **pater is**.
- 1.9.3. Cuando no sean aplicables los dos párrafos anteriores y uno de los compañeros permanentes deviene en padre o madre legal o adoptivo de un niño por razón de su participación en hechos de reproducción humana asistida, el otro compañero permanente tendrá preferencia para, a su sola voluntad, convertirse en el otro padre adoptivo del niño.
- 1.10. Cuando la misma mujer es madre genética (es decir, aquella cuyo óvulo fue fecundado) y madre biológica (aquella que gestó y dio a luz), será también la madre legal del niño. Cuando la madre genética y la madre biológica sean personas distintas, la madre legal será la madre biológica.

Si la madre biológica muere o deviene en físicamente incapaz de asumir la maternidad legal (por ejemplo por parálisis total o muerte cerebral) dentro de los dos primeros años del nacimiento del niño, la madre genética será la madre legal, salvo que fuera aplicable la regla 1.6.4.

- 1.11. El hijo concebido por técnicas de reproducción humana asistida, adquiere todos los derechos que corresponden a un hijo, incluidos los derechos de parentesco.
- 1.12. El padre o la madre genética que no sean padre o madre legal tienen obligación de prestar alimentos al ser humano engendrado con sus gametos a través de un procedimiento de reproducción humana asistida, aunque no sean titulares de la paternidad o maternidad legal.

La ley podrá hacer solidario de este deber alimentario al cónyuge o compañero permanente que dio su asentimiento para que el otro participara en el hecho de reproducción humana asistida.

- 1.13. No existe anonimato para quienes participan en hechos de reproducción humana asistida.

2. Normas permisivas y prohibitivas sobre las finalidades de la reproducción humana asistida.

- 2.1. La reproducción humana asistida se permitirá a parejas casadas y que hacen vida en común, o a parejas de compañeros permanentes, por razón de esterilidad no solucionada por otros medios y para los casos en los que haya fundado temor de que se produzca la transmisión de una enfermedad hereditaria grave para la prole. El procedimiento de reproducción asistida autorizado deberá cumplir dos requisitos cuanto menos:

- 2.1.1. El procedimiento deberá ser proporcionado al problema que se pretende solucionar.

- 2.1.2. Siempre se protegerá la seguridad y bienestar del embrión y se respetará su vida.

- 2.2. La fecundación **post mortem** está prohibida. Todo acto realizado en referencia a ella es nulo por afectar normas de orden público. Si no obstante la fecundación **post mortem** ocurriera, se tendrán las siguientes reglas:

- 2.2.1. Si la mujer fecundada no es quien fue cónyuge legítima del fallecido, no habrá declaración de paternidad legal para el donante por ningún motivo.

- 2.2.2. Si la mujer fecundada es quien fue la viuda del donante, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

- 2.2.2.1. Si el donante declaró su voluntad de que ese esperma fecundara a su cónyuge, aunque no lo haya dicho específicamente para el caso de fecundación **post mortem**, se le tendrá por padre legal.

- 2.2.2.2. Si el donante declaró su voluntad de que no se hiciera fecundación **post mortem**, o no existe prueba de que declarara voluntad de tener dicho hijo, entonces no se le tendrá por padre legal.

- 2.2.2.3. Las dos reglas anteriores serán aplicadas analógicamente al caso de la compañera perma-

nente fecundada con semen de su compañero difunto.

- 2.3. Muerto el donante, el semen o los óvulos que se tenga disponibles serán eliminados bajo responsabilidad del jefe de la institución donde se encuentran conservados.
- 2.4. No se permite la reproducción humana asistida en favor de mujeres solteras.
- 2.5. No se permite la reproducción humana asistida en favor de parejas homosexuales.
- 2.6. Son nulos por atentar contra normas de orden público todos los actos jurídicos conducentes a la existencia de madres subrogadas.
- 2.7. Está prohibida la selección genética para los hijos por reproducción humana asistida.
3. **Sobre los actos jurídicos relativos a la reproducción humana asistida.**
 - 3.1. Toda declaración de voluntad en torno a estos actos deberá ser hecha por escrito para tener validez. La ley podrá requerir formalidades adicionales.

Antes de la declaración de voluntad, será obligatorio que los interesados sean informados de todo lo concerniente al proceso de reproducción humana asistida en el que participarán, de sus consecuencias, significados y riesgos. La información la dará personal competente.

Toda declaración de voluntad en torno a estos actos será pura y simple.

Toda disposición de gametos será a título gratuito.
 - 3.2. La voluntad declarada de la manera antedicha podrá ser revocada:
 - 3.2.1. En cualquier momento antes de producida la concepción.
 - 3.2.2. Si se ha realizado un primer intento fallido de fecundación y se está por iniciar uno segundo.
 - 3.2.3. Si producida la implantación el embarazo se frustra.
 - 3.3. No podrá revocarse la aceptación:
 - 3.3.1. Después de iniciados los procedimientos biológicos que conducen ineludiblemente a la concepción y mientras ellos no se demuestren fallidos.
 - 3.3.2. Desde que la concepción se ha producido, mientras exista vida humana a partir de ella.
 - 3.3.3. La decisión será irrevocable luego del nacimiento porque, con él, nace la persona y quedan establecidos los vínculos de paternidad y maternidad de manera indeleble para el Derecho.
 - 3.4. Para participar válidamente en actos relativos a reproducción humana asistida es necesario:
 - 3.4.1. Haber cumplido la edad a la que como regla general se adquiere la plena capacidad de ejercicio, y
 - 3.4.2. Tener plena capacidad de ejercicio de los derechos.
 - 3.4.3. Podrá adicionalmente establecerse una edad máxima. Se menciona en la literatura la de treinticinco años.
 - 3.5. No se podrá realizar más de entre seis y diez fecundaciones con el material genético de un mismo donante. La ley deberá esta-

blecer el máximo preciso.

- 3.6. No se podrá mezclar gametos masculinos o femeninos entre sí durante cada proceso de reproducción humana asistida.»

Resulta necesario reparar en que el tema de la reproducción humana asistida también fue abordado por otro profesor y amigo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Doctor Gorki Gonzales Mantilla (GONZALES MANTILLA, Gorki. *La Consideración Jurídica del Embrión In Vitro*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Volumen 5. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1996), quien concluye su prolija investigación señalando, a manera de comentario final, lo siguiente:

«Luego de este itinerario, resulta muy difícil establecer conclusiones definitivas sobre los problemas analizados. Por tal razón, en este comentario final, se pretende identificar la raíz de algunos núcleos claves para la comprensión de la situación jurídica en la que se encuentra el embrión **in vitro**.

Un primer aspecto a resaltar es que en los sistemas, en donde la práctica de la fecundación **in vitro** está legalizada, la consideración jurídica del embrión está diseñada en orden a su potencial implantación y desarrollo, es decir, como componente básico de las técnicas de reproducción. Su **status** jurídico adquiere un perfil más bien funcional.

La fuerza de los cambios producidos en la biología y la genética, han facilitado las cosas en términos de hacer permisibles, jurídicamente, hechos consumados. La capacidad de reacción del Derecho no ha sido la suficiente, especialmente ahora que los cambios se producen de modo permanente.

La adopción de salidas jurídicas que buscan ser permanentes herederas de la tradición no siempre son efectivas y, en muchos casos, impiden percibir el fondo del problema. De ahí que la idea de asimilar al embrión **in vitro** a la condición del nacido, atribuyéndole su mismo **status** jurídico no parece contribuir a solucionar el problema de su protección jurídica.

No se puede pasar por alto el impacto ocasionado en el Derecho, los cambios a nivel de la biología y las técnicas de reproducción asistida. Es preciso replantear o reformular las premisas basadas en supuestos de orden natural. Los nuevos supuestos exigen nuevas respuestas jurídicas que deberían ser sistematizadas en una normatividad especial.

En ese sentido, es necesario poner el énfasis, para que desde el Derecho se insista en la necesidad de mejorar las técnicas empleadas en la fecundación **in vitro**, como condición para su aplicación. Dejando a salvo el principio del reconocimiento jurídico de la vida, debe garantizarse la determinación científica del número de embriones necesarios para la fecundación **in vitro**, de modo que no queden sobrantes o residuales en ningún supuesto.

Como ya se advirtió, el reconocimiento jurídico de la vida debe garantizar, en el peor de los casos, la implantación del embrión residual en otra mujer. La regla de reconocimiento, es pues la vida del embrión y su protección requiere de instrumentos derivados del establecimiento de prohibiciones y responsabilidades en el personal científico que tenga a su cargo la aplicación de esta técnica.

No será admisible, por ello, la manipulación en embriones **in vitro** cuando estas prácticas no estén dirigidas a potenciar su desarrollo biológico, o en caso contrario, inadmisibles para fines de experimentación no terapéutica mientras exista la posibilidad de que el embrión alcance su potenciali-

Finalmente, eliminamos la expresión «humana», ya que –tal como ha sido dicho– toda persona tiene esa condición. No olvidemos que estamos en la Sección correspondiente a las Personas Naturales.

Artículo 6.–

Artículo 7.– «La disposición de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del disponente. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del disponente.»

Fundamento.– Sustituimos la palabra «donación» por «disposición», ya que la donación es un contrato típico regulado como tal en nuestro Código Civil y, como sabemos, estamos ante actos o convenios de contenido no patrimonial, pues versan sobre partes del cuerpo humano.

En tal sentido, la palabra «donación» estaría siendo empleada de modo plurisignificativo, lo que consideramos inadecuado, al igual que el término «donante» (parte en el contrato de donación), el mismo que sustituimos por «disponente».

Por otra parte, todos somos conscientes de que en un alto porcentaje estos actos de disposición se realizan –en la práctica– a título oneroso, es decir, a cambio de una contraprestación que en la mayoría de veces consiste en dinero o signo que lo represente.

De ninguna manera vamos a proceder a prohibir la onerosidad de estos convenios, pues más allá de algunas discutibles consideraciones de índole moral, no debemos olvidar que en muchas ocasiones ésta es la única vía a través de la cual una

dad biológica, ni tampoco si esa situación fuera provocada voluntariamente por los propios actos del científico a cargo.

Mejorar las técnicas de congelamiento de óvulos es un imperativo, de este modo será innecesario fecundar embriones en exceso. Ello, en suma, permitirá una mejor disposición para el reconocimiento y protección de la vida del embrión **in vitro**.»

persona puede conseguir el órgano que requiere para seguir viviendo, y que la otra (en la eventualidad de que no las vincule ninguna relación afectiva) se sacrifique en beneficio de la primera. Esto es «pan de cada día» y negarlo sería como «tratar de tapar el sol con un dedo».

Artículo 8.— «Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

De no haber dejado constancia de su oposición a la realización de tales actos, se presumirá el asentimiento de la persona.»

Fundamento.— Consideramos conveniente agregar una norma como la contenida en nuestro tercer párrafo, para concordar la regulación del tema en el Código Civil y en la Ley de Trasplantes de Organos y su Reglamento, disponiendo en tal sentido. La opción que hemos tomado para este caso, se basa en su naturaleza **mortis causa**. En efecto, debemos recalcar que este acto recae sobre órganos de un cadáver, debiendo primar la preservación de otra vida cuya sobrevivencia podría lograrse gracias a tal disposición.

Artículo 9.— «Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6. Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.

La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna, salvo la derivada de enriquecimiento sin causa.»

Fundamento.— Asumiendo que en la realidad muchos de estos actos se practican a título oneroso, si la persona que se compromete a disponer de parte de sus órganos o tejidos, se arrepiente, resultará obvio que no se trata de una obligación civil y que no cabe ni su ejecución forzosa ni resolverla en indemnización de daños y perjuicios.

No obstante, si el interesado en recibir ese órgano o tejido, hubiese efectuado un pago a la otra parte, sería absurdo que el Derecho le niegue la posibilidad de reclamar su devolución. Y la acción correspondiente sería la derivada del enriquecimiento sin causa.

Artículo 10.— «El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, previo conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de éstos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia, o de la persona fallecida, en los términos del tercer párrafo del artículo 8.

Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.»

Fundamento.— Consideramos pertinente efectuar la adición anotada, en razón de que la persona fallecida es aquella que puede haber dejado constancia —con anterioridad a su muerte—, de su oposición a tales actos, en las eventualidades contempladas por el artículo 10 del Código Civil.

Artículo 11.—

Artículo 12.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Creemos que el tema regulado por el actual artí-

culo 12 del Código Civil, corresponde, más que al Derecho de las Personas, al Derecho de las Obligaciones y Contratos.

Por otra parte, las personas tienen la más amplia libertad de obligarse a dar, hacer o no hacer aquello que consideren conveniente, dentro de los límites impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres.

Todo aquello que no está prohibido, se encuentra permitido por la ley, lo que equivale a decir que resulta susceptible de formar parte de los convenios y contratos de las personas.

Por lo demás, sabemos perfectamente que en virtud de lo establecido por el artículo 1150, inciso 1, del Código Civil, en el caso de las obligaciones de hacer, si bien se puede exigir la ejecución forzosa del hecho prometido, ello no resulta posible si para tal efecto fuera necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Esto coincide con lo dispuesto por el actual artículo 12 del Código Civil. Sin embargo, como las obligaciones se contraen para cumplirse, por más riesgoso que sea el objeto de la obligación, cabe el arrepentimiento del deudor de la misma, pero por tal razón no quedará exceptuado del pago de la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, de acuerdo a ley.

Artículo 13.-

Artículo 14.- «La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o, si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.»

Fundamento.- Simples razones de redacción. Se trata -obviamente- de un punto prescindible.

Artículo 15.-

Artículo 16.- «La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz o

imagen, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida laboral, personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.»

Fundamento.— Estimamos pertinente la primera adición efectuada, ya que podría darse el caso que las grabaciones que se efectúen de una persona no sólo sean de la voz, sino también de su imagen, o sólo de su imagen, y tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de su vida personal y familiar.

Por lo demás, hemos procedido a agregar el aspecto de la vida laboral de la persona, el mismo que merece igual protección.

Con los adelantos del video y los medios de interceptación, producidos desde la promulgación del Código Civil en 1984, estas adiciones resultarían convenientes. Más aún, si consideramos los acontecimientos violatorios de esta materia que toda la sociedad peruana y el mundo conocen.

No obstante ello, estimamos que una adecuada interpretación jurisprudencial podría suplir los vacíos de la ley.

Artículo 17.— «La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

Si fuesen varios los autores de dichos actos

violatorios o lesivos, serán indivisible y solidariamente responsables.»

Fundamento.— La expresión empleada actualmente en el segundo párrafo del artículo 17 del Código Civil, no necesariamente tiene un correlato práctico, en la medida que el autor del daño sea una sola persona, ya que la solidaridad es propia de las obligaciones con pluralidad de sujeto.

Por nuestra parte, agregamos que se trata de una responsabilidad de orden indivisible y solidario, ya que ella es la que acarrea las consecuencias más gravosas en perjuicio de los causantes del daño y en beneficio del agraviado.

Sin embargo, esta propuesta es prescindible.

Artículo 18.—

TITULO III Nombre

Artículo 19.— «Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos y, necesariamente, al menos dos prenombres.

Asimismo, toda persona mayor de edad, salvo los analfabetos, tiene el derecho y el deber de tener una firma, y de utilizarla sin variaciones sustanciales en todos los documentos de carácter oficial y privado que suscriba.

La firma a que se hace referencia es la que figura en la Libreta Electoral o en el Documento Unico de Identidad, si ya lo hubiera obtenido.

Puede cambiarse de firma, previo registro de la nueva en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y la obtención de un duplicado del

Documento Unico de Identidad en donde conste la misma.»

Fundamento.— Nuestra primera modificación se dirige a imponer el requisito de que a toda persona se le inscriba en el Registro Civil con por lo menos dos prenombrs. La razón es muy simple: en las últimas décadas, sobre todo con el aumento de la delincuencia, se han dado numerosísimos casos en los cuales una persona inocente ha tenido problemas con la policía y/o con la justicia, por llevar el mismo prenombre y los mismos apellidos que algún delincuente requisitoriado.

No pensamos que con ello se eliminaría el problema, pero si la persona tuviese al menos dos prenombrs, aquél se atenuaría notablemente.

El tema de la firma es siempre obviado al tratar acerca de los derechos de la persona, pasando inadvertido, no obstante su trascendental importancia en la vida diaria.

Estimamos conveniente agregar dos párrafos al texto actual del artículo 19, referidos a la firma, entendida ésta como un deber y un derecho de toda persona mayor de edad, que no sea analfabeta.

Por otra parte, establecemos la obligatoriedad del uso de una misma firma, entendiéndose por tal aquella que figura en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (antes Registro Electoral) y que es la que figurará en la Libreta Electoral o Documento Unico de Identidad de la persona de que se trate.

Diversos estudios realizados por psiquiatras, psicólogos y médicos, al igual que historiadores, han demostrado que las personas suelen cambiar inadvertidamente los rasgos de su firma con el paso de los años.

Esto se debe a múltiples razones, tanto derivadas de problemas relacionados a la salud física o mental, estado nervioso, alteraciones en la personalidad, etc. Asimismo, otras personas suelen cambiar su firma con el único y exclusivo propósito de evitar su falsificación, al considerar que dicho ilícito proceder resultaría fácil de mantenerse la firma actual.

En estos casos, en los que la persona ya no conserva la firma original, se producen en la práctica diversos problemas cuando en instituciones públicas y privadas se confronta la nueva firma con aquella que figura en la Libreta Electoral, y esa persona puede encontrarse en dificultades, las mismas que van desde no poder cobrar un cheque, hasta no poder sacar un pasaporte.

En este sentido, es que regulamos el tema de la firma como un deber y un derecho, a la vez que permitimos el cambio de la misma a iniciativa de su titular, por las razones que considere conveniente.

Artículo 20.— «Al hijo nacido dentro del matrimonio le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.»

Fundamento.— Tal como es desarrollado por nosotros en nuestro análisis del Libro de Derecho de Familia, proponemos suprimir la distinción entre hijos «matrimoniales» e hijos «extramatrimoniales», debido a que ella resulta discriminatoria en sí misma, a la vez que contraria a lo dispuesto por las Constituciones Políticas de 1979 y 1993.

De ahí la modificación anotada.

Artículo 21.— «Al hijo nacido fuera del matrimonio le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.

Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial.»

Fundamento.— La modificación anotada tiene el mismo fundamento que el artículo precedente.

Artículo 22.—

Artículo 23.-**Artículo 24.-****Artículo 25.-****Artículo 26.-****Artículo 27.-****Artículo 28.-**

Artículo 29.- «Cualquier persona puede cambiar su nombre, o hacerle restricciones o adiciones, previa autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio, restricción o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.»

Fundamento.- Consideramos que debe ser regla general el que cualquier persona pueda cambiar su nombre, sin que ello constituya un caso que merezca proceder sólo por motivos justificados.

Quien quiera cambiar su nombre (prenombres y/o apellidos) tendrá razones para desear dicho cambio y el derecho debe proteger la intimidad del interesado y sus consideraciones personales.

Lo que queremos decir es que, en buena cuenta, el cambio de nombre no debe tener expresión de causa; obviamente, sólo procederá previa autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

Además incluimos el tema de las restricciones, pues podría

darse el caso de alguien que tenga muchos nombres y desee suprimir alguno o algunos.

Artículo 30.— «El cambio, restricción o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación.»

Fundamento.— Efectuamos la precisión anotada, pues podría tratarse de un supuesto de restricción y no de adición o cambio de nombre, el mismo que también debería ser considerado en la ley.

Artículo 31.— «La persona perjudicada por un cambio, restricción o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente.»

Fundamento.— El mismo en que se basa nuestra modificación al artículo 30.

Artículo 32.—

TITULO IV **Domicilio**

Artículo 33.—

Artículo 34.—

Artículo 35.—

Artículo 36.—

Artículo 37.—

Artículo 38.-**Artículo 39.-****Artículo 40.-** Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Como puede apreciarse de nuestras modificaciones al Libro de Derecho de Obligaciones, hemos incorporado el concepto del artículo 40, actualmente en vigencia, al texto del artículo 1239, ya que estimamos que ésta última resulta ser su ubicación idónea, por las razones ahí anotadas.

Artículo 41.-

TITULO V

Capacidad e incapacidad de ejercicio

Artículo 42.-**Artículo 43.-****Artículo 44.-****Artículo 45.-**

Artículo 46.- «La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión.»

Fundamento.- Dentro de nuestra propuesta de reforma al Libro de Derecho de Familia, hemos prohibido, por las razones que

ahí señalamos, el matrimonio de personas que aún no hayan cumplido la mayoría de edad.

De ahí que en tal caso, devenga necesario modificar en este extremo al artículo 46, bajo análisis.

Por otra parte, estimamos que la obtención de un título profesional —es decir, el haber cursado y concluido una carrera profesional—, a la vez que haberse graduado profesionalmente a los dieciséis o diecisiete años, implica tener aptitudes extraordinarias, que sin duda darían mérito suficiente para otorgarle capacidad de ejercicio a ese menor de edad (sin embargo, ello resulta en la práctica —por razones obvias— casi imposible).

Consideramos que el ser profesional hace madurar mucho al menor y le da una formación lo suficientemente sólida como para otorgarle capacidad de ejercicio.

No opinamos lo mismo de cualquier oficio, pues para obtener formalmente los títulos de algunos de ellos, sólo se requiere de una breve formación, motivo por el cual excluimos ese supuesto de los casos de obtención de capacidad a quienes todavía no han cumplido los dieciocho años.

TITULO VI

Ausencia

CAPITULO PRIMERO

Desaparición

Artículo 47.—

Artículo 48.—

CAPITULO SEGUNDO

Declaración de ausencia

Artículo 49.-

Artículo 50.-

Artículo 51.- «La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado.

El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos sólo respecto a una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente, debiendo reservar el resto de los mismos.»

Fundamento.- Consideramos que existe un error en la concepción del tema de los frutos del artículo 51 del Código Civil. No es que el poseedor goce de los frutos con la única limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente, sino que la situación es a la inversa: el poseedor puede hacer suyos los frutos solamente respecto de la cuota de libre disposición del ausente, debiendo conservar o preservar aquella porción que no es de libre disposición, lo que revestiría plena lógica.

De ahí nuestra modificatoria al numeral bajo análisis.

Artículo 52.- «Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción a los artículos 56 y 57.»

Fundamento.- Incluimos la referencia al artículo 57, pues en el mismo se contemplan las disposiciones aplicables a los casos no previstos por los artículos 55 y 56 del Código Civil. Esto equivale a decir que el artículo 57 también resulta pertinente como norma de referencia.

Artículo 53.-**Artículo 54.-**

Artículo 55.- «Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:

1. Percibir los frutos, aplicándose al caso lo dispuesto por el artículo 52.
2. Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.
3. Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51.
4. Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.
5. Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.
6. Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.
7. Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.»

Fundamento.- Consideramos pertinente la remisión al artículo 52, como norma aplicable al tema de los frutos para el caso del administrador judicial de los bienes del ausente, ya que no se trata de que haga suya la integridad de los mismos, sino de acuerdo a los límites establecidos por nosotros en el artículo mencionado.

Pero más allá de la precisión anotada debemos admitir que esta modificación no es imprescindible.

Artículo 56.-

Artículo 57.- «En lo no previsto por los artículos 55 y 56 se aplican las disposiciones del Código Procesal Civil sobre administración judicial de bienes comunes.»

Fundamento.- La modificación anotada obedece al cambio de nomenclatura operado a raíz de la sustitución del Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente a la fecha de promulgación del Código Civil, en 1984, por el Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

Artículo 58.- «Cualquier heredero forzoso, económicamente dependiente del ausente, que no recibiére rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, puede solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.

Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable.»

Fundamento.- Modificamos la redacción del artículo 58 en vigencia, ya que no existe razón alguna en separar, como hace el Código en esta y otras normas, la referencia al cónyuge y a otros herederos forzosos, en razón de que dadas las normas sobre Derecho de Sucesiones, el cónyuge forma parte de los herederos forzosos.

Artículo 59.-

Artículo 60.-

TITULO VII

Fin de la persona

CAPITULO PRIMERO

Muerte⁽¹¹³⁾

Artículo 61.-

(113) Sobre el tema de la muerte y su relación con el Derecho tenemos en el Perú un interesantísimo trabajo elaborado por nuestro amigo el Doctor Juan Morales Godo (MORALES GODO, Juan. *Hacia una Concepción Jurídica Unitaria de la Muerte*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Volumen 7. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997), en donde el autor se encarga de llamar la atención sobre tan delicado y actual problema.

Dicha investigación finaliza en una docena de conclusiones (Páginas 93 a 96), las mismas que nos permitimos transcribir seguidamente:

- «1. La muerte es un concepto cultural que puede ser apreciado desde diversas perspectivas disciplinarias. Si bien tiene un componente biológico, son los valores imperantes en una comunidad los que determinan el momento de la muerte. El jurista recoge la información científica y la conjuga con los valores imperantes en la sociedad.
2. La muerte, desde la perspectiva biológica, es un proceso, de carácter inexorable. La muerte biológica, etapa final del proceso de muerte, es entendida como la extinción total de las células del ser humano. Culturalmente se han adoptado otros instantes, dentro del proceso, cada vez más alejados de la muerte biológica, sustentados en los avances de la ciencia.
3. Los autores distinguen tres fases del proceso de muerte: la fase de la muerte relativa, de la muerte intermedia y de la muerte absoluta. La primera, llamada también muerte aparente; si bien es el inicio del proceso de muerte, no es la muerte en sí; la muerte intermedia es la llamada muerte clínica, o muerte tradicional propiamente dicha y la fase absoluta o muerte biológica, entendida como la extinción de la última célula del ser humano.
4. Dentro de la fase de la muerte intermedia, se distingue la llamada muerte clínica, criterio usado para los pacientes que no van a ser objeto de trasplante y que implica el cese de las tres funciones superiores del ser humano, y la llamada muerte cerebral, criterio usado exclusivamente para diagnosticar la muerte para los pacientes que van a ser objeto de ablación de sus órganos. Como es de apreciarse, ni la muerte relativa, ni la muerte absoluta, son criterios usados para diagnosticar la muerte con efectos jurídicos.
5. El Derecho no había mostrado preocupación por la noción de muerte, ni por los criterios que debían adoptar los médicos para diagnosticarla, pero como consecuencia del desarrollo de las técnicas de los trasplantes de órganos, los problemas implícitos en ellas, especialmente en lo que se refiere a la determinación de la muerte, han despertado

Artículo 62.— «Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos sucesorios.»

Fundamento.— Coincidimos con lo sostenido por el Doctor

-
- el interés para, de alguna manera, regular este tema, cuidando de recoger los avances científicos universalmente aceptados, cotejándolos con las apreciaciones valorativas imperantes en la comunidad.
6. La muerte pone fin a la persona. Ello significa que el ser humano deja de ser sujeto de derecho y se convierte en objeto de derecho. A esta situación determinante se suma la preocupación porque se respete la libertad y la dignidad de los seres humanos que, de alguna manera, pudieran ser violentadas por el ejercicio sin ética profesional de los médicos al efectuar los trasplantes, precipitando un diagnóstico precoz.
 7. Proponemos la necesidad de unificar en una sola noción, la muerte desde la perspectiva jurídica, toda vez que existe unanimidad en los criterios para determinar la muerte cerebral. Esta muerte tiene una situación realmente irreversible, por lo que es un criterio universalmente aceptado por la medicina. No encontramos justificado que sólo se utilice este criterio cuando se va a efectuar un trasplante.
 8. Los trasplantes de órganos vitales de cadáveres precipitaron la necesidad de recurrir a un nuevo criterio de muerte, porque con la muerte clínica, dichas intervenciones no resultaban eficaces. Si existía el criterio que la muerte de la persona era sinónimo del cese de funcionamiento, con carácter irreversible de una de las funciones superiores, el cese de funcionamiento del cerebro resultaba la única función realmente irreversible.
 9. La razón de adoptar este nuevo criterio para determinar la muerte de la persona, obedece a razones de tiempo y eficacia. Se requiere de un diagnóstico precoz para facilitar los trasplantes, pero este diagnóstico debe asegurar el cese irreversible de la función cerebral.
 10. La mayor parte de las legislaciones definen la muerte cerebral de una manera genérica, pero en lo que sí inciden es en fijar los criterios que debe seguir el médico al diagnosticar la muerte cerebral, así como los médicos que deben diagnosticarla. Estos criterios, con matices diferenciales, son aceptados por la ciencia médica universalmente.
 11. La legislación peruana define genéricamente la muerte cerebral y señala los criterios que debe seguir el médico para diagnosticar la muerte cerebral y establece el equipo de médicos que deben integrar el comité para la comprobación de la misma. El Código Sanitario, D.L. 17505; la Ley de Trasplante 23415; su modificatoria, la Ley 24703; y el reglamento de estas dos últimas normas, el D.S. 014-88-SA, establecen y regulan los aspectos señalados.
 12. El estado de coma viene a ser la primera fase del proceso de muerte (muerte aparente), que como sabemos es de carácter reversible. El llamado coma ultrapasado, implica la llamada 'muerte cerebral' y se diagnostica en base al cese de la función cerebral.»

Guillermo Lohmann Luca de Tena, cuando expresa que, en concordancia con el artículo 660 del Código Civil Peruano, si la muerte presupone transmisión de la herencia –entendida ésta en un sentido amplio– y beneficia a los «sucesores», decir que se transmiten derechos hereditarios equivaldría a afirmar que sólo los herederos pueden ser beneficiarios de la sucesión, lo que no es cierto, ya que también pueden serlo los legatarios, conforme a lo dispuesto por los artículos 735 y 738, normas que disponen que esta clase de sucesores se instituyen por el testador y reciben de él, bienes determinados que forman parte de su cuota de libre disposición.

CAPITULO SEGUNDO

Declaración de muerte presunta

Artículo 63.– «Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1. Cuando haya transcurrido cuatro años desde las últimas noticias del desaparecido o dos si éste tuviere más de ochenta años de edad.
2. Cuando haya transcurrido medio año si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.
3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.»

Fundamento.– Para efectos de la procedencia de la declaración judicial de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, variamos los plazos establecidos en los incisos 1 y 2 del artículo 63.

Consideramos que el plazo de diez años establecido actualmente por el inciso 1), desde las últimas noticias del desaparecido, resulta excesivo, siendo lógico reducirlo sustancialmente, a un plazo de cuatro años (el doble del requerido para que proce-

da la declaración judicial de ausencia). Lo mismo pensamos del plazo de cinco años transcurridos desde las últimas noticias del desaparecido, si éste tuviere más de ochenta años. Consideramos que este plazo es excesivo, razón por la cual procedemos a reducirlo a dos.

Por otra parte, en lo referente al inciso 2, en la actualidad se exige para que proceda la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, el que hayan transcurrido dos años en caso que la desaparición se hubiera producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. Creemos también que este plazo resulta excesivo, razón por la cual lo hemos reducido a medio año.

Artículo 64.— “La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones y en el registro personal.”

Fundamento.— Adecuamos la norma a lo dispuesto por el artículo 2030, inciso 2, del Código Civil.

Artículo 65.—

Artículo 66.—

CAPITULO TERCERO

Reconocimiento de existencia

Artículo 67.—

Artículo 68.— «El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge. Sin embargo, este último puede solicitar la anu-

lación del segundo matrimonio de acuerdo a lo prescrito por el artículo 277, inciso 9.»

Fundamento.— Se trata sin duda de un tema largamente discutido en doctrina y acerca del cual resulta necesario tomar posición.

El Código de 1984 optó por una de las soluciones que se contemplan sobre el particular. Sin embargo, no creemos que sea la más acertada, ya que si bien brinda seguridad jurídica al nuevo cónyuge (es decir, a quien se casó con la viuda o con el viudo), desconoce los reales sentimientos que pueden presentarse respecto a aquel que se volvió a casar, no por haberse deteriorado su primer matrimonio, ni por haber dejado de amar a su cónyuge, sino por creerlo muerto, en el supuesto que quien ha sido declarado como tal reaparezca vivo. Creemos que la solución tajante que establece el Código Civil al respecto debería ser flexibilizada, permitiendo la anulación del segundo matrimonio, únicamente a instancias del cónyuge que se volvió a casar y dentro de un plazo muy breve, que establecemos en un nuevo inciso del artículo 277 del Código Civil.

Artículo 69.—

TITULO VIII
Registros del estado civil

Artículo 70.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

Artículo 71.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

Artículo 72.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

Artículo 73.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

Artículo 74.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

Artículo 75.— Este artículo está derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), de fecha 12 de julio de 1995.

SECCION SEGUNDA

Personas jurídicas

TITULO I

Disposiciones generales

Artículo 76.— «La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

Para todo lo no previsto en esta Sección, y en lo que fuere connatural a las personas jurídicas sin fines de lucro, resulta aplicable lo dispuesto por la Ley General de Sociedades.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior.»

Fundamento.— Efectuamos la adición de un nuevo párrafo al primer artículo relativo al régimen legal de las personas jurídicas, ya que creemos que existen muchos aspectos de la Ley General de Sociedades que resultaría útil hacer de aplicación supletoria a las mismas.

Artículo 77.—

Artículo 78.—

Artículo 79.—

TITULO II

Asociación

Artículo 80.— «La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.

Sin embargo, para la consecución de sus fines, la asociación puede realizar actividades lucrativas, siempre y cuando las mismas no tengan por objeto repartirse las utilidades entre los asociados, sino destinarlas al objeto social.»

Fundamento.— Sería interesante efectuar la precisión anotada en nuestro segundo párrafo, considerando que en estos casos las asociaciones sí pueden realizar actividades lucrativas, con las restricciones ahí señaladas.

No obstante lo anotado, esta modificación no resultaría indispensable.

Artículo 81.—

Artículo 82.– «El estatuto de la asociación debe expresar:

1. La denominación, duración y domicilio.
2. El objeto social.
3. El patrimonio social.
4. El régimen de sus órganos y la designación y facultades del representante legal.
5. Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros.
6. Los derechos y deberes de los asociados.
7. Los requisitos para su modificación.
8. Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes.
9. Los demás pactos y condiciones que se establezcan.»

Fundamento.– Las modificaciones planteadas a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 82, bajo tratamiento, no corresponden al autor de estas páginas sino al Doctor Javier de Belaunde López de Romana, en su Ponencia presentada al Seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Revista *Thémis*, el día 19 de mayo de 1997, y que consta entre las páginas 25 a 39 del Libro de Ponencias editado por ambas instituciones con ocasión del referido Seminario⁽¹¹⁴⁾.

Hemos hecho nuestras las referidas sugerencias, por considerar mejorarían notablemente los textos en vigencia de los refe-

(114) DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA, Javier. Las Personas Jurídicas y la Reforma del Código Civil. En: Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas. Nuevas Corrientes en el Derecho Civil. Ponencias. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho-Thémis, Revista de Derecho, Lima, 1997, Páginas 25 y siguientes.

ridos incisos, pero estimamos que a pesar de sus bondades, no resultarían imprescindibles.

Artículo 83.-

Artículo 84.- «Son órganos de la asociación la asamblea general y el consejo directivo. El estatuto de la asociación podrá establecer además otros órganos, determinando el régimen de sus facultades.

La asamblea general es el órgano supremo de la asociación y está integrada por todos los asociados. El ejercicio del derecho a voz y voto corresponde a los asociados hábiles de acuerdo al estatuto.

El consejo directivo es el órgano encargado de la administración de la asociación. El régimen de facultades, composición, período de mandato y otros aspectos vinculados a su funcionamiento serán determinados en el estatuto.»

Fundamento.- La propuesta anotada también pertenece al Doctor Javier de Belaunde López de Romaña y la asumimos, ya que el actual artículo 84 sólo hace referencia a la asamblea general como órgano supremo de la asociación, sin mencionar para nada a los demás órganos que la componen.

De ahí que podría resultar pertinente acoger el texto del Doctor De Belaunde.

Artículo 85.-

Artículo 86.-

Artículo 87.- «Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados hábiles. En segunda convocatoria, basta la presencia

de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.

Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados hábiles. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.

Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.

La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.»

Fundamento.— La propuesta de modificación tiene como fundamento precisar que el quórum está referido al número de asociados hábiles y se inspira en el planteamiento que sobre este mismo artículo efectuó el Doctor Javier de Belaunde.

Esta precisión es interesante, mas no imprescindible.

Artículo 88.—

Artículo 89.—

Artículo 90.—

Artículo 91.—

Artículo 92.—

Artículo 93.-**Artículo 94.-****Artículo 95.-**

Artículo 96.- «El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean ilícitos o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte demandada a la asociación. Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

En cualquier estado del proceso puede el juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas.»

Fundamento.- Efectuamos el agregado respectivo, ya que a pesar de que el orden público debe estar objetivizado a través de normas jurídicas, no todo acto ilícito contravendrá principios que interesen al orden público, concepto por lo demás bastante debatido en doctrina.

Pero más allá de nuestra precisión, admitimos que modificar el artículo tomándola como fundamento, devendría en superfluo.

Artículo 97.-**Artículo 98.-**

TÍTULO III

Fundación

Artículo 99.— «La fundación es una organización no lucrativa de personas naturales o jurídicas, o de ambas, instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.»

Fundamento.— Efectuamos la adición anotada para que el artículo 99, referido al concepto de fundación, concuerde con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Civil, relativo al concepto de asociación. Pero admitimos que el criterio asumido es perfectamente pasible de ser deducido del texto en vigencia.

Artículo 100.— «La fundación se constituye mediante escritura pública o por testamento.»

Fundamento.— Suprimimos lo relativo a la constitución de la fundación por una o varias personas naturales o jurídicas, tal como se encuentra regulado en el texto vigente, ya que ello queda claro de nuestra modificación al artículo 99, razón por la cual mantener la redacción actual del artículo 100 sería reiterativa.

Artículo 101.— «El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción, así como el destino final del patrimonio.

Ya sea que la fundación haya sido constituida por escritura pública o testamento, puede establecerse que los designados como administradores tengan la facultad de delegar, sustituir o transmitir su cargo, en caso no puedan desempeñarlo o mueran.

Si la fundación ha sido constituida por escritura pública, los constituyentes pueden designarse a sí mismos como administradores, sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior.

Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.

El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo. El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.»

Fundamento.— Consideramos conveniente efectuar las adiciones contempladas en los nuevos segundo y tercer párrafos del artículo bajo análisis, ya que estimamos fomentarán la constitución de fundaciones, en la medida que los constituyentes no perderán el control de las mismas; todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la labor del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.

Debemos dejar anotado que la idea de ampliar las funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones a los Comités, no nos pertenece, ya que corresponde al Doctor Javier de Belaunde López de Romaña, cuya pertinencia nos parece notable y acogemos como nuestra.

Lo propio, en base a la propuesta del Doctor De Belaunde, hacemos en los artículos 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 127 y 129 del Código Civil, normas en las que sustituimos la expresión «Consejo de Supervigilancia de Fundaciones» por «Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités».

Artículo 102.—

Artículo 103.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones y comités.

Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.»

Fundamento.— El anotado para el caso del artículo 101, en lo que respecta a este extremo.

Artículo 104.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités ejerce las siguientes funciones básicas:

1. Indicar la denominación y domicilio de la fundación o del comité, cuando no consten del acto constitutivo.
2. Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos.

En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.

3. Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviene a los fines de la fundación o del comité.
4. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundacio-

nes y comités, para lo cual éstos elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.

5. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación o del comité y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.
6. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.

Lo previsto en el párrafo precedente resulta de aplicación a los comités, en lo que fuere compatible con su naturaleza.
7. Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.
8. Disponer las auditorías necesarias.
9. Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento.
10. Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación o del comité.
11. Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.

12. Llevar un registro administrativo de fundaciones y comités»

Fundamento.— Nuestras modificaciones concuerdan con la propuesta anotada en el artículo 101 del Proyecto.

Artículo 105.— «Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación o del comité, dentro de los cuatro primeros meses del año.»

Fundamento.— El anotado con ocasión del análisis del artículo 101.

Artículo 106.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes.

A pedido de parte, el juez civil puede, por causa justificada, suspender a los administradores.

Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.

La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.»

Fundamento.— Nuestras modificaciones en relación al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, responden a las mismas consideraciones que expusimos al analizar el artículo 101 del Código Civil.

Lo referente al cambio de denominación de «juez de primera instancia» por «juez civil», responde a la nomenclatura vigente sobre el particular.

Artículo 107.— «El administrador o los administradores de la fundación, así como su cónyuge y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación o comité, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.

La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación o comité, como su cónyuge o sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.»

Fundamento.— Efectuamos las adiciones anotadas referentes al cónyuge, ya que éste no tiene parentesco alguno con el titular, ni por consanguinidad, ni por afinidad. Simplemente es cónyuge; pero con mayor razón debe serle extensiva la prohibición establecida en el artículo bajo análisis.

Por otra parte, variamos la denominación del Consejo de Supervigilancia, por la razones ya conocidas.

Artículo 108.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al juez civil:

1. La ampliación de los fines de la fundación o comité a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador o por los constituyentes del comité.

2. La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99.

La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación o comité.»

Fundamento.— Nuestra propuesta de modificación se basa en los argumentos sostenidos en el artículo 101.

Artículo 109.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités puede solicitar la disolución de la fundación o comité cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento.

La demanda se tramita como proceso abreviado ante el juez civil de la sede de la fundación o comité, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación.

La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.»

Fundamento.— El mismo que inspira esta modificación desde el artículo 101, con la salvedad de que en este caso agregamos términos al artículo en su redacción actual, para guardar coherencia con el resto de normas que se refieren a dicho concepto.

Artículo 110.— «El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para

obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.»

Fundamento.— Efectuamos la modificación anotada, para que la redacción de este numeral guarde sintonía con la de los otros artículos nuestros, en donde se menciona al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.

TITULO IV

Comité

Artículo 111.— «El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista.

El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.

La gestión del comité, independientemente de la labor que desempeñen sus órganos de gobierno, es controlada por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.»

Fundamento.— Al tener el comité como finalidad la recaudación pública de aportes (por lo general dinerarios) destinados a una finalidad altruista, consideramos que la gestión del mismo debe estar controlada por un ente estatal, que sería el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, que no es otro órgano que el actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al cual se le han ampliado sus funciones respecto a los comités, en base a la muy acertada propuesta del Doctor Javier de Belaunde López de Romaña, que recogemos desde nuestro artículo 101 y su respectivo fundamento.

Artículo 112.—

Artículo 113.-**Artículo 114.-****Artículo 115.-****Artículo 116.-**

Artículo 117.- «Cualquier miembro del comité o del consejo directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités o al Ministerio Público, los acuerdos o los actos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Este derecho también asiste a cualquier persona.»

Fundamento.- Al haber ampliado la esfera de acción del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones a los Comités, ya existiría un organismo al cual directamente se podrían formular estas denuncias, sin perjuicio de formularlas directamente al Ministerio Público, si así se considerase oportuno.

Si bien es cierto que el denunciar dichas irregularidades constituye un deber y un derecho para cualquiera de las personas que integran el comité y su consejo directivo, hemos procedido a agregar un párrafo a través del cual establecemos que dicho derecho (no deber) se extiende a cualquier persona; y esto lo hacemos en razón de las actividades del comité, las mismas que tienen que ver con la recaudación de fondos públicos.

Artículo 118.- «Los miembros del consejo directivo son indivisible y solidariamente responsables de la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada.»

Fundamento.- Al tratarse de una obligación con pluralidad de sujeto deudor, hace bien el Código en establecer una responsa-

bilidad de índole solidaria. Por nuestra parte, agravamos esta responsabilidad, haciéndola también indivisible, ya que las consecuencias de una responsabilidad que combine ambas características serán más gravosas para los obligados (independientemente de que al fin de cuentas en la relación interna sólo deben responder los culpables de los daños y perjuicios causados).

Obviamente se trata de una adición prescindible.

Artículo 119.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités controla, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta y, llegado el caso, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil o penal a que haya lugar.»

Fundamento.— Al haber extendido las funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones a los Comités, estimamos que la labor de control que actualmente se asigna en el artículo 119 al Ministerio Público, debe corresponder a dicho Consejo.

Artículo 120.—

Artículo 121.— «Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité, presentando al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités copia de los estados finales de cuentas.»

Fundamento.— El mismo que inspira la modificación del artículo 119 del Código Civil.

Artículo 122.— «El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités dentro de los treinta días de haberle sido presen-

tadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité.

Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el consejo entregará el haber neto a la entidad de Beneficencia Pública del lugar, con conocimiento del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités.»

Fundamento.— Dadas las variaciones introducidas en la regulación del comité, correspondería al nuevo Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités la aprobación, objeción o desaprobación de las cuentas, y no al Ministerio Público, como se establece en el artículo 122 en vigencia.

Artículo 123.—

SECCION TERCERA

Asociación, fundación y comité no inscritos

TITULO I

Asociación

Artículo 124.— «El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya inscrito en el Registro, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes.

Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.»

Fundamento.— El texto actual del artículo 124 se refiere a la «asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita».

Eso significa que el supuesto de aplicación de esa norma es que se haya celebrado la constitución de la misma por escritura pública, pero que no haya sido inscrita en el Registro. Sin embargo, podrían ocurrir casos diversos en que la asociación se constituya de manera distinta, vale decir no por escritura pública sino por una simple minuta, un escrito simple o, incluso, de manera verbal. La forma que se haya seguido (si no es la escritura pública) será importante en la medida que no se ha seguido la formalidad impuesta por la ley. Sin embargo, cabe advertir que esta formalidad impuesta por el artículo 81 para la constitución de una asociación, respecto de su estatuto social, no tiene como sanción la nulidad, ante su eventual inobservancia.

De ahí nuestra modificación al artículo 124 del Código, ya que lo relevante será el hecho de que no se encuentre inscrita la asociación, independientemente de cualquier otra circunstancia.

Artículo 125.-

Artículo 126.- «El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden indivisible y solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.»

Fundamento.- Tal como se ha procedido en otros casos en donde la ley establece responsabilidad solidaria, hemos agravado dicha responsabilidad, haciéndola indivisible y solidaria.

Sin embargo, éste sería un cambio totalmente prescindible.

TITULO II

Fundación

Artículo 127.- «Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, al Ministerio Público o a quien tenga legiti-

mo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.»

Fundamento.— El mismo que venimos señalando desde nuestra modificación al artículo 101 del Código.

Artículo 128.— «Los administradores de la fundación, en tanto no esté inscrita, son indivisible y solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación al artículo 126 del Código Civil.

Se trata —igualmente— de una modificación de escasa relevancia.

Artículo 129.— «De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación del artículo 101 del Código Civil.

TITULO III Comité

Artículo 130.— «El comité que no se haya inscrito, se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que sean pertinentes.

El comité puede comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación del artículo 124 del Código Civil.

Artículo 131.— «Quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asuman la gestión de los aportes recaudados, son indivisible y solidariamente responsables de su conservación, de su aplicación a la finalidad anunciada y de las obligaciones contraídas.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación del artículo 126 del Código Civil. Su carácter es —igualmente— accesorio.

Artículo 132.— «Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se hubiera podido alcanzar, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités solicita de oficio o a instancia de parte, la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación al artículo 122 del Código Civil. Su carácter es igualmente accesorio.

Artículo 133.— «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones y Comités controla, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados se conserven debidamente y se apliquen a la finalidad anunciada.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificatoria del artículo 132 del Código Civil.

SECCION CUARTA
Comunidades campesinas y nativas

TITULO UNICO
Disposiciones generales

Artículo 134.-

Artículo 135.-

Artículo 136.-

Artículo 137.-

Artículo 138.-

Artículo 139.-

LIBRO II

ACTO JURIDICO

TITULO I

Disposiciones generales

Artículo 140.— «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto físicamente posible.
3. Objeto jurídicamente posible.
4. Causa lícita.
5. Observancia de la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.»

Fundamento.— La primera modificación que efectuamos a este numeral consiste en dividir, en incisos separados, a los requisitos de objeto físicamente posible y de objeto jurídicamente posible. La práctica nos enseña que al haber sido incluidos en un mismo inciso, ello genera confusión en muchos alumnos y colegas, quienes creen que se trata de un solo requisito, cuando en realidad son dos.

Además, esto contribuiría a poner énfasis en la distinción que resulta necesario hacer entre el tema del objeto jurídicamente posible y la causa lícita.

En segundo término, modificamos la expresión «fin lícito» por «causa lícita», ya que la causa es un requisito de validez de todo acto jurídico, y el haber omitido su mención en el artículo

140 generó una serie de interpretaciones equivocadas del mismo. Por lo demás, la palabra «fin», generalmente lleva a confusión con la palabra «objeto», ya que a la vez se identifica a objeto con «objetivo» o «finalidad». De ahí que la variación terminológica resulte indispensable⁽¹¹⁵⁾.

También procedemos a modificar la expresión «forma» por «formalidad», ya que es realmente a esta última a lo que alude el actual inciso 4 del artículo 140.

Por último, al haber desdoblado el inciso 2, en nuestros incisos 2 y 3, hemos variado la numeración de los mismos.

Artículo 141.— «La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cundo se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.»

Fundamento.— Hemos procedido a derogar el segundo párrafo del artículo 141, por considerarlo de evidencia palmaria. Sin dicho párrafo, el artículo sigue diciendo exactamente lo mismo.

Sin embargo, tal supresión no resultaría fundamental.

Artículo 142.— «El silencio únicamente importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.»

Fundamento.— Hemos agregado al artículo 142 la palabra «úni-

(115) Sobre el requisito del fin lícito, estimamos pertinente recordar la crítica que al respecto formula el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 45 y 46), quien considera que el requisito del fin no debió incluirse en el texto del artículo 140 del Código, en la medida que resulta redundante con el del objeto jurídicamente posible. Reconocemos que esta posición es bastante tentadora, pues la línea que separa ambos conceptos es tan tenue que resulta fácil llevar a confusión; además de que sería bueno cuestionarnos si es que tal distinción legislativa resulta o no útil para el ejercicio profesional y la judicatura.

camente», ya que dada la redacción actual del mismo, no cabría efectuar una interpretación a contrario (**contrario sensu**) de la norma, al no tratarse de una de carácter prohibitivo, restrictivo o limitativo⁽¹¹⁶⁾.

TÍTULO II

Formalidad del acto jurídico⁽¹¹⁷⁾

Artículo 143.— «Los actos pueden celebrarse empleando cualquier formalidad.

Cuando la ley no designe una formalidad específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.»

(116) Esta norma también ha sido criticada, aunque desde otra perspectiva, por el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 46 y 47), en los siguientes términos:

«Las recargadas y en muchos casos confusas y contradictorias disposiciones de la parte del Código Civil de 1984 relativa a los actos jurídicos no resisten comparación con la clara y concisa redacción del Código Civil de 1936.

Según el artículo 1077 del Código Civil de 1936 el silencio opuesto a actos o a una interrogación, no se considera como manifestación de voluntad conforme con el acto o la interrogación sino en los casos en que exista obligación de explicarse. Esta fórmula era precisa y obligatoria, facilitaba el curso de las negociaciones frente a un problema o a un incumplimiento de contrato, y favorecía el diálogo al evitar en muchos casos un rompimiento. El artículo 142 del Código Civil de 1984, estatuye que el silencio sólo importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio así lo dispone, lo que equivale a no decir nada. El silencio carece de valor jurídico si no se estipula lo contrario. Para que la regla funcione, el legislador o el contratante debe tener presente en cada caso el punto relativo a su interpretación, con lo que se recarga innecesariamente la legislación y los contratos. Por lo demás, si no se pacta nada sobre el silencio, el obligado no se sentirá obligado a responder y actuará a su solo arbitrio.»

(117) Hemos procedido en el articulado del **Código Civil**, a modificar la palabra «forma» por la expresión «formalidad», en relación al acto jurídico. Esto, debido a que el acto jurídico no se celebra independientemente de la forma, sino que su celebración se produce a través del seguimiento de una formalidad, sea cual fuere ésta e independientemente de lo prescrito por la ley, tal como veremos oportunamente.

De ahí el cambio en la denominación del Título II de este Libro.

Fundamento.— Consideramos que esta norma debe partir por mencionar cuál es la regla general y no por los casos excepcionales, en razón de que la inmensa mayoría de actos no requieren, para su celebración, de alguna formalidad en particular, pudiendo celebrarse bajo el empleo de cualquiera de ellas, incluso la verbal.

Artículo 144.— «Cuando la ley impone una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.»

Fundamento.— El expuesto al inicio del Título bajo tratamiento.

TÍTULO III Representación

Artículo 145.— «El acto jurídico puede ser celebrado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

La representación la otorga el interesado o la confiere la ley.»

Fundamento.— Nuestra primera modificación, consistente en el cambio de la palabra «realizado» por la expresión «celebrado», obedece a que los actos jurídicos no se «realizan», sino que se «celebran». La primera de las expresiones resulta absolutamente impropia.

En segundo lugar, hemos procedido a suprimir —en el segundo párrafo del artículo 145— las palabras «facultad de», ya que lo que se otorga no es la facultad de representación, sino la representación en sí, más allá de que el ejercicio de la misma es potestativo del representante —obviamente, en caso de no existir de por medio un contrato de mandato, vale decir que nos encontremos frente a un mandato con representación—.

Sin embargo, admitimos que sin esta modificación, el Código Civil seguiría siendo entendido perfectamente.

Artículo 146.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- En materia contractual, la única prohibición existente para contratar entre cónyuges es respecto a los bienes comunes. Ellos pueden celebrar cualquier otro tipo de contratos entre sí, como podría ser –por citar un ejemplo– el contrato de mandato.

Por otra parte, la representación no es un contrato, ya que el acto de apoderamiento es unilateral.

Finalmente, su derogatoria se impondría, no afectando –en lo más mínimo– la interpretación actual del tema, ya que lo que no está prohibido, se encuentra permitido.

Artículo 147.- «Cuando son dos o más los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.»

Fundamento.- Efectuamos el reemplazo de la palabra «varios» por la expresión «dos o más», en virtud de que la primera de ellas da a entender, por lo general, la presencia de una pluralidad mayor de sujetos (por demás, indeterminada en su número mínimo).

Igualmente, por regla general la palabra «varios» no nos indica la presencia de sólo dos sujetos, sino de un número necesariamente mayor.

De ahí la corrección anotada.

Artículo 148.- «En el caso de la representación conjunta, si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados indivisible y solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.»

Fundamento.- Efectuamos la precisión anotada, pues en el

caso de la representación sucesiva no sería lógico pensar que se produjesen las consecuencias previstas en el numeral bajo comentario, en virtud de que cada uno de los representantes actuará en forma independiente del que lo precedió y del que lo sucederá, razón por la cual únicamente deberían responder aquellos que incurrieron en un actuar culposos o doloso.

Por otra parte, al haber precisado que se trata de un supuesto de representación conjunta, hemos agravado las consecuencias de la responsabilidad de los representantes, al hacer la misma indivisible y solidaria. Este último extremo de nuestra modificación, obviamente resulta de carácter accesorio.

Artículo 149.-

Artículo 150.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Pensamos que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

El caso planteado por el artículo 150 del Código Civil nos parece ilógico, pues por más que el poder haya sido otorgado por varias personas (representados) para un objeto de interés común, no será necesario que todos ellos lo revoquen para que el mismo quede revocado. Bastará que lo revoque alguien para que ese ex representado deje de tener representante, y para que el representante continúe representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

Creo que el artículo 150 del Código Civil olvida el carácter unilateral del acto de apoderamiento y la norma está pensada más en función de un mandato que de un poder.

Artículo 151.- «La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior.»

Fundamento.— Hemos suprimido la segunda parte del artículo bajo análisis, en la medida que resulta obvia, más aún si el Có-

digo Civil Peruano ha adoptado en materia de declaraciones de voluntad y eficacia de las mismas la combinación de las teorías de la recepción con presunción de cognición. Puede criticarse nuestra postura en el sentido de que estas teorías han sido asumidas por el Código en el Título relativo al Consentimiento, en la Parte General de Contratos, pero, obviamente, resultan aplicables, **mutatis mutandis**, al resto del referido cuerpo legal.

Artículo 152.-

Artículo 153.- «El poder siempre es revocable.»

Fundamento.- Hemos procedido a modificar en su integridad el texto del artículo 153, pues el mismo -en su redacción actual- resulta atentatorio contra la naturaleza y esencia revocables del poder, sea cual fuere la circunstancia del acto de apoderamiento.

Nunca debemos olvidar que su otorgamiento es siempre unilateral. Su revocatoria, también⁽¹¹⁸⁾.

(118) Sobre este tema resultan de interés las críticas formuladas al numeral bajo análisis por el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 47 y 48):

«El artículo 153 del Código de 1984 que trata del poder irrevocable, constituye un '**contradictio in abjectio**', pues en tanto que permite pactarlo en interés común del representado y del representante o de un tercero, establece que su plazo no puede exceder de un año, con lo que se llega a la conclusión que sólo lo permite en contratos cuyo objeto debe perfeccionarse dentro de dicho lapso, lo que carece de fundamento razonable. Al transcurrir un año ¿ha cambiado la naturaleza de las cosas?».

El elemento esencial del mandato es su revocabilidad. Refiriéndose a este punto, dice el doctor Manuel Augusto Olaechea en la Exposición de Motivos del Libro V del Código Civil, que 'Omite el proyecto mencionar sobre los casos de irrevocabilidad y no enumera los de excepción que quedan así sometidos a la jurisprudencia. Ellos son aplicaciones derivadas de la libertad de contratar o de la bilateralidad de los pactos que restringe válidamente la autonomía de los contratantes. El mandato puede ser irrevocable cuando es cláusula de un contrato sinalagmático o si fue constituido en interés de un tercero. No hace falta un dispositivo sobre el particular. Para resolver lo justo en cada caso bastan los principios generales y la circunspección del juez.'

En suma, para que un mandato sea irrevocable, no precisa modificar la naturaleza de este contrato como lo estatuye el artículo 153 del Código

Artículo 154.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Planteamos la derogatoria de este artículo, pues no se requiere renunciar al poder conferido, en tanto que nunca se requirió aceptarlo.

Asimismo, en la medida que no medie contrato alguno, tampoco (salvo que exista mandato) será necesario continuar con la representación conferida.

Artículo 155.—

Artículo 156.— «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitante y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para este caso, no se requiere que dichos bienes hayan sido especificados o detallados de manera minuciosa.»

Fundamento.— Son múltiples los problemas que plantea en la práctica el artículo bajo comentario, en la medida que existe un sector de colegas que lo interpretan con un celo excesivo, exi-

Civil de 1984. El mandato no es irrevocable '**per se**'. Si se concibe la figura es cuando forma parte de un contrato. Su irrevocabilidad constituye una garantía para las partes intervinientes, de donde se deduce que su vigencia debe ser la del contrato que integra. Pretender enervar esta regla limitando a un año su vigencia es interferir la autonomía de la voluntad y permitir que en la contratación a plazos mayores de un año se estipule la irrevocabilidad del mandato, guardando silencio sobre su plazo limitado para luego burlar a la otra parte. Se equivoca y es presuntuoso el Código Civil de 1984 cuando crea la figura del mandato irrevocable. Siempre el mandato será revocable, salvo que sea el producto de una obligación recíproca cuyas condiciones y plazos son los pactados por las partes. En esta hipótesis indisolublemente durará lo que la obligación recíproca a la que está unido, como parte indivisible de ella. No será irrevocable por su naturaleza sino por la circunstancia.

La regla adoptada por el Código Civil de 1984 es superflua y errónea. Como dice el doctor Manuel Augusto Olaechea, 'no precisa regla alguna de Derecho Positivo para concebir la figura jurídica del mandato irrevocable, sin excluir la naturaleza del contrato'.

giendo que para que el representante actúe en el sentido de la norma, lo haga siempre y cuando se haya detallado o especificado expresamente la facultad para gravar o disponer del bien de que se trate y no de un conjunto de bienes o de todo el patrimonio del representado.

Creo que una aclaración en este sentido agilizaría mucho el tráfico comercial de los bienes en la sociedad, disminuiría los costos de transacción, a la vez que eliminaría la incertidumbre respecto de este particular.

Por lo demás, no creemos que la modificación planteada pudiese generar perjuicios para los eventuales representados, pues si ellos han otorgado poder en términos amplios; es porque esa es su voluntad y no la de restringir los actos de su representante a alguno o algunos bienes. Es más, le evitaría los habituales problemas de tener que volver a otorgar poder, esta vez, especificando dichos bienes.

Artículo 157.— «El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya conferido expresamente la sustitución.»

Fundamento.— La sustitución es la facultad que confiere el poderdante a su apoderado para poder sustituir la representación en otra persona, que haga las veces de esta última.

Hecha la anterior precisión, queda explicada nuestra modificación.

Artículo 158.— «El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable en la elección. El representante responde con el sustituto, indivisible y solidariamente, de las instrucciones que imparte a éste último.

El representado puede accionar directamente contra el sustituto.»

Fundamento.— En primer término, debemos mencionar que no encontramos asidero suficiente para restringir en estos casos la responsabilidad del representante cuando haya actuado con culpa inexcusable (y dolo, naturalmente). En tal sentido, estimamos pertinente que dicha responsabilidad se extienda a toda causa imputable, la misma que podría ser —incluso— culpa leve.

En segundo lugar, cuando nos encontramos frente a una eventual obligación indemnizatoria que comprende como deudores al representante y al sustituto, creemos que sería conveniente que ambos respondieran de manera indivisible y solidaria; ello, en razón de las consecuencias derivadas de una responsabilidad de este tipo. Sin embargo, esta segunda modificación de la norma tiene naturaleza accesorio.

Artículo 159.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Al haber establecido en anteriores normas, de manera reiterada, el carácter permanente y esencialmente revocable del poder, consideramos que la permanencia del artículo 159 en el texto del Código Civil devendría en un cuerpo extraño, contrario a nuestra línea de pensamiento.

Sería inútil mantenerlo, ya que lo que para este numeral constituye excepción, para nosotros es principio general.

Artículo 160.—

Artículo 161.— «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, en cuanto al exceso o violación, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.»

Fundamento.— Efectuamos la precisión anotada, en razón de

que no siempre será ineficaz (porque puede ser eficaz respecto del representante) un acto que celebre el representante excediendo las facultades que le han sido conferidas. Lo será única y exclusivamente en todo lo que exceda a los poderes que le han sido conferidos por su representado o, de ser el caso, en todo lo que viole la materia u objeto de dicha representación.

Artículo 162.— «En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.

La ratificación surte efectos desde el momento en que es efectuada, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver dicho acto antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

El plazo para ratificar el acto es de un año, contado desde su celebración.»

Fundamento.— Se procede a cambiar la palabra «forma» por «formalidad», en razón de los argumentos ya esgrimidos oportunamente. Esta sería una modificación accesoría.

Por otra parte, creemos que el hecho de que la ley haya previsto que la ratificación surte efectos retroactivamente es una peligrosa ficción. Estimamos que ella deberá surtir efectos recién a partir del momento en que se efectúa (vale decir desde que es comunicada).

De otro lado, el darle carácter retroactivo podría perjudicar a quien desea hacerla, en la medida que no quiera que su asentimiento respecto de esos actos surta efectos desde el término inicial, sino recién desde el de su ratificación.

Finalmente, establecemos un plazo máximo para la ratificación del acto, en aras de otorgar seguridad jurídica.

Artículo 163.— «El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada.»

Fundamento.— Hemos procedido a suprimir la segunda parte de este numeral, por considerarla peligrosa, en la medida que podría ocurrir que el representante, a pesar de no alejarse —ni total ni parcialmente— de las instrucciones que le hubiera dado su representado, decidiese no celebrar el acto, por considerar que ello tutela mejor los intereses de su representado.

En este caso, podríamos imaginar que tal situación se adopte luego de que el representante haya constatado determinadas situaciones que su representado no había tomado en consideración y que —eventualmente— le causarían un inmenso perjuicio. Pero a pesar de tal decisión, el representante es obligado por medio de intimidación o violencia para que celebre el acto a nombre de su representado.

No nos cabe la menor duda de que en este caso, en el que el representante no se ha alejado —en lo absoluto— de los poderes o facultades conferidos, el acto debería poder ser anulado, por haber mediado vicio en la voluntad de dicho representante.

Artículo 164.—

Artículo 165.— «Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene la representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.»

Fundamento.— La modificación que planteamos se basa, fundamentalmente, en razones de mejorar la redacción de la norma vigente, ya que la misma resulta redundante al referirse al «poder de representación», cuando en realidad bastaba con mencionar que «tiene la representación». Sin embargo —lo admitimos— nuestra modificación es de naturaleza accesorio.

Artículo 166.-

Artículo 167.- «Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre el patrimonio del representado:

1. Disponer de sus bienes o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar actos a título de liberalidad que impliquen menoscabo en el patrimonio del representado.
5. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.»

Fundamento.- Consideramos que sería conveniente ampliar los alcances de este artículo a los actos que celebra el representante sobre el patrimonio (y no sólo sobre los bienes) del representado.

En razón de ello, estimamos necesario agregar un inciso que se refiera expresamente al caso de los actos de liberalidad que afecten o causen menoscabo en el patrimonio del representado (y, por lo general, toda liberalidad tendrá estos efectos).

Las demás variaciones introducidas a este numeral obedecen ya a cuestiones formales derivadas de las antes mencionadas.

TITULO IV **Interpretación del acto jurídico**

Artículo 168.-**Artículo 169.-**

Artículo 170.— «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza del acto.»

Fundamento.— Hemos procedido a suprimir la expresión «y al objeto» (del acto), ya que estimamos que la interpretación de las expresiones de un acto jurídico no sólo debe efectuarse en razón de su objeto, sino también de la causa del mismo. Por ello, preferimos hacer la supresión anotada, por considerarla limitativa de los alcances de una adecuada interpretación del acto jurídico.

TITULO V

Modalidades del acto jurídico

Artículo 171.— «La condición ilícita, así como la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas.»

Fundamento.— Consideramos que el Código no hace bien en distinguir en el texto vigente del artículo 171 entre el tratamiento que brinda al tema en la condición suspensiva y en la condición resolutoria.

Creemos que en ambos casos la solución debería ser la misma: el considerar a dichas condiciones como no puestas, y que en ningún caso (como ocurre actualmente en la condición suspensiva ilícita o física o jurídicamente imposible) conduzcan a la invalidación del acto.

Esto, además, sería congruente con el criterio adoptado por el Código a lo largo de todo su articulado, en el sentido de tratar de preservar la eficacia y validez de los actos jurídicos, antes que hacérselas perder.

Artículo 172.— «La condición potestativa se tiene por no puesta.»

Fundamento.— Creemos que el tratamiento vigente respecto a la condición potestativa es equivocado.

Ello, por dos razones:

La primera, que sólo hace referencia a la condición suspensiva potestativa y no a la condición resolutoria potestativa, caso para el que no se asignan consecuencias especiales, de lo cual podría deducirse que es válida una condición resolutoria de carácter potestativo, cuando creemos que ello –de ninguna manera debería ser así– (nótese que nos estamos refiriendo únicamente a la condición resolutoria potestativa y no al plazo resolutorio potestativo).

La segunda, que nos parece en extremo peligroso el haber asignado como consecuencia a la condición suspensiva de carácter potestativo, el que acarree la nulidad del acto. Estimamos que tal sanción resulta excesiva, pues hubiera bastado con considerarla como no puesta, tal como se expresa en nuestra modificación.

Artículo 173.–

Artículo 174.– «La condición sólo se considera cumplida en la medida que se ajuste al principio de identidad.

Si la condición se cumple de modo inexacto, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario.»

Fundamento.– Hemos procedido a modificar el primer párrafo del artículo bajo análisis, en la medida que la redacción actual de la norma no resulta del todo clara, ya que sólo hace mención a una posibilidad de cumplimiento parcial de la condición, cuando los supuestos susceptibles de presentarse son mucho más amplios y están referidos a un cumplimiento inexacto, que transgreda el principio de identidad en el pago.

Es recién en el segundo párrafo de la norma que efectuamos la aclaración de que si se produce un cumplimiento inexacto de la condición, la obligación a que ella se sujeta, no será exigible, naturalmente, salvo pacto en contrario.

Artículo 175.–

Artículo 176.-

Artículo 177.- «La condición no opera retroactivamente.

No cabe pacto en contrario.»

Fundamento.- Hemos procedido a eliminar la posibilidad de que las partes pacten en contrario respecto al momento en que la condición comienza a surtir efectos.

Es connatural a la condición el que ella surta efectos desde el mismo momento en que se produce, pues –justamente– a una situación como la descrita es que las partes decidieron remitirse para sujetar los efectos del acto jurídico, ya sea de modo suspensivo o resolutorio.

Permitir que las partes pacten que los efectos de la condición puedan retrotraerse al momento de la celebración del acto constituiría una peligrosa ficción, que incluso podría resultar atentatoria contra derechos de terceros.

De ahí la modificación anotada.

Artículo 178.- «Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente.

Quando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede realizar actos conservatorios de su derecho.»

Fundamento.- Hemos procedido a modificar la redacción de la parte final del segundo párrafo del artículo 178 del Código Civil, para que su terminología resulte congruente con la que –para similares efectos– emplea el artículo 173 del acotado cuerpo legal.

Sin embargo, el cambio resultaría poco relevante.

Artículo 179.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- El numeral bajo tratamiento ha sido objeto de crítica por parte del profesor Guillermo Lohmann Luca de Tena⁽¹¹⁹⁾, a nuestro entender, fundada, la misma que reproducimos seguidamente:

«Al igual que su antecedente, el artículo 1112 del Código de 1936, este artículo establece la presunción **juris tantum** de que el plazo se encuentra establecido a favor del deudor. Esto no significa que el deudor pueda pagar, es decir, cumplir su obligación, cuando le plazca, sino que precisamente durante el transcurso del plazo pueda pagar en cualquier momento. La hipótesis de pago cuando el deudor quiera o pueda está regulada en otro artículo. El precepto que ahora vemos parte del supuesto de que hay un plazo, esto es, un periodo de tiempo durante el cual al acreedor no le está permitido exigir que el deudor cumpla. La extensión de este plazo está marcado por un término fijado por las partes, por el juez o por un tercero.

Según antigua y generalizada opinión, el beneficio de plazo debía operar en favor del deudor, por estimarse que es la parte débil de la relación obligatoria. Según palabras literales de Lafaille, conviene beneficiar a quien se obliga. Esta solución ha sido objeto de abundantes críticas, fundadas la mayoría, en nuestra opinión. En primer lugar, porque la cuestión de la debilidad es eminentemente subjetiva. En segundo lugar, si se trata de relaciones obligatorias patrimoniales, que son fundamentalmente a las que apunta el artículo, el deudor no es el único obligado. Normalmente el acreedor ya cumplió la prestación que le concierne, en cuyo caso no hay razón para beneficiar al otro, o el acreedor todavía no ha cumplido, por lo que todavía es a su vez deudor, de suerte que el plazo debe beneficiar a ambos.

Y si hablamos de plazo en las disposiciones testamentarias, resulta más inexplicable aún. ¿Cuál es la debilidad del he-

(119) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El Negocio Jurídico. Editora Jurídica GRIJLEY S.A. - Informativo Legal Rodrigo. Asesores Financieros S.A., Segunda Edición, Lima, 1994. Páginas 337 y 338.

redero o del albacea que justifique dilatar la entrega del legado?. En los negocios **mortis causa** puede entenderse –y con ciertas reservas– que se quiere beneficiar al heredero permitiéndole un tiempo para el disfrute de la herencia antes de entregar parte de la misma a un legatario, pero la debilidad no explica nada.

Honestamente hemos de confesar que no vemos razón jurídica poderosa para explicar que el plazo beneficie al deudor. Es razonable suponer que el deudor quiera obligarse en las condiciones más ventajosas para él y por ende retrasar en lo posible su prestación. Pero de esto no puede extraerse un principio jurídico que lo que hace es favorecer al deudor en detrimento de un acreedor que desea obtener su crédito cuanto antes. Lo lógico hubiera sido establecer que el plazo beneficie a ambas partes, salvo que otra cosa se deduzca de las declaraciones de voluntad de los agentes o de las circunstancias del caso.

La presunción que establece el artículo 179, como el mismo señala, admite prueba en contrario. Indudablemente, ya que el deudor es favorecido, la carga de la prueba sobre quien es el titular del beneficio recae sobre el acreedor. A este compete demostrar que el plazo estaba pactado en su favor, o a favor de ambos, lo que equivale a decir, en el primer caso, que el acreedor puede exigir el cumplimiento en cualquier momento y el deudor no puede rehusar, o si éste quiere cumplir, el acreedor no está obligado a recibir pago.

Con todo, ha de observarse que ciertas relaciones contractuales tienen régimen diferente. Tal es el caso apuntado en el artículo 1611 y ss. sobre el suministro. Otro caso especial es el del depósito: el depositante acreedor puede solicitar la devolución (en principio) cuando lo desee.

En cambio, si el objeto de discusión no radica en quién es el beneficiario del plazo, sino en determinar la existencia de éste, la carga de la prueba corresponde al deudor, pues se comprende que la obligación es exigible de inmediato, salvo que demuestre la existencia del plazo.»

Por nuestra parte –como dijimos oportunamente– compartimos las expresiones del Doctor Lohmann, en el sentido que no

vemos razón alguna para que el plazo suspensivo, salvo disposición diferente de la ley o pacto en contrario, beneficie a todos quienes han celebrado un acto jurídico.

Por otra parte, no nos olvidemos que el tema del plazo, en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos, está íntimamente relacionado con el principio de oportunidad en el pago. Este principio informa que la obligación resulta exigible inmediatamente después de contraída o cuando las partes o la ley lo hubieren establecido.

De esta forma, como regla general, ni el deudor puede cumplir antes del vencimiento del plazo suspensivo, ni el acreedor puede exigir el pago antes de dicho vencimiento.

Cuando se dice que el plazo suspensivo está establecido en interés del deudor, por lo general se piensa en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero o equivalentes. Pero imaginemos una obligación que consista en entregar una determinada cantidad de productos perecibles en una fecha pre-establecida. Aquí resultaría obvio que el deudor no podría transgredir el principio de oportunidad del pago, forzando al acreedor a recibir un pago en fecha adelantada a la establecida en el título constitutivo de la obligación, pues podría causar severos perjuicios al referido acreedor.

El tema del beneficiario o beneficiarios del plazo debe ser concordado –necesariamente– con las normas que sobre el particular contiene el Código en Derecho de Obligaciones (en especial, el artículo 1240 del Código Civil).

Pero no olvidemos el tema –obviado por el artículo 179 del Código– del beneficio del plazo de carácter resolutorio.

¿Es que acaso el plazo resolutorio no merece tratamiento legislativo; o es que el tema tiene una obvia solución y resulta innecesario hacerlo?

Consideramos que el principio esbozado por nosotros para el plazo suspensivo es de aplicación también para el caso del plazo resolutorio, vale decir que el mismo se entiende establecido en interés de todas las partes que hubieran celebrado el acto.

Decimos esto, porque en el caso de un acto sujeto a plazo resolutorio, hasta que no venza dicho plazo, el deudor deberá cumplir con ejecutar la prestación debida, en tanto el acreedor podrá compeler a ese deudor a que cumpla, pero una vez vencido el mismo, ni el deudor estará obligado a cumplir, ni mucho menos el acreedor podrá exigir cumplimiento alguno.

Por este conjunto de razones es que creemos innecesaria la presencia del artículo 179 en el Código Civil y lo derogamos.

Artículo 180.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Derogamos este numeral, pues el tema se encuentra lo suficientemente desarrollado en las normas que el propio Código Civil contiene acerca del pago indebido (artículos 1267 a 1276).

Artículo 181.—

Artículo 182.— «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido establecerse uno, el juez fija su duración.

También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor, del acreedor o un tercero y éstos no lo señalen.

La demanda se tramita como proceso sumárisimo.»

Fundamento.— En razón de nuestros comentarios efectuados con ocasión del análisis y derogatoria del artículo 179 del Código Civil, es que hemos efectuado las variaciones anotadas al numeral 182, en el entendido de que el plazo —en principio— es establecido (salvo casos de excepción convencional o legal) en interés de todas las partes intervinientes en su celebración.

Artículo 183.—

Artículo 184.-**Artículo 185.-**

Artículo 186.- «Si el acto no señala plazo para el cumplimiento del cargo, y de su naturaleza y circunstancias se dedujere que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1240, éste debe cumplirse en el que el juez señale.

La demanda se tramita como proceso sumari-simo.»

Fundamento.- Consideramos equivocada la concepción que sobre el plazo para el cumplimiento del cargo tiene actualmente el artículo 186 del Código Civil, en la medida que señala que si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, el mismo deberá ser cumplido en el que el juez señale. Decimos esto, porque simplemente no existía razón alguna para establecer dicha norma, en virtud de la existencia del artículo 1240 del Código, precepto general de pago que establece que cuando no se haya fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, ésta será exigible inmediatamente después de contraída.

Pensamos que el numeral 186, bajo análisis, revestiría utilidad, en la medida que se colocase en un supuesto similar al establecido por el propio Código en su artículo 182, primer párrafo, vale decir, si el acto no señalara plazo para el cumplimiento del cargo, y de su naturaleza y circunstancias se dedujere que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1240, caso en el cual recién procedería que el mismo sea señalado judicialmente.

Artículo 187.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Consideramos -a riesgo de ir contra la doctrina que aborda el tema- que el principio contenido en el numeral bajo análisis, es equivocado, en la medida que aprecia al cargo -necesariamente- desde la perspectiva de un elemento ajeno a la causa del acto, el mismo que no es contraprestación a aquella obligación de la que constituye modalidad.

Ello resulta cierto. Sin embargo, lo que no advierten esos autores es que si el cargo adquiere una dimensión tan importante, que valorizándolo resulta tanto o más gravoso que la obligación de la que constituye modalidad, pues simple y llanamente habrá dejado de ser cargo (independientemente de la denominación que las partes le hayan otorgado) y estaremos en presencia de una contraprestación, la misma que no revestirá la naturaleza de cargo.

Por otra parte, al ser contraprestación, ella deberá -necesariamente- cumplirse por parte del deudor de la misma. No debemos olvidar que el cargo (o contraprestación) nunca es impuesto a quien se obliga a cumplirlo; siempre es asumido voluntariamente.

Y si ello es así, como cargo o como obligación civil deberá cumplirse, por más que exceda el valor de la supuesta liberalidad (la misma que -como es obvio- no será tal, a pesar de que las partes la hayan considerado o denominado de esta forma).

Artículo 188.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Estimamos que la norma contenida en el artículo 188 del Código Civil, resulta redundante con lo dispuesto por el propio Código en las Disposiciones Generales sobre Efectos de las Obligaciones (artículo 1218), precepto que establece que la obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

Por otra parte, en lo concerniente al segundo párrafo del texto vigente del artículo 188, creemos que si el obligado a cumplir el cargo hubiese muerto sin haber cumplido con la ejecución del mismo, pero no habiendo sido constituido en mora, en aplicación del propio artículo 1218, la obligación de cumplir el cargo quedará sin efecto para los herederos, mas al no haber mora de por medio, ellos no perderán la prestación por la que se benefició su causante.

Efectos contrarios ocurrirían si es que el obligado a cumplir con el cargo muriera sin haberlo ejecutado, pero luego de haber sido constituido en mora por su contraparte. En este caso, estimamos que sus herederos sí tendrían la obligación de devolver

la prestación recibida como liberalidad, o, de no ser ello posible, el valor de la misma.

Pero estos razonamientos resultan –a nuestro entender– lo suficientemente claros como para que a los mismos se arribe en virtud de lo establecido por otros preceptos del propio Código, razón por la cual no existe la imperiosa necesidad de regular legislativamente el tema en el artículo 188, bajo comentario.

Artículo 189.– «Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, se considera como no puesto.»

Fundamento.– Estimamos que nuestra modificación **apunta a** perfeccionar la norma, para hacer su terminología **congruente** con la de otros preceptos en los que el Código Civil sanciona **temas** similares en igual sentido.

Sin embargo, reconocemos la accesoriedad de tal modificación.

TITULO VI

Simulación del acto jurídico

Artículo 190.– «Por la simulación absoluta se celebra un acto jurídico cuando no existe realmente **voluntad para celebrar dicho acto ni algún otro.**»

Fundamento.– Creemos necesario establecer que **cuando el o** los agentes recurren a la simulación absoluta, **no es que no celebren** acto alguno, sino que celebran en efecto **un acto, pero** –precisamente– llevados por el ánimo de aparentar **su celebración**. Por ello, no es que aparenten celebrarlo, sino que lo celebran en la práctica, pero con ausencia de voluntad.

Ahora bien, dicha ausencia de voluntad no se **manifiesta** en que las partes desean ocultar un acto verdadero con el acto simulado (caso de la simulación relativa), sino que –simple y llanamente– no desean la celebración de ningún acto real, sólo la del acto simulado. Por esta razón es que el acto viciado de si-

mulación absoluta es nulo, tal como lo establece el artículo 219, inciso 5, del propio Código Civil.

Artículo 191.— «Cuando las partes han querido celebrar un acto distinto del aparente, tiene validez entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y formalidad.

Dicho acto no surtirá efectos respecto a terceros, si perjudica sus derechos.»

Fundamento.— En primer lugar, variamos la expresión «concluir» por el término «celebrar», en la medida que consideramos a esta última expresión de mayor propiedad para el tema.

En segundo término, establecemos que tiene «validez» y no sólo «eficacia» entre ellas el acto que se oculta, ya que ello es así.

En tercer término, variamos la palabra «forma» por «formalidad», en virtud de las mismas consideraciones esgrimidas en numerales anteriores.

Asimismo, hemos considerado conveniente corregir el error en que incurre el actual artículo 191 del Código Civil, cuando establece que el acto no surtirá efectos (se entiende para nadie) en caso perjudique el derecho de terceros, ya que lo lógico sería circunscribir la ineficacia de ese acto a los terceros que eventualmente se verían perjudicados por su celebración, pero no a las partes que lo celebraron, las mismas que sí deberían verse sujetas a sus efectos.

Artículo 192.—

Artículo 193.— «La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes, por el tercero perjudicado o por cualquier persona que tenga legítimo interés.»

Fundamento.— Consideramos pertinente efectuar la adición ano-

tada ya que, al tratarse de un supuesto de nulidad, no existe razón alguna para impedir que esa acción sea interpuesta por cualquier otra persona que tenga legítimo interés.

Artículo 194.-

TITULO VII
Fraude del acto jurídico⁽¹²⁰⁾

Artículo 195.-

Artículo 196.-

Artículo 197.-

Artículo 198.-

Artículo 199.-

Artículo 200.- «La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onero-

(120) Vale la pena recordar que sobre este tema existe una crítica bastante acuciosa formulada por el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 48 y 49.), quien cuestiona la ubicación en el tratamiento legislativo que el Código Civil de 1984 otorga al tema del fraude de los actos jurídicos.

En adelante las expresiones de Olaechea:

«Si el sitio para tratar del acto jurídico en un Código Civil no era antes de la teoría de obligaciones sino al principio, el Código de 1984 debió aplicar ese principio y legislar sobre él a continuación del Título Preliminar.

Reconozco que así estaba en el Proyecto de la Comisión Codificadora. No se percibe por qué la Comisión Revisora lo puso después del Libro sobre las Personas y por qué los autores del Proyecto lo aceptaron sin objeción. Quizás la ya mencionada premura por verlo convertido en Código.»

sos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

El plazo prescriptorio es de un año computado desde la celebración del acto fraudulento, o, en todo caso, de dos años, desde el momento en que se tomó conocimiento del acto, conforme a lo establecido por el artículo 2001, inciso 4.

Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra.»

Fundamento.— Basamos la adición propuesta en las consideraciones que sobre el particular formula el profesor Lohmann Luca de Tena⁽¹²¹⁾, cuando sostiene lo siguiente:

«De conformidad con el apartado 4 del artículo 2001 del Código, la acción revocatoria (debió decir de ineficacia, por cuestión de coherencia) de un acto fraudulento prescribe a los dos años. Según el numeral 1993, el plazo prescriptorio empieza a contarse desde el día en que puede ejercerse la acción.

Con el sistema del Código de 1936 (artículo 1168) la situación era más clara y segura: los dos años se computaban desde la celebración del acto fraudulento, pese a que tal solución resultaba perjudicial si el acto se había mantenido oculto. Al disponer el nuevo ordenamiento que el plazo corre desde que puede ejercerse la acción, hemos de entender que es desde que el acreedor toma conocimiento de la disposición fraudulenta de bienes del deudor, quedando claro, por cierto, que se presume conocida si la transferencia ha sido objeto de inscripción registral.

La impugnación de la renuncia a la herencia que perjudique al acreedor tiene plazo inferior: tres meses desde conocida (artículo 676).»

(121) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 443.

TITULO VIII

Vicios de la voluntad

Artículo 201.-

Artículo 202.-

Artículo 203.-

Artículo 204.- «El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que conduzca a un error sobre la cantidad que haya sido determinante de la voluntad.

El error sobre la cantidad da lugar a la anulación del acto si es determinante de la voluntad.»

Fundamento.- Efectuamos las modificaciones anotadas a este numeral, en razón de los argumentos que sobre el particular esgrime el Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena⁽¹²²⁾, los mismos que reproducimos a continuación:

«El artículo no está bien redactado y por eso resulta confuso. De cualquier manera, es insuficiente. En efecto, según el precepto el error de cálculo no es vicio de entidad significativa, de manera que sólo se permite su rectificación. Hasta aquí es claro. Pero sigue: salvo que (el error de cálculo) consista en un error sobre la cantidad que haya sido determinante de la voluntad. La pregunta surge de inmediato: ¿En qué consiste un error de cantidad?»

Precisemos, pues. El error de cálculo es aquel que recae sobre números, entidades abstractas a partir de la unidad; el cálculo es el conjunto de operaciones aritméticas abstractas. La cantidad, en cambio, es cosa bien distinta. Porque la cantidad a que el artículo alude es el conjunto de ciertas

(122) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Páginas 475 y 476.

partes, independientes y más o menos homogéneas. Mientras que el cálculo es un procedimiento, la cantidad es una suma de ciertas unidades, o sea, la cuantía resultante.

Es claro, por lo tanto, que el error de cálculo no tiene, conceptualmente hablando, nada que ver con el error que versa sobre la cantidad de algo. Es imposible que el error de cálculo sea al mismo tiempo un error sobre la cantidad. Lo que ocurre es que un error de cálculo puede conducir a otro sobre la cantidad. Al menos esta debe ser la correcta interpretación del artículo 204, aunque no la única.»

Artículo 205.— «El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresa o tácitamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.»

Fundamento.— Consideramos que lo relevante en el error en el motivo no es que el mismo (el motivo) conste de manera expresa al momento de la celebración del acto. Pensamos que podría constar expresa o tácitamente. Lo importante será que, además de tal situación se manifieste como su razón determinante y sea aceptado por la otra parte.

De ahí la modificación anotada.

Artículo 206.— «La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquella quiso celebrar.»

Fundamento.— Simplemente reemplazamos la expresión «concluir» por el término «celebrar», por estimarlo de mayor propiedad.

Artículo 207.—

Artículo 208.— «Es anulable el acto cuando el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto

principal de la declaración o a la identidad de la persona, cuando la consideración a los tres elementos señalados hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo, salvo que se trate de un caso de disenso.»

Fundamento.— Estimamos que los tres primeros supuestos contemplados por el artículo 208 del Código Civil constituyen verdaderos casos de error. Aludimos al **error** en la declaración cuando se refiere a la naturaleza del acto; **si se trata de un error** en la identidad del objeto principal de la declaración; **y al error** en la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad.

Sin embargo, la cuarta hipótesis de esta norma **no será** —necesariamente— un caso de error. Nos referimos al **supuesto error** producido cuando la declaración hubiese sido **transmitida inexactamente** por quien estuviere encargado de **hacerlo**.

Puede tratarse de un error, pero puede que no **lo sea**. Nos encontramos, en este caso, en la tenue línea divisoria **entre** el error en la declaración y el disenso o disentimiento (**lo contrario** al consentimiento).

Es así que el disentimiento no es un vicio de la **voluntad**, sino un vicio del consentimiento, razón por la cual **no acarrea la** anulabilidad del acto, sino la nulidad del mismo⁽¹²³⁾.

Artículo 209.—

(123) Por otra parte, remitimos al lector a lo escrito en el Perú sobre esta materia: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato Privado, Tomo I, Páginas 163 a 164; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo I, Páginas 152 a 172; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Páginas 483 a 491; y CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Celebrados a Través de Medios Informáticos. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen III, Tomo I, Páginas 91 a 97.

Artículo 210.— «El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño hubiera sido empleado por un tercero, el acto será anulable si fue conocido por el destinatario de la declaración a quien convirtiéndose la no revelación del engaño, se aprovecha de ello.»

Fundamento.— Apoyamos los argumentos esgrimidos por Lohmann⁽¹²⁴⁾, quien al comentar el texto vigente del segundo párrafo del artículo 210 del Código Civil, anota las siguientes consideraciones:

«Concluye la norma señalando que si el engaño es empleado por el tercero, la anulación solamente prosperará si, además de haberlo conocido, la otra parte obtuvo un beneficio. Dicho está que en los actos unilaterales, conocido o no el engaño, el negocio es anulable. Partamos, pues, del supuesto de negocios con dos o más partes. La ley habla de beneficio, pero a nuestro entender es exagerado, pues se corre el riesgo de interpretar literalmente el beneficio y tomarlo como sinónimo de utilidad, ganancia, enriquecimiento o evitación de un potencial perjuicio (caso este último de quien vende sabiendo que lo vendido será expropiado a bajo precio) o algo similar.

El fundamento de la anulación en estos casos es que una parte conoce el engaño causado por otro y faltando a un deber de buena (fe), de lealtad y de moralidad, no hace advertir el error a la contraparte. Debe rectamente entenderse que el beneficio es secundario e impone al afectado la carga de una prueba difícilísima. No hay razón para ello. La cuestión del beneficio no fue discutida cuando la Comisión aprobó el artículo, pero el tema merece que se replantee. Puede en efecto haber dolo conocido por una de las partes y ausencia de beneficio para ella, con un considerable perjuicio del engañado.

(124) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 500.

Lo del beneficio, por tanto, ha de ser aceptado con serias reservas y en todo caso la aplicación jurisprudencial tendrá que ser amplia y no rígida. Si se demuestra que una de las partes conocía el dolo del tercero y no procuró desvanecerlo, ha actuado inmoralmente y no con arreglo a la buena fe. Entonces no hay motivo para ampararlo en desmedro del afectado y mantener el negocio a toda costa. La prueba del conocimiento debe ser imprescindible a todas luces. Y si lícitamente no ha revelado el engaño, sus razones tendría, sean cuales sean. Lo cierto es que se ha aprovechado, y esto es lo importante, de un error causado por otro; ha utilizado para sí un error ajeno obtenido de mala manera. El «beneficio» que eso le rinde será de variada índole, objetivo como una ganancia o evitación de un perjuicio, o subjetivo con todos sus matices, vanidad, orgullo, afán de perjudicar a la otra parte, etc.

Visto así el artículo, hubiera sido más justo mencionar conveniencia en lugar de beneficio y no hace falta que se haya obtenido antes de demandar la anulación. Basta que el solo hecho de la conclusión del negocio pueda ser conveniente para la parte dolosa.»

Artículo 211.— «Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese celebrado en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.»

Fundamento.— Variamos la expresión «concluido» por el término «celebrado», ya que lo consideramos más propio en relación a los actos jurídicos.

Artículo 212.—

Artículo 213.—

Artículo 214.— «La violencia o la intimidación son causas de

anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Cuando la violencia o la intimidación eliminan por completo la intención de celebrar el acto, éste será nulo.»

Fundamento.— Hemos procedido a agregar un segundo párrafo al artículo bajo tratamiento, ya que consideramos que cuando estemos frente a un acto viciado de violencia o de intimidación, dependerá del grado de las mismas. De este modo, tal violencia o tal intimidación pueden haber llevado a distorsionar la voluntad del agente o incluso pueden haber llevado a anularla por completo, y ello sería de absoluta relevancia para determinar si las consecuencias deben ser la anulabilidad o la nulidad del acto jurídico.

Estimamos pertinente efectuar la precisión anotada, en función de que ello es así por la naturaleza de las cosas.

Artículo 215.— «Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal próximo y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.»

Fundamento.— Convenimos con Lohmann⁽¹²⁵⁾, cuando anota lo siguiente:

«El mal en que consiste la amenaza debe ser inminente y grave (además de injusto, de lo que trata otro artículo). En otras palabras, inminente es sinónimo de futuro, pero próximo, aunque no creemos que tenga que ser inmediato. Si una persona recibe amenazas de que será secuestrado un miembro de su familia antes de que pasen treinta días,

(125) LOHMANN LUCA DE TENA. Guillermo. Op. cit., Página 507.

el mal será próximo, pero no inmediato, y sin embargo la intimidación es evidente. La gravedad que el precepto exige también habrá que juzgarla caso por caso: si la amenaza versa sobre los bienes del declarante no parece razonable medir por igual al potentado y al que carece de medios.»

Artículo 216.-

Artículo 217.- «La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial, que no constituya violencia o intimidación, no anulan el acto.»

Fundamento.- Efectuamos la precisión anotada, ya que puede haber temor reverencial en el que se configuren estos vicios. En tales casos, el acto jurídico será anulable o nulo, según se trate de vicio impulsivo o compulsivo, respectivamente.

Artículo 218.-

TITULO IX

Nulidad del acto jurídico

Artículo 219.- «El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz, salvo que la ley disponga lo contrario.
3. Cuando su objeto es físicamente imposible.
4. Cuando su objeto es jurídicamente imposible.
5. Cuando su objeto es indeterminable.

6. Cuando carezca de causa o la que tenga sea ilícita.
7. Cuando adolezca de simulación absoluta.
8. Cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.
9. Cuando la ley lo declara nulo.
10. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.»

Fundamento.— Nuestras modificaciones al inciso 2 del artículo 219 obedecen a que el Código en el texto vigente utiliza indebidamente el término «practicado» en relación a la celebración del acto jurídico. Creemos que la expresión «celebrado» revestiría mucha mayor propiedad. Por otra parte, la salvedad hecha en el inciso bajo análisis, si bien resulta la más conocida o representativa, no es la única en que el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes consideran válidos determinados actos celebrados por incapaces.

Modificamos el actual inciso 3, dadas las consideraciones que nos llevaron a hacer lo propio con el texto del artículo 140 del propio Código Civil, para hacer más claro su contenido y dividir las causales que contiene.

El inciso 4, en virtud de lo antes expresado, pasaría a regular tan sólo al acto con objeto jurídicamente imposible.

En nuestro inciso 5 regulamos el caso de un acto nulo por tener objeto indeterminable.

Para el caso de nuestro inciso 6, remitimos al lector a las consideraciones esgrimidas cuando analizamos el tema de la causa en el artículo 140 del Código Civil.

Nuestro inciso 7 corresponde al vigente inciso 5.

Nuestro inciso 8 corresponde, en lo esencial, al texto vigente del inciso 6, con la salvedad de que hemos variado la palabra

«forma» por el término «formalidad», ya que éste resulta más apropiado.

Nuestro inciso 9 es el actual inciso 7.

Y, finalmente, nuestro inciso 10 acoge el texto del inciso 8 vigente.

Artículo 220.— «La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por cualquier persona que tenga legítimo interés, salvo disposición legal en contrario, o por el Ministerio Público.

Debe ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.

No cabe renuncia expresa a la acción de nulidad.»

Fundamento.— Salvo en casos de excepción, la declaración de nulidad de un acto jurídico interesará a toda la sociedad. En tal sentido, cualquier persona podría alegarla, siempre y cuando tenga un legítimo interés económico o moral, de acuerdo a lo prescrito por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.

De ahí nuestra primera modificación.

En segundo término, establecemos que el juez que conoce de una causa tiene la obligación de declarar la nulidad —de oficio—, cuando ésta sea manifiesta. El fundamento de tal modificación se basa en que, dada la redacción actual de la norma, es susceptible de mal interpretarse la palabra «puede», entendiéndose como que la referida declaración, aunque se trate de una nulidad evidente, es sólo potestativa y no obligatoria del juez.

Finalmente, precisamos que no cabe renuncia expresa a la acción de nulidad de un acto jurídico.

Con ello lo que queremos dejar en claro es que no podría pactarse una renuncia al futuro planteamiento de la nulidad de un acto jurídico, ya sea por convenio o por acto unilateral.

Por lo demás, no hemos establecido que dicha imposibilidad se presenta en los términos más amplios, pero referida a la renuncia expresa, ya que cabría renunciar tácitamente, en la medida que no se plantee dicha acción y transcurra el plazo de prescripción establecido por el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil.

Artículo 221.— «El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente, salvo que la ley disponga lo contrario.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, salvo cuando en los dos últimos supuestos se elimine por completo la intención de celebrar el acto, en cuyo caso el acto sería nulo.
3. Por simulación relativa, cuando el acto disimulado que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.»

Fundamento.— Nuestra modificatoria al inciso 1 de este artículo se basa en similares consideraciones que aquellas que inspiraron nuestra reforma al inciso 2 del artículo 219 del Código.

La precisión anotada en el inciso 2 se inspira en la distinción que hemos efectuado respecto a este tema en nuestro análisis del artículo 214.

Finalmente, nuestra modificatoria al inciso 3 del artículo 221 se basa en las consideraciones esgrimidas al respecto por el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹²⁶⁾, cuando anota lo siguiente:

«La regla, dice el texto, alude a la simulación del acto verdadero que lo contiene. Esto es indescifrable. En el fenómeno de la simulación pueden presentarse dos posibilidades: 1) la simulación **sensu stricto** con un único acto jurídico

(126) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 573.

fantasma, que nada oculta sino la realidad jurídica precedente anterior a la simulación; 2) la disimulación, que consiste en dos actos: uno disimulante, que es nulo por imperativo del artículo 219.5 y otro acto que ha sido ocultado y disimulado. El primero o disimulante, contiene al segundo y siempre es nulo, no anulable. Pero, además, el acto falso es el continente o disimulante y el verdadero es el acto contenido o disimulado. No es posible hablar en sede de simulación del 'acto real que lo contiene', porque este acto que contiene a otro siempre es falso.*

Artículo 222.- ⁽¹²⁷⁾.

Artículo 223.-

(127) Sobre este particular, el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 49 y 50) formula las siguientes reflexiones:

«También cabe señalar la confusión de ideas del Código Civil de 1984 en materia de nulidad y anulabilidad del acto jurídico. La verdadera doctrina, la única, es la que contiene el Código Civil de 1936. Los actos anulables sólo se tendrán por nulos desde el día en que queda ejecutoriada la sentencia que los invalida. Contrariamente, como la nulidad es total y absoluta desde su origen, su declaración se retrotrae a la fecha de la celebración. En tanto que el acto anulable es susceptible de confirmación por contrato ulterior, eso no es posible en el caso del acto nulo, por la simple razón que no ha existido.

Se equivoca pues el Código Civil de 1984 cuando en su artículo 222 retrotrae los efectos de la nulidad del acto anulable a la fecha de su celebración.

Son tan diferentes los efectos de la nulidad y de la anulabilidad que el artículo 1168 del Código Civil de 1936 fija en dos años el plazo de una acción de anulabilidad y en 30 años el de la acción de nulidad. Tan grande diferencia obedece a que lo nulo no existe. Por consiguiente, sólo transcurrido un largo plazo puede concederse, como en el caso de la prescripción adquisitiva de mala fe. Hay un momento en que el Derecho debe poner fin a una situación que aunque en su origen hubiese sido nula, injusta o ilegal, debe reconocerse. Para el Código Civil de 1984 esos plazos son de dos años y diez años. Nada justifica esa temeraria benevolencia frente al acto nulo.*

A pesar de ser tentadoras las críticas de Olaechea, creemos que el tratamiento actual al respecto podría mantenerse inalterado, en aras de no generar mayor confusión entre los abogados.

Artículo 224.— «La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables, apreciando la intención de quienes celebraron el acto.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas, siempre que el acto subsista y prevalezca un interés ético, social o público sobre el privado.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.»

Fundamento.— En primer lugar debemos decir que el elemento de la separabilidad de las cláusulas establecido en el primer párrafo del artículo 224 es adecuado, pero a nuestro entender resulta susceptible de mejorarse estableciendo que tal separabilidad debería ser considerada en función de apreciar la intención de quienes celebraron dicho acto.

En segundo término, efectuamos la precisión anotada en el segundo párrafo de este numeral, ya que compartimos el parecer de Lohmann⁽¹²⁸⁾ al respecto, cuando anota que:

«Para determinar la inserción automática de cláusulas modificatorias del contenido negocial por mandato legal, y que además el contrato subsista, debe prevalecer un expreso interés ético, social o público sobre el privado. A falta de dicho interés que obligue a las partes a negociar así y no de otra manera, sostenemos que las partes pueden instar la nulidad total si la vigencia global del negocio es contraria a sus intenciones. La ley puede prohibir que un contrato tenga eficacia con cierto contenido pero no puede imponer en el negocio un contenido legal, por cierto y permitido a todos, pero no querido en el caso concreto, salvo que existan, legalmente y taxativamente calificados como tal, unos intereses superiores dignos de protección que obliguen a mantener el contrato.»

(128) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 585.

Artículo 225.-

Artículo 226.- «La incapacidad de una de las personas que conforman una misma parte, no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto o la obligación común.»

Fundamento.- En primer término consideramos necesario precisar de qué parte estamos hablando.

No se trata de la contraparte en el contrato, sino que es otra persona que conforma conjuntamente con el incapaz una sola parte en el acto celebrado.

Es por ello que, ante la falta de claridad en la redacción de la norma vigente, decidimos perfeccionarla.

Y en segundo lugar, la modificación anotada a la parte final del artículo bajo análisis corresponde al Doctor Guillermo Lohmann⁽¹²⁹⁾, quien anota lo siguiente:

«He aquí otro severo problema, que en este caso no es heredado del Código anterior.

Lo que ocurre es que ha habido una errata inadvertida. Lo que se ha querido decir es que sean indivisibles el objeto o la obligación.

La obligación indivisible y la solidaria son claros supuestos de lo tenido en mente por el legislador. En tales casos, la co-parte podrá invocar la anulación, aunque la causal haya que encontrarla en otra persona.

En síntesis, la causal de anulación sólo puede ser invocada por el afectado de ella (o representantes o causahabientes) o por su co-parte si la obligación fuera común o el bien debido indivisible.»

(129) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Página 588.

Para estos efectos también remitimos al lector a lo escrito por nosotros en un trabajo anterior⁽¹³⁰⁾.

Artículo 227.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Esta norma podría ser derogada, pues resulta reiterativa con lo preceptuado en los artículos 44, inciso 1⁽¹³¹⁾ y 221, inciso 1⁽¹³²⁾, del Código Civil.

Artículo 228.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Consideramos existen tres poderosas razones para que se derogue el artículo 228 del Código Civil, las mismas que pasamos a exponer:

- (a) La norma se refiere al tema del pago, materia propia del Derecho de Obligaciones y, específicamente, a los efectos de las obligaciones.
- (b) La norma resulta reiterativa a lo dispuesto por el artículo 1227 del propio Código, numeral que establece que «El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.»
- (c) El artículo 228 del Código Civil no contempla el supuesto inverso, es decir que quien efectúe el pago sea –precisamente– el incapaz, lo que sí está regulado (entre otros supuestos) por el artículo 1223 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

(130) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 297 a 308.

(131) Artículo 44.– «Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad.
[...].»

(132) Artículo 221.– «El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
[...].»

«Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.

Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado.»

Artículo 229.-

TÍTULO X Confirmación del acto jurídico

Artículo 230.-

Artículo 231.-

Artículo 232.- «La formalidad del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma, salvo en el caso que se haya confirmado a través de la vía testamentaria.»

Fundamento.- En primer término, variamos la palabra «forma» por la expresión «formalidad», ya que la consideramos más apropiada (a pesar de tratarse de una modificación accesoría).

En segundo lugar, exceptuamos a la confirmación **mortis causa** de las formalidades que debía revestir el acto que es materia de la misma; ello, por razones de evidente lógica, ya que la norma bajo análisis, sin duda está pensada y redactada en función de actos **inter vivos**⁽¹³³⁾.

(133) Tentación académica vencida:

El Anteproyecto elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle y

la Doctora Susana Zusman Tinman, presentado a la Comisión Reformadora que elaboró el Código Civil de 1984, contemplaba en sus artículos 38, 39 y 40, una figura relativa a la convalidación de los actos jurídicos denominada «conversión».

Los referidos artículos tenían el texto siguiente:

Artículo 38.— «El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas lo habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron.»

Artículo 39.— «La acción para que se declare la conversión del acto nulo puede ser intentada por cualquiera de las partes, con citación de la otra, y pasa a los herederos de ellas.»

Artículo 40.— «La sentencia que declare la conversión tiene efecto retroactivo al momento en que ésta es posible de producirse, considerando lo dispuesto en el artículo 38.»

En la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto (MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Op. cit., Páginas 76 a 80), los referidos profesores señalaban lo siguiente:

«Artículo 38.— El acto jurídico es nulo cuando no reúne los requisitos señalados en el artículo 30 del Anteproyecto. Puede darse, sin embargo, que esa nulidad sea sólo para el tipo de acto jurídico que se ha celebrado y que el acto satisfaga los requisitos exigidos para otro tipo de acto. Ha dado lugar a un largo debate doctrinal si, en estas circunstancias, debe la ley permitir que el acto jurídico nulo pueda convalidarse mediante su conversión a este otro tipo.

El Anteproyecto, apartándose de la posición adoptada por el Código Civil de 1936, ha optado por acoger la figura de la conversión, tomando en consideración que es conveniente, dentro de lo posible, proteger la validez de los actos jurídicos que adolecen de defectos, cuando pueda colegirse que la voluntad de las partes habría sido, en caso de conocer tales defectos, obtener los efectos queridos por ellas aunque fuere a través de un acto jurídico de tipo distinto.

La conversión ha sido adecuadamente definida como el medio jurídico en virtud del cual el acto jurídico que resulte nulo según el tipo de acto celebrado por las partes, puede ser salvado de la nulidad mediante un cambio de su tipo original a un tipo distinto de acto que sea válido, a fin de que, a través de este nuevo tipo, puedan producirse los efectos queridos por las partes, siempre que haya fundadas razones para establecer que, si hipotéticamente las partes se hubieran percatado de la nulidad, hubieran querido el nuevo tipo de acto.

Es necesario destacar que el Anteproyecto acoge la figura de la conversión material o propia, según la cual hay un cambio en el tipo de acto jurídico para salvar la validez del acto sin que haya mandato expreso de la ley, a diferencia de la conversión formal o impropia en la cual permanece el mismo tipo de acto jurídico, aunque con forma distinta, cuyo ejemplo más citado es el del testamento cerrado nulo que puede convertirse en testamento ológrafo válido.

Los presupuestos necesarios para que pueda producirse la conversión son los siguientes:

- a) Que se trate de un acto jurídico nulo según el tipo de acto celebrado por las partes.

La conversión no se aplica al acto jurídico inexistente, desde que no es posible la transformación de un acto que no ha llegado a tener existencia.

Tampoco se aplica a los actos anulables, por cuanto la conversión está destinada a convalidar un acto jurídico inválido, mientras que, tratándose de actos anulables, que tienen validez en tanto no se declare su anulabilidad, aquélla puede asegurarse bien sea mediante la confirmación o bien simplemente no impugnando el acto. En cuanto al acto anulable ya invalidado jurídicamente, resulta evidente que, si las partes hubieran deseado la validez del acto, no habrían ejercitado la acción de nulación, con la cual se pone de manifiesto una voluntad contraria a la convalidación, siendo así que el deseo de convalidar es la esencia de la conversión.

- b) Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.

Este presupuesto resulta de la naturaleza de la conversión, pues si no fuera así, el nuevo acto sería también inválido y no habría podido alcanzarse el propósito de la conversión, que es la convalidación.

- c) Que si hipotéticamente las partes hubiesen conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y celebrado el nuevo tipo.

Puede observarse que en este caso el presupuesto es de carácter eminentemente subjetivo, pues el juez debe colocarse en la situación de las partes e interpretar no sólo respecto a lo que entendieron celebrar sino también respecto a lo que hubieran estipulado si hubieran advertido la nulidad. Debe destacarse que no se trata de la voluntad realmente existente de las partes, porque no hay duda de que ellas han querido el acto nulo, sino lo que se imagina que sería la voluntad hipotética de las partes si hubieran conocido la nulidad del acto.

Por otro lado, la voluntad hipotética debe ser interpretada en base a criterios que permitan establecer que realmente habría existido tal voluntad, esto es, mediante métodos interpretativos que ofrezcan seguridad razonable respecto a lo que hubieran querido las partes. En la duda, hay que dejar de aplicar la conversión.

- d) Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.

Este presupuesto también es subjetivo y se justifica en que el interés que impulsa a las partes a celebrar un acto jurídico es alcanzar un fin práctico y no el medio jurídico utilizado.

- e) Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

Lo que se persigue mediante la conversión es que el segundo tipo de acto permita alcanzar el fin práctico querido por las partes, mediante efectos jurídicos semejantes, aunque sean menores, a los que hubiesen obtenido con el tipo nulo, ya que pretender lograr efectos mayores sería desnaturalizar lo que las partes originalmente buscaron.

Artículo 39.— A diferencia de los otros medios de convalidar los actos jurídicos como son la confirmación y la ratificación, la conversión no se perfecciona mediante la declaración de la parte o partes que celebraron el acto jurídico inválido, sino que es necesario que esta declaración la haga el juez en virtud de una acción judicial incoada al respecto.

Esta acción puede ser intentada por cualquiera de las partes que celebra-

ron el acto jurídico nulo, pues son ellas las particularmente interesadas en obtener los efectos jurídicos que buscaron a través del acto que celebraron y que no pudieron obtener debido a la nulidad de éste. La acción debe tramitarse con citación a la otra parte, a fin de que ésta tenga conocimiento de su existencia y pueda aducir las razones a favor o en contra de la conversión, según sea su legítimo interés.

También puede declararse judicialmente la conversión cuando, en una acción que verse sobre la nulidad del acto intentada por una de las partes, plantee la otra parte la conversión para evitar que se declare esa nulidad y poder alcanzar los efectos jurídicos adecuados a la finalidad práctica que se buscó en el acto nulo.

En ambos casos, la acción pasa a los herederos de las partes.

Artículo 40.— La sentencia de la conversión tiene carácter declarativo, desde que el juez se limita a establecer que, si las partes hubieran hipotéticamente conocido la nulidad del acto que celebraban, habrían celebrado en ese momento el acto jurídico de otro tipo para alcanzar a través de éste los efectos jurídicos deseados por ellas.

Esto determina que la sentencia que declare la conversión deba tener efecto retroactivo, desde que el juez simplemente declara lo que debió ocurrir al momento de celebrarse el acto nulo, o sea el momento en que las partes efectuaron su declaración de voluntad.

Sin embargo, puede ocurrir que, tratándose de un supuesto de conversión de un acto jurídico consensual a un acto jurídico real, la tradición de la cosa no se haya efectuado en el momento de celebrarse el acto nulo sino en una oportunidad posterior, lo que determinará que la conversión no pueda realizarse hasta el momento de la entrega.

Esta es la razón por la cual el artículo 40 dispone que la sentencia que declara la conversión tenga efecto retroactivo al momento en que ella es posible de realizarse, o sea cuando el acto nulo puede producir sus efectos jurídicos a través del nuevo tipo de acto.»

Por nuestra parte, podemos decir que el tema de la conversión de los actos jurídicos nos llamó la atención desde el momento en que el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III, Páginas 441 y 442) hizo referencia a que el artículo 1538 del Código Civil era un supuesto de conversión legal, punto que discutimos en una obra posterior (CASTILLO FREYRE, Mario. El Bien Materia del Contrato de Compraventa, Páginas 315 a 318).

Creemos que los fundamentos expuestos en el citado Anteproyecto son muy sólidos y explícitos, tanto así que consideramos que ésta fue —durante algunos años— una tentación académica que compartimos.

Sin embargo, no mantenemos aquella posición, en razón de que tenemos fundados temores acerca de cuáles serían los efectos en la aplicación práctica de la conversión y su tratamiento en los tribunales de justicia de nuestro país.

Es tal vez éste el principal argumento que nos ha llevado a reflexionar y optar por el camino de no proponer su regulación legislativa en el Perú, ello, independientemente de que se pueda presentar, como en el caso del testamento cerrado que no guarda las formalidades de ley para valer como tal, pero que sí las tiene para valer como ológrafo.

LIBRO III

DERECHO DE FAMILIA(*)

SECCION PRIMERA

Disposiciones generales

(*) A pesar de no formar parte de los textos citados en el análisis del Libro de Derecho de Familia, he tenido muy presentes los apuntes de clase de quienes fueron mis profesores de la materia en la Universidad Católica, a la par de grandes amigos, los Doctores Roger Rodríguez Iturri y Benjamín Aguilar Llanos (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985). Además hemos consultado sus obras (RODRIGUEZ ITURRI, Roger. Código Didáctico de los Niños y Adolescentes. Derecho del Menor y de la Familia. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1994; RODRIGUEZ ITURRI, Roger. Adolescencia Matrimonio y Familia. Un Estudio Interdisciplinario. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995; y AGUILAR LLANOS, Benjamín. Instituto Jurídico de los Alimentos. Índice Analítico. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998) y la del Doctor Héctor Cornejo Chávez (CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Tomos I y II. Librería Studium Ediciones, Lima, 1985), trabajo pionero sobre la materia.

Artículo 233.-

Artículo 234.- «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad,

consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Los cónyuges tienen la libertad para regular, con anterioridad a la celebración del matrimonio, determinadas situaciones que pudieran presentarse durante la vigencia del mismo y establecer las consecuencias que acarreen el incumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos que impone el matrimonio, siempre que tales disposiciones no infrinjan normas de carácter imperativo. Este convenio debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

El Estado fomenta y auspicia el matrimonio. Sin embargo, reconoce que ésta no es la única forma de constitución de una familia.»

Fundamento.— Hemos creído conveniente agregar un tercer párrafo a este artículo, a través del cual los cónyuges puedan prever, por anticipado, la posibilidad, regulación y consecuencias de determinadas situaciones susceptibles de presentarse durante la vigencia del matrimonio.

Cuando dos personas se casan, sin lugar a dudas, en la mayoría de supuestos desean que ese matrimonio dure para toda la vida y que no se quiebre a lo largo de los años, así como tampoco ocurran situaciones que conlleven al incumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos que impone la institución.

Pero cuando esos problemas se presentan —y ello ocurre muy a menudo—, las partes se ven en la incómoda situación de tener ante sí un conflicto cuyas consecuencias son imprevisibles para ambas, especialmente para aquella que fue fiel cumplidora de dichas obligaciones y deberes jurídicos.

En tal sentido, proponemos que quienes así lo consideren conveniente, antes de casarse opten por celebrar un convenio por escritura pública, en el cual establezcan por anticipado y en momento que no existe problema alguno, justamente cuáles creen que serían las consecuencias respecto al incumplimiento de las referidas obligaciones y deberes jurídicos.

Para muestra basta un botón.

Dentro de nuestro régimen legal, cuando uno de los cónyuges incurre en causal de divorcio, el afectado puede haber sufrido un considerable daño moral. El Código Civil, dentro de las normas de Derecho de Familia, sólo otorga en la actualidad un resarcimiento por dicho daño moral cuando dichos hechos comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, caso en el cual el juez podrá (advertimos que la ley no dice «deberá») concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Si se tratase del supuesto establecido en el artículo 333, inciso 1 del Código Civil, vale decir, el adulterio, las partes podrían pactar con anterioridad a contraer matrimonio, una eventual indemnización, cuyo monto sea establecido previamente, por citar un ejemplo, U.S.A. \$ 10,000.00, reajustados con alguna cláusula valorista que rija desde la fecha de celebración del matrimonio.

Finalmente, hemos hecho la adición de un cuarto párrafo, a través del cual establecemos que el Estado peruano fomenta y auspicia la celebración del matrimonio, pero reconocemos la realidad de los hechos, que nos dice de manera muy clara que en nuestro país ésta no es la única forma o manera a través de la cual surgen o se constituyen familias.

No voy a entrar, por razones obvias, a desarrollar el tema del Derecho consuetudinario de Familia en el Perú, pues no correspondería a una obra de esta naturaleza, pero tanto por tradición ancestral como por la realidad de la sociedad de nuestros tiempos, nos encontramos ante una serie de parejas (tal vez más numerosas que aquellas casadas) que han formado hogares y tienen hijos, sin haber recurrido previamente al matrimonio.

Nos guste o no, ésta es la realidad y hay que reconocerla. Lo contrario sería «tratar de tapar el sol con un dedo.»

Artículo 235.— (134).

(134) Sobre el tema de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y

extramatrimoniales expresa el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 52 a 55), lo siguiente:

«Más grave es la forma cómo se pretendió incorporar al Código Civil de 1984 el precepto constitucional contenido en las Constituciones de 1979 y 1993 según el cual 'todos los hijos tienen iguales derechos'. Este mandato prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documento de identidad.

Los Codificadores de 1984 pretendieron saltarse a la torera esta regla que si era tomada seriamente obligaba a revisar todos los Libros de Familia y de Sucesiones y no limitarse a dividir a los hijos, con clara infracción del texto constitucional, en matrimoniales y extramatrimoniales, previa una declaración gratuita y contradictoria en el artículo 235° que todos los hijos tienen iguales derechos. La fórmula empleada infringe el texto constitucional que prohíbe toda mención a la naturaleza de la filiación de los hijos y no se supera con declarar en el artículo 235° que todos tienen iguales derechos.

Es indudable que las Constituciones de 1979 y 1993 cuando declaran la igualdad de todos los hijos, ignoran sus artículos 3° y 4° respectivamente, que imponen el deber de defender la familia cuando en realidad ese cambio tiende a destruirla porque afecta los derechos de la cónyuge y de los hijos habidos en el matrimonio. Nadie ha protestado cuando aprobó el Congreso de 1979 esa igualdad. Es también cierto que a los codificadores de 1984 sólo les quedaba incorporar el cambio; pero debieron haberlo hecho de modo cabal y con toda la extensión que preceptuaba el texto constitucional.

La inconveniencia de la pseudo igualdad queda en evidencia con un ejemplo. Supongamos que un padre anciano en el estado de la feliz beatitud espiritual que dan los años, seducido por una mujer joven, procrea un hijo que se convierte en convidado de piedra de la familia. Alegar que el hijo no tiene la culpa y que reconocerlo como hijo ilegítimo sería una pena aberrante, equivale a romper el equilibrio legal, al desconocer la necesidad de defender instituciones tan importantes como el matrimonio, base de la familia y de la nación. En un sentido estricto, cabe sostener que la pena no es aberrante, pues la ilegitimidad reprueba principalmente a la madre y no al hijo. Su finalidad es disuadirla ante las graves consecuencias de su falta. Ilustres bastardos registra la Historia: Enrique de Trastámara y don Juan de Austria, para sólo señalar algunos. Por lo demás —aunque las proporciones son distintas— la Biblia nos relata cómo la pena aberrante no fue excluida por Yahvé. Hasta ahora todos necesitamos el bautismo para no sufrir las consecuencias del pecado de nuestra madre Eva. Los israelitas fueron condenados por varias generaciones a vagar por el desierto porque adoraron el becerro de oro y más tarde a sufrir hasta el fin de los tiempos la maldición divina por haber causado la muerte de Jesús.

Naturalmente no tocaba a los codificadores entrar en estas sofisticadas consideraciones sino aplicar el texto constitucional conforme a su mandato. Sin embargo, recurramos al método socrático para ver si lo hicieron.

¿Quedaría un hijo ilegítimo satisfecho si todos sus documentos personales lo presentan con el remoquete de hijo extramatrimonial del señor fulano de tal?

Artículo 236.-

Artículo 237.- «El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

El parentesco por afinidad en línea colateral sólo se extiende al segundo grado. La afinidad en línea recta acaba por la disolución del matrimonio que la produce.

No subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.»

Fundamento.- En primer lugar, consideramos que el parentesco por afinidad sólo debe extenderse hasta el segundo grado. No es cierto (o por lo menos no debe serlo) que cuando una persona se casa, «también lo está haciendo con la familia de su cónyuge». En razón de estas consideraciones, y ante la ausencia de argumentos que sustenten mantener el texto tan amplio como en la actualidad, es que efectuamos la precisión anotada.

¿Se estaría cumpliendo el mandato constitucional que prohíbe toda mención relativa a la filiación con llamarlos extramatrimoniales? Evidentemente que no.

A los codificadores se les presentaba un reto. Estaban en la obligación de recurrir a la imaginación, a la filosofía, al Derecho comparado y crear Derecho nuevo. Por ejemplo, tratar completamente por separado el matrimonio, ya no como institución sino como un simple contrato entre cónyuges, independientemente de la familia y sin consecuencias para los hijos. El régimen de éstos se formularía prescindiendo de las reglas propias de las relaciones familiares. Los hijos se tratarían como producidos por esporas con reglas específicas y adecuadas en lo que respecta a patria potestad, tutela, curatela, consejo de familia, etc.»

Compartimos las objeciones que formula el Doctor Olaechea a la distinción que el propio Código Civil efectúa actualmente entre los hijos matrimoniales y aquellos que denomina como extramatrimoniales.

Creo que resultaría muy positivo adecuar la normatividad vigente, prescindiendo de esta distinción inconstitucional y discriminatoria, naturalmente sin desconocer las situaciones que llevan a dar una regulación distinta a una serie de supuestos derivados del origen de dichos hijos.

También hemos procedido a modificar el segundo párrafo del artículo bajo análisis, que establece la subsistencia del parentesco por afinidad en línea recta y en el segundo grado de la línea colateral, en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

No encontramos razones de índole jurídico o moral que sean lo suficientemente sólidas para mantener normas como las vigentes. Tomando el ejemplo del Derecho Sucesorio, ahí los parientes por afinidad no son ni herederos forzosos, ni legales (vale decir que ni siquiera se les toma en cuenta para estos efectos).

Por lo demás, creemos que el Derecho no puede dejar de reconocer realidades, y menos darles la espalda. Si un ex-cónyuge, por ejemplo, se enamora de la hermana o hermano de su anterior cónyuge, ello no tendría nada de malo ni extraño en sí, y el Derecho no debería evitar que si desean contraer matrimonio lo hagan. Impedírselo equivale a condenarlos a tener una situación de convivencia de hecho, que el propio Derecho es incapaz de evitar.

Artículo 238.-

SECCION SEGUNDA Sociedad conyugal

TITULO I El matrimonio como acto

CAPITULO PRIMERO Esponsales

Artículo 239.-

Artículo 240.- «Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitadamente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa ex-

clusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos.

La acción debe interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa.»

Fundamento.— Hemos considerado pertinente suprimir el último párrafo del actual artículo 240 del Código Civil, que establece que «Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635.»

Hemos procedido a tal supresión considerando que no se presenta una causal de revocación de la donación en estricto.

Además, lo que durante la etapa de enamoramiento o noviazgo se regaló al otro con amor, mediando en su mayor plenitud el **animus donandi**, no puede quitarse así por así.

Y aquellos bienes que se compraron o adquirieron en razón del proyectado matrimonio, pertenecerán en propiedad exclusiva a quien los compró. Y si fueron comprados por ambos, les pertenecerán en copropiedad, en porcentajes equivalentes a los recursos que cada uno aportó para tal efecto.

Todos estos temas tienen regulación, tratamiento y soluciones muy claras dentro de los Libros de Derechos Reales y Fuentes de las Obligaciones (particularmente en lo relativo al contrato de donación). Cualquier otra consideración sobra.

CAPITULO SEGUNDO

Impedimentos

Artículo 241.— «No pueden contraer matrimonio:

1. Este inciso podría ser derogado.
2. Los que adolecieren de enfermedad crónica,

contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole⁽¹³⁵⁾.

3. Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.
4. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosmudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.
5. Los casados.»

Fundamento.— Pensamos que el contenido del actual inciso 1 del artículo 241 del Código Civil resulta un eufemismo, cuando establece que los impúberes no pueden contraer matrimonio, pero acto seguido manifiesta que el juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

No debemos olvidar que el matrimonio es el acto que implica la decisión más importante en la vida de una persona; y esta decisión debe ser tomada sin prisa, con madurez y con pleno conocimiento de los deberes y derechos que implica una institución seria como el matrimonio, la misma que además el Estado peruano, en virtud a lo establecido por la Constitución y por el propio Código Civil, fomenta y protege.

(135) Tentación Académica:

Tenemos serias dudas respecto de la pertinencia del inciso 2 del artículo 241, bajo análisis, ya que el impedimento absoluto de aquellos que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, si bien se asienta en razones de índole social, moral y clínico, ello no constituye un obstáculo para que una pareja, por amor, y sin voluntad de procrear, contraiga matrimonio para hacer vida en común.

Nos imaginamos, incluso, el caso en que dos enfermos de SIDA decidan casarse, como cualquier pareja, conscientes de la enfermedad que padecen. Evidentemente, si son personas responsables —casados o no casados— van a evitar procrear hijos. Pero el Estado no debe impedirles contraer matrimonio en virtud de la enfermedad que sufren.

Si el temor es que los hijos hereden dicha enfermedad o alguna tara (derivada de otra enfermedad), seamos conscientes que el mismo peligro se corre sin que la pareja esté casada, pues podrían —ante el impedimento legal— convivir.

Cuando el Código Civil hace referencia actualmente a la dispensa por «motivos graves», no es otra cosa que el hecho de que la adolescente ha quedado embarazada, y que —en tal situación— ella y su pareja (sobre todo si él también es menor de edad), se verán presionados por sus respectivas familias para contraer matrimonio y, de esta forma, guardar las apariencias ante la sociedad y pensar que con este proceder se evitan rumores y críticas de «amigos» y conocidos.

Nada más falso.

En una situación como ésta todo el mundo se entera, se casen o no los chicos.

Pensamos que el Derecho no debería propiciar que si dos adolescentes cometieron un error, la sociedad les lleve a cometer un segundo error: casarse, pues ellos no habían considerado dentro de sus planes mediatos o inmediatos al matrimonio.

Es más, ni siquiera tienen idea de lo que es casarse.

Y peor aún, si existe negativa de los padres de alguno de los adolescentes para permitir el matrimonio, o si el muchacho no se quiere casar. En este caso, la sociedad pone entre la espada y la pared a la pobre chica y la obliga a optar entre la falsa «vergüenza» de ser madre soltera o recurrir al aborto.

Si queremos que en el Perú existan menos abortos, entonces protejamos a esa joven o a esos muchachos que engendraron al niño por nacer. Tomemos la situación con normalidad, no con hipocresía ni con escándalo.

Auspiciemos que nazca ese niño y que su nacimiento haga que estos jóvenes maduren rápidamente y cuando cumplan la mayoría de edad opten —si así lo desean— por casarse o no, pero sin presiones de ningún tipo.

Es mil veces preferible que no se casen en estas circunstancias, a que se les obligue a contraer matrimonio y pocos meses o escasos años después tengamos un matrimonio fracasado.

En este sentido, cabría recordar que el propio Código de Derecho Canónico establece, en su artículo 1095, como una

causal de incapacidad para contraer matrimonio religioso, a la falta de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar. Colocar este tema como causal de anulabilidad en la ley civil, sería sumamente peligroso, pues un matrimonio contraído en estas circunstancias no dejaría de ser «un saludo a la bandera», en la medida que sería muy fácil casarse sabiendo que en cualquier momento puede anularse ese matrimonio invocando la causal de hipotética inmadurez; además de que tal situación no sólo podría ser alegada por los menores de edad, sino por personas mayores que, astutamente, años después de celebrado el matrimonio, busquen su disolución tratando de demostrar que se casaron en una situación que en realidad no existía.

Artículo 242.— «No pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Los consanguíneos en línea recta.
2. Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.
3. Este inciso debería ser derogado.
4. Este inciso debería ser derogado.
5. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.
6. El condenado como participe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.
7. El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el secuestro o haya retención violenta.»

Fundamento.— En primer término, suprimimos la segunda parte

del inciso 1 de este artículo, que impide el matrimonio del hijo alimentista con su padre o madre, según el caso, ya que dentro de nuestra propuesta de modificación al Libro de Derecho de Familia hemos eliminado la condición de hijo alimentista, por los fundamentos anotados en nuestros comentarios a la derogatoria de los artículos 415, 416 y 417 del Código Civil, puntos donde remitimos al lector. Dentro de nuestro esquema, se es hijo o no se es. Y si se es, obviamente no cabe el matrimonio en el caso del inciso 1 del artículo 242, modificado.

En lo referente al inciso 3, procedemos a derogarlo, ya que, como hemos establecido en nuestra modificatoria del artículo 237, no regiría la permanencia de la afinidad en línea recta luego de la disolución del matrimonio. Por otra parte, si estas personas desean hacer vida común, será preferible que lo hagan dentro de la ley (en matrimonio) y no fuera de ella.

La misma razón nos lleva a proponer la derogatoria del inciso 4.

Artículo 243.— «No se permite el matrimonio:

1. Del tutor o del curador con el menor o el incapaz, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor o el curador que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo.
2. Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que éstos no tienen bienes.

La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos.

Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos nacidos fuera del matrimonio bajo su patria potestad.

3. Este inciso podría ser derogado.»

Fundamento.— En primer lugar, procedemos a eliminar la denominación «extramatrimonial», pues buscamos desterrar de la legislación peruana la distinción entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. Las palabras con las que nos referimos a ellos de ninguna manera representan un adjetivo, sino simplemente una descripción objetiva para tratar de regular su situación legal.

Por otra parte, y de acuerdo a nuestro régimen modificatorio en relación a la prueba de la paternidad, resulta innecesaria la permanencia del inciso 3 del artículo 243 del Código Civil.

Artículo 244.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— La derogatoria de este numeral obedece a nuestra oposición al matrimonio entre menores de edad, cuyos fundamentos sustentamos al analizar el inciso 1 del artículo 241 del Código Civil, punto donde remitimos al lector.

Artículo 245.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra derogatoria del numeral 244.

Artículo 246.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra derogatoria del numeral 244.

Artículo 247.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El mismo que inspira nuestra derogatoria del numeral 244.

CAPITULO TERCERO

Celebración del matrimonio

Artículo 248.– «Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.

Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en el impedimento establecido en el artículo 241, inciso 2, o, si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento. Asimismo adjuntarán un certificado expedido por la municipalidad respectiva que acredite haber asistido a una charla sobre planificación familiar.

La pareja en que ambos conozcan del impedimento de uno de ellos o de ambos, a que se refiere el párrafo anterior, puede subsanar dicho impedimento, a través de una declaración jurada suscrita por ambos, con firmas legalizadas notarialmente, en la que manifiesten que a pesar de encontrarse en tal situación desean contraer matrimonio.

Acompañarán también, en sus respectivos casos, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de su invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería

o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.

Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.

Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.»

Fundamento.— Se ha creído conveniente incluir una disposición que haga obligatorio presentar un certificado que acredite la asistencia de ambos pretendientes a una charla sobre planificación familiar, cuyo dictado estaría a cargo de la Municipalidad Distrital respectiva.

Hemos agregado un tercer párrafo al artículo 248, en virtud de las consideraciones que nos llevaron a efectuar comentarios en nuestro análisis del inciso 2 del artículo 241 del Código Civil.

Por otra parte, procedemos a modificar el actual tercer párrafo, en lo referente al matrimonio de impúberes, ya que dentro de nuestras concepciones se debería prohibir el matrimonio de menores de edad.

Artículo 249.— «El juez civil puede dispensar a los pretendientes de la obligación de presentar algunos documentos, cuando sean de muy difícil o imposible obtención.»

Fundamento.— De acuerdo a la normatividad vigente, los antiguos jueces de primera instancia han pasado a denominarse jueces civiles. De ahí nuestra modificación a este numeral.

Artículo 250.—

Artículo 251.-**Artículo 252.-** Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- No encontramos ninguna razón valedera para evitar la publicación de los avisos que ordena la ley y que, precisamente, serán los que van a permitir a la sociedad enterarse de la proyectada celebración del matrimonio y, eventualmente, impugnarlo.

De acuerdo a la redacción actual, cualquier razón podría ser invocada para evitar dicha publicación, lo que se lograría contando con el asentimiento del Alcalde respectivo.

La publicidad del futuro matrimonio es indispensable. Además, la realidad nos demuestra que cuando los futuros contrayentes desean acogerse a esta salida otorgada por la ley, es precisamente porque tienen algún impedimento matrimonial.

Quien nada debe nada teme.

Artículo 253.- «Cualquier persona puede oponerse a la celebración del matrimonio cuando exista algún impedimento. La oposición se formula por escrito ante cualquiera de los alcaldes que haya publicado los avisos.»

Si la oposición no se funda en causa legal, el alcalde la rechazará de plano, sin admitir recurso alguno. Si se funda en causa legal y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde remitirá lo actuado al juez.»

Fundamento.- Consideramos que la oposición a la celebración del matrimonio, cuando exista algún impedimento, debe ser una cuestión que la ley faculte a cualquier persona y no circunscribir dicha oposición a quienes tengan legítimo interés.

A la sociedad le interesa que no se casen personas que tengan impedimento legal. Poco importa, entonces, quién se opone a la celebración de dicho matrimonio, pues se trata de normas de orden público.

Artículo 254.-**Artículo 255.-****Artículo 256.-**

Artículo 257.- «Si se declara infundada la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. La indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.»

Fundamento.- Como puede apreciar el lector, hemos suprimido una parte intermedia del artículo 257, en la que se exoneraba de esta responsabilidad a los ascendientes y al Ministerio Público.

Ello es absurdo e injustificado, más aún tratándose de personas y de una institución estatal que por parentesco o por su naturaleza están obligados a actuar con respeto y diligencia extremos en relación a los demás.

Artículo 258.-**Artículo 259.-****Artículo 260.-****Artículo 261.-****Artículo 262.-****Artículo 263.-**

Artículo 264.-

Artículo 265.- «El alcalde o su representante puede, excepcionalmente, celebrar el matrimonio fuera del local de la municipalidad.»

Fundamento.- Efectuamos la adición anotada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 260 del Código Civil.

Artículo 266.-**Artículo 267.-**

Artículo 268.- «Si alguno o ambos contrayentes se encuentran en inminente peligro de muerte, el matrimonio puede celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no produce efectos civiles si alguno de los contrayentes es incapaz.

La inscripción sólo requiere la presentación de copia certificada de la partida parroquial.

Dicha inscripción, sobreviva o no quien se encontraba en peligro de muerte, debe efectuarse dentro del año siguiente de celebrado el matrimonio, bajo sanción de nulidad.

Si sobrevive quien contrajo el matrimonio en inminente peligro de muerte, esa persona o su cónyuge pueden demandar, sin expresión de causa, la anulación del matrimonio, dentro de los seis meses de cesado dicho peligro.»

Fundamento.- En primer término, hemos señalado la posibilidad de que no sólo sea uno sino los dos contrayentes quienes se encuentren en peligro de muerte inminente al momento de la

celebración del matrimonio. Sin embargo, esta es una modificación accesoria.

Por otra parte, no olvidemos que «la prisa es el peor consejero», y dadas las peculiaridades emocionales en que se celebra este matrimonio, consideramos conveniente, en caso sobreviva la persona que se encontraba en inminente peligro de muerte, otorgar a cualquiera de las partes la facultad de demandar la anulación del matrimonio, sin expresión de causa, dentro del plazo de seis meses contados desde el momento en que cesó el inminente peligro de muerte.

CAPITULO CUARTO

Prueba del matrimonio

Artículo 269.-

Artículo 270.-

Artículo 271.-

Artículo 272.-

Artículo 273.-

CAPITULO QUINTO

Invalidez del matrimonio

Artículo 274.- «Es nulo el matrimonio:

1. Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obs-

tante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.

2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciego-mudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.

Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.

3. Del casado.

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.

En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

4. De los consanguíneos en línea recta.
5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral.

Sin embargo, tratándose **del tercer grado**, el matrimonio se convalida si **se obtiene** dispensa judicial del parentesco.

6. Este inciso podría ser derogado.
7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.

8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.
9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.

10. Del menor de edad.»

Fundamento.— En primer término, efectuamos una modificación en el inciso 3, ya que en nuestra opinión el matrimonio del casado es nulo y siempre debe serlo, a pesar de que luego sobrevenga alguna causal como las descritas en el primer párrafo del mencionado inciso.

Lo nulo nunca puede ser válido en Derecho.

Consideramos que este principio debe ser común tanto al Derecho Civil Patrimonial como al Derecho de Familia.

Nuestra derogatoria del inciso 6, obedece a las razones expuestas en el tratamiento del artículo 242 del Código Civil, por las cuales también hemos modificado el inciso 4 del artículo 274.

Finalmente, agregamos un inciso a este artículo, el décimo, que sanciona con nulidad el matrimonio contraído por un menor de edad.

Es obvio que si cumplidos los dieciocho años esa persona desea contraer matrimonio, en esos momentos lo podrá hacer con plena libertad.

Sobre esto ya nos pronunciábamos en ocasiones anteriores.

Artículo 275.— «La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cualquier persona.

Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.»

Fundamento.— Nuestra modificación al artículo 275 tiene como fundamento el mismo que inspira la variación del texto del artículo 253 del Código Civil, precepto al cual remitimos al lector.

Artículo 276.—

Artículo 277.— «Es anulable el matrimonio:

1. Este inciso podría ser derogado.
2. De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2. La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.
3. Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.
4. De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.
5. De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos

sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.

6. De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de cesada la amenaza. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.
7. De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.
8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.
9. De quien vuelve a contraer matrimonio, por haberse declarado judicialmente muerto a su cónyuge, en caso de reaparición con vida del primero. La acción corresponde únicamente al cónyuge que volvió a contraer matrimonio y debe interponerse dentro del año siguiente a la fecha de reaparición de aquél que fue declarado judicialmente muerto.»

Fundamento.— En lo referente al inciso 1, procedemos a derogar, ya que para nosotros el matrimonio del impúber debe ser nulo.

De otro lado, en el inciso 6 variamos la fecha desde la cual se computa el plazo, reemplazando el término inicial, relativo a la fecha de celebración del matrimonio, por el cese de la amenaza, ya que ambas pueden no coincidir y si la amenaza continuara, en la práctica la víctima no estaría en condiciones de proceder —en un plazo razonable— de acuerdo a sus intereses.

Finalmente, hemos agregado una causal de anulación del matrimonio, en virtud de nuestra modificación al artículo 68 del Código Civil.

Artículo 278.—

Artículo 279.—

Artículo 280.— «Si la invalidez del matrimonio se demanda por apoderado, éste debe estar facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.»

Fundamento.— Efectuamos la variación anotada en la redacción del artículo 280, ya que la norma actual es imprecisa, tanto así que en los términos en que está redactada, hubiera sido preferible no introducirla en el Código Civil, apoyándonos en el conocido principio interpretativo de que aquello que no está prohibido, está permitido.

Artículo 281.—

Artículo 282.—

Artículo 283.—

Artículo 284.-

Artículo 285.-

Artículo 286.-

TITULO II

Relaciones personales entre los cónyuges

CAPITULO UNICO

Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Artículo 287.-

Artículo 288.-

Artículo 289.-

Artículo 290.-

Artículo 291.-

Artículo 292.-

Artículo 293.- «Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar. Si el otro cónyuge no estuviese de acuerdo, podrá solicitar al juez que se declare que el ejercicio de dichas labores no está justificado por el interés de la familia, caso en el cual, de persistir el cónyuge en

trabajar, se asimilará esta situación al abandono injustificado del hogar conyugal, siempre que las referidas labores se desarrollen fuera de la localidad donde se encuentra el hogar conyugal y no se trate de personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.»

Fundamento.— Consideramos que los cónyuges, como cualquier persona, gozan de la libertad de trabajo consagrada por la Constitución Política del Perú. En tal sentido, no cabe que el otro cónyuge se oponga a que su pareja trabaje, bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, es evidente que existirán algunos casos en que por la naturaleza del trabajo a realizar, el otro cónyuge podría recurrir a los tribunales para que se declare que esta situación no se justifica para los intereses de la familia y, si dicho trabajo se realizara dentro de una localidad distinta a donde se ubica el hogar conyugal, deberá asimilarse las consecuencias de tal situación al abandono injustificado del hogar conyugal, que, como sabemos, constituye una de las causales de separación de cuerpos y divorcio (artículo 333, inciso 5).

Es claro que no están comprendidos en esta norma quienes se limitan a cumplir órdenes, caso del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Artículo 294.—

TITULO III
Régimen patrimonial

CAPITULO PRIMERO
Disposiciones generales

Artículo 295.—

Artículo 296.-

Artículo 297.-

Artículo 298.-

Artículo 299.-

Artículo 300.-

CAPITULO SEGUNDO

Sociedad de gananciales

Artículo 301.-

Artículo 302.-

Artículo 303.-

Artículo 304.- «Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro, salvo que existan fundadas razones para tal renuncia.»

Fundamento.- Consideramos que el texto vigente del artículo 304 del Código Civil es demasiado estricto, al no permitir ninguna excepción a la regla en él contenida.

Es por ello, que creemos debe dejarse abierta la posibilidad de que el cónyuge al cual se le quiere beneficiar con una herencia o legado y que no desea tal beneficio, pueda renunciar a él, si existiesen fundadas razones para tal renuncia.

Un ejemplo muy claro sería el de un cónyuge que se ve «beneficiado» con la herencia o legado de una persona de muy mala reputación en la sociedad, caso en el cual aceptar esa herencia o legado podría perjudicar gravemente el prestigio del supuesto beneficiario, y, antes que causarle un beneficio, le estaría ocasionando un perjuicio.

Otro ejemplo, sería el del cónyuge «beneficiado» por una herencia o legado de una persona por la cual siente profundo resentimiento, dado que el difunto –en vida– ha causado mucho daño a la persona o familia de dicho cónyuge.

Estoy absolutamente convencido de que en estos dos ejemplos existirían razones más que suficientes para considerar fundada una negativa unilateral, que podría prevalecer judicialmente por sobre la voluntad contraria de la pareja.

Artículo 305.– «Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir garantía suficiente, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.»

Fundamento.– Consideramos que resulta más apropiado ampliar los alcances del numeral bajo análisis y referirnos al otorgamiento de garantía suficiente, ya que no tenemos por qué considerar en principio sólo a la hipoteca, pues podría tratarse de otras garantías reales o personales que revistan similar o, incluso, mayor solidez que aquélla.

Artículo 306.–

Artículo 307.–

Artículo 308.–

Artículo 309.–

Artículo 310.-**Artículo 311.-****Artículo 312.-****Artículo 313.-****Artículo 314.-**

Artículo 315.- «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rigen en los casos considerados en las leyes especiales.

Si se contraviniera lo estipulado en este artículo, el acto será ineficaz.»

Fundamento.- Con el último párrafo que hemos agregado al artículo 315, buscamos evitar erróneas interpretaciones acerca de la naturaleza de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad conyugal, por parte de uno solo de los cónyuges.

Además, evitaríamos el problema de concordancia que existe actualmente entre este numeral y el artículo 1540 del Código Civil, que advirtiéramos en el año 1990 en nuestra obra «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos»⁽¹³⁶⁾, en la eventualidad que poda-

(136) CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 190 y 191.

mos considerar que un contrato de esta naturaleza pueda ser una venta de bien parcialmente ajeno o una venta de bien totalmente ajeno, actos que, como sabemos, son válidos, pero pueden llegar a ser ineficaces.

Artículo 316.-

Artículo 317.-

Artículo 318.-

Artículo 319.-

Artículo 320.-

Artículo 321.-

Artículo 322.-

Artículo 323.-

Artículo 324.-

Artículo 325.-

Artículo 326.- «La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha

unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, si el concubino abandonado no hubiese dado motivo fundado para dicho proceder, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Se consideran motivos fundados si el concubino abandonado hubiese incurrido en alguna de las causales previstas en los incisos 1 a 10 del artículo 333.

Los concubinos pueden celebrar convenio por escritura pública, bajo sanción de nulidad, respecto de las obligaciones y deberes jurídicos que nacen de su relación, siendo aplicable, en cuanto la naturaleza de la situación lo permita, lo dispuesto a este respecto por el artículo 234, tercer párrafo.

El concubinato ininterrumpido que dure más de cinco años otorga el derecho a heredar al concubino supérstite, si el causante hubiera muerto durante la vigencia del concubinato. En este caso, son de plena aplicación las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge.

Lo dispuesto en este artículo también es íntegramente aplicable a las uniones de hecho de personas del mismo sexo, siempre que el estado civil de ambas lo permita.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el inte-

resado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa».

Fundamento.— Sobre los efectos de la unión estable entre varón y mujer, el Doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois⁽¹³⁷⁾ señala lo siguiente:

«Ya hemos dicho anteriormente que las Constituciones de 1979 y la de 1993 reconocen el valor de la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señale la ley y que da lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Cuando se dictó el Código Civil de 1936, este dispositivo que es justo, no existía. El doctor Manuel Augusto Olaechea actuando como Fiscal planteó a la Corte Suprema un caso de concubinato en el que eran evidentes los derechos preferentes de la compañera peruana supérstite, sobre los de los parientes lejanos que vivían en otro Continente, y que la Corte Suprema no reconoció por temor a reconocer valor legal al concubinato. El dispositivo constitucional es justo porque entre las clases menos educadas peruanas es práctica la convivencia sin la formalización del matrimonio. Viene de la época prehispánica, en la que existía el matrimonio de prueba o «**servinacuy**». En consecuencia, reconocerle valor legal es justificado, en los términos que señala la ley.

Y bien, ¿cómo introdujeron los Codificadores de 1984 esta reforma constitucional sustancial en el Código Civil?

Se limitaron a repetir en el artículo 326º de dicho Código la declaración constitucional, con lo que pretendían resumir todas las modificaciones que en materia del Derecho de Familia y de Sucesiones significaba el cambio operado. Sin embargo, consideramos que ello era totalmente insuficiente y que la unión de hecho mantenida por un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial requería diversos, distintos y más complejos dispositivos y límites a la nueva

(137) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 51 y 52.

institución, siéndole aplicable desde las disposiciones generales sobre Derecho de familia, y las de relaciones personales entre los cónyuges, hasta el régimen patrimonial y sucesorio. En especial su fin por muerte, o por separación de cuerpos, en este caso equivalente al divorcio. Ambos casos exigían prever la liquidación de la sociedad conyugal.»

Nos adherimos a las expresiones del Doctor Olaechea.

Precisamos en el tercer párrafo de nuestro artículo 326, que cuando la unión de hecho termina por decisión unilateral de uno de los concubinos, el abandonado tendrá derecho, a su elección, a que se le pague una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, pero única y exclusivamente si el concubino abandonado no hubiese dado motivo para dicho proceder del otro. Se consideran motivos fundados el haber incurrido en alguna de las causales previstas en los incisos 1 a 10 del artículo 333 del Código Civil.

Por otra parte, dejamos en claro que los concubinos pueden celebrar convenio por escritura pública, bajo sanción de nulidad, respecto de las obligaciones y deberes jurídicos que nacen de su relación, siendo aplicable, en cuanto la naturaleza de la situación lo permita, lo dispuesto a este respecto por el artículo 234, tercer párrafo, de nuestras Tentaciones Académicas.

Efectuamos este agregado en razón de que no vemos consideraciones como para excluir la posibilidad de estos convenios —previsores de eventualidades futuras— en el concubinato, tal como se presentan en el matrimonio.

Asimismo, efectuamos una adición al artículo en vigencia, referida a la sucesión del concubino supérstite, siempre y cuando la relación concubinaria hubiese durado más de cinco años ininterrumpidos. Establecemos este plazo (que es medianamente extenso) para evitar el abuso de la norma en relaciones poco estables. Nos parece totalmente justo que el concubino pueda tener derecho a heredar, al ser, precisamente, la persona que ha compartido —en la línea de nuestro pensamiento— la vida de manera más cercana con el causante.

En tal sentido, ubicamos al concubino en la posición del cónyuge en todo lo que respecta a su situación sucesoria.

Finalmente, y aunque parezca un tanto osado, proponemos que las disposiciones sobre concubinato se apliquen también a las uniones de hecho de personas del mismo sexo, siempre que el estado civil de ambas lo permita, vale decir que ninguno de ellos se encuentre casado.

Estamos convencidos de que con este precepto no se contravendría principio moral alguno, así como tampoco estaríamos yendo contra las normas de nuestra Religión Católica. No estamos proponiendo la legalización –por medio del matrimonio– de la unión de personas de un mismo sexo.

Pero no podemos cerrar los ojos ante la realidad. Y la realidad es que –nos guste o no– existe un altísimo porcentaje de parejas que conviven y son del mismo sexo. No vemos razón alguna para, ante una realidad tan evidente y numerosa, **mantener** excluidos del régimen del concubinato a estas personas, más aún que dicho régimen se centra, en nuestra propuesta, al igual que en la ley vigente (respecto a parejas heterosexuales), en aspectos de índole netamente patrimonial.

Si son dos personas que conviven en las condiciones planteadas en nuestro artículo 326, deben aplicárseles, por razones de elemental justicia y equidad, todas las consecuencias previstas en esa norma.

Nuestra última modificación, en el sentido de variar la expresión «enriquecimiento indebido» por «enriquecimiento sin causa», obedece a una voluntad de uniformizar la nomenclatura con la que el Código Civil denomina a esta fuente de obligaciones.

CAPITULO TERCERO

Separación de patrimonios

Artículo 327.–

Artículo 328.–

Artículo 329.–

Artículo 330.-**Artículo 331.-**

TITULO IV
Decaimiento y disolución del vínculo

CAPITULO PRIMERO
Separación de cuerpos

Artículo 332.-**Artículo 333.-** «Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave o equivalente.

contraída por transmisión sexual de terceros, después de la celebración del matrimonio.

9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio, o aquella anterior o coetánea al mismo que ignoraba el otro cónyuge.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.»

Fundamento.— Efectuamos una modificación en el inciso 8 de este artículo, ya que podría darse el caso de que la enfermedad de que se trate sea el SIDA. Como sabemos, el SIDA (Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida) no es en estricto una enfermedad venérea. De ahí que nos referimos a enfermedad equivalente a la venérea.

Pero, por otra parte, el SIDA no solamente se contagia a través de las relaciones sexuales, sino por una serie de medios distintos que, en definitiva, no implicarán —necesariamente— un actuar indebido o infiel en el plano sexual por parte del cónyuge infectado.

Imaginemos que un cónyuge contrae SIDA por la utilización médica de instrumental quirúrgico contaminado. En este caso, dicha persona no ha tenido culpa alguna, y puede tener en desarrollo o en germen una enfermedad susceptible de conducirlo a la muerte. Es obvio que en un caso como éste el otro cónyuge, al descubrirse la existencia de la enfermedad, no tendrá el deber de mantener relaciones sexuales con su pareja. Esto, por razones de simple lógica y sentido común.

Pero de ninguna manera podemos condenar a esa víctima de una enfermedad tan grave, a que además se le demande la separación de cuerpos o el divorcio invocando esta causal.

Por algo el matrimonio es para toda la vida; y una circunstancia como ésta no puede hacer que la pareja de la víctima

tenga la potestad de no compartir ese sufrimiento y apoyar a su cónyuge en los que –probablemente– sean no sólo los momentos más difíciles, sino los momentos finales de su vida.

Hemos agregado, por otra parte, como causal de separación de cuerpos, a la homosexualidad anterior o concomitante a la celebración del matrimonio, siempre y cuando ella haya sido desconocida por el otro cónyuge. Creemos que salvar esta omisión resulta muy importante.

Tentación académica ajena.

A pesar de no ser política de este trabajo el tratar acerca de tentaciones académicas ajenas (a menos que las comparta o que revistan interés y me hagan meditar respecto a un tema), existe una que va a constituir la excepción: no puede dejar de pronunciarme sobre el divorcio unilateral (invocando hecho propio).

Si bien es cierto que no es la primera ocasión en que se ventila públicamente el tema de una eventual reforma al Código Civil con el propósito de agregarle una causal de separación de cuerpos y divorcio al artículo 333, consistente en la posibilidad de que la separación de hecho pueda ser invocada, luego de transcurrido un plazo, por cualquiera de las partes, consideramos que nos encontramos en el momento en que esta materia ha cobrado mayor discusión. En efecto, existen, presentados al 25 de octubre de 1997, los Proyectos de Ley Nos. 1716/96-CR, 1729/96-CR, 2107/96-CR y 3096-/97-CR ⁽¹³⁸⁾, además de algún otro presentado con fecha posterior y del hecho que el tema

(138) Los referidos Proyectos de Ley fueron publicados en una Separata Especial de la Comisión de Justicia del Congreso de la República en el Diario Oficial «El Peruano», con fecha sábado 25 de octubre de 1997.

El texto de los referidos Proyectos de Ley es el que transcribimos a continuación:

Proyecto de Ley N° 1716/96-CR

Incorpora figura de la separación de hecho como causal de divorcio

El Congresista de la República Daniel Estrada Pérez, que suscribe, miembro del Grupo Parlamentario de UNION POR EL PERU, en ejercicio del de-

recho que le reconoce el Artículo 107º de la Constitución Política, propone al Congreso el siguiente Proyecto de Ley:

CONSIDERANDO:

QUE, la Constitución Política establece en su artículo 4º que la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley;

QUE, el matrimonio es la unión que voluntariamente establecen un varón y una mujer para fundar una familia y hacer vida común, generando entre ellos relaciones de variado tipo que los comprometen individual o conjuntamente, así como derechos y obligaciones del uno frente al otro y ante terceros o el Estado y en cuyo respeto y cumplimiento se basa la estabilidad y permanencia de la sociedad constituida;

QUE, de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política, la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por ser «institutos naturales y fundamentales de la sociedad» y en consecuencia, es motivo de su interés la convivencia armónica entre los cónyuges, puesto que de ella depende la mantención del vínculo legal, habiéndose previsto legalmente para el caso contrario y otras cuestiones sobrevenientes, la separación de cuerpos y la disolución del vínculo matrimonial, sin comprenderse dentro de las causales la separación de hecho, que viene a ser la ruptura de origen unilateral o de voluntad común de los cónyuges, de uno de los elementos constitutivos del matrimonio: la vida común;

QUE, la Separación de hecho es el incumplimiento del deber de cohabitación de los cónyuges, que impone una situación ajena y contraria a las relaciones que crea el contrato (sic) matrimonial y que surge y se mantiene sin intervención jurisdiccional y sin voluntad de concluirla;

QUE, la ley establece de manera precisa cuales son las causas que pueden ocasionar la declaración judicial de separación de cuerpos y/o de disolución del vínculo matrimonial (divorcio absoluto), encontrándose para el primer caso, entre otras, la separación convencional o mutuo acuerdo, lo que significa que el estado de matrimonio, se sostiene en la decisión libre y voluntaria de los cónyuges y por tanto su finalización, puede también estar librada a la determinación común que adopten;

QUE, así como la separación convencional es causa de separación de cuerpos y subsecuente divorcio, debe serlo también la separación de hecho ocurrida entre los cónyuges, sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común y por tanto, el contrato legal (sic) que es el matrimonio civil, deviene inútil en algunos casos e inconveniente en otros, porque genera efectos jurídicos no deseados y más bien perjudiciales para marido o mujer o ambos;

QUE, la separación de hecho entre cónyuges, mantenida sin ánimo de reconstitución del estado normal de matrimonio, es una manifestación inequívoca de la ausencia de condiciones básicas para el funcionamiento de la institución familiar y como tal debe ser motivo suficiente para la disolución del matrimonio, legalizando de este modo el estado civil de los cónyuges a través de la devolución de su **status** real;

QUE, un lapso de dos años continuos de separación de hecho de los cónyuges, es tiempo suficiente para acreditar la carencia de ánimo para continuar la vida matrimonial y por el contrario, es evidencia del deseo implícito de ponerle fin, sin que ello pueda ocurrir por la falta de previsión legal;

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1º.— Adiciónese un inciso al artículo 333º y modifíquese el texto de los artículos 335º, 345º, 349º y 354º del Código Civil, que quedarán redactados en la siguiente forma:

Artículo 333º.— «Causal»

Son causas de separación de cuerpos:

12. Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos.

Artículo 335º.— «Improcedencia de la acción por hecho propio»

Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto cuando la acción invoca la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333.

Artículo 345º.— «Patria potestad por Separación Convencional o por Separación de hecho»

En caso de Separación convencional o Separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la Separación convencional y a la Separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 340º, último párrafo y 341º.

Artículo 349º.— «Causales»

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333º, incisos 1) a 10) y 12).

Artículo 354º.— «Plazo de conversión»

Transcurridos seis meses desde la notificación con la sentencia de Separación convencional o de Separación de hecho, a que se refieren los incisos 10) y 12), respectivamente, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Artículo 2º.— Modifíquese el inciso 2) del artículo 546º y el artículo 573º del Código Procesal Civil, que quedarán redactados en los siguientes términos:

Artículo 546º.— «Procedencia»

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

2. Separación convencional, Separación de hecho y divorcio ulterior.

Artículo 573º.— «Aplicación supletoria»

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con los incisos 11) y 12) del artículo 333º y el artículo 354º del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Lima, 3 de septiembre de 1996

DANIEL ESTRADA PEREZ
Congresista de la República

PROYECTO DE LEY Nº 1729/96-CR

SEÑOR PRESIDENTE:

El Congresista de la República que suscribe, del «Frente Nacional de Tra-

bajadores y Campesinos» -FRENATRACA-, integrante del Grupo «PLURAL»:

Considerando:

Que si bien la Constitución Política reconoce al matrimonio como instituto fundamental de la sociedad, a la vez ha previsto la posibilidad de separación y disolución del mismo, tenor de lo dispuesto por el artículo 4º, **in fine** del Texto Constitucional;

Que el Código Civil en su artículo 333º, establece once causales de separación de cuerpos, las que también son aplicables para el divorcio, con excepción de la separación convencional, antes mutuo disenso;

Que la tendencia del Código Civil, en líneas generales ha sido regular de modo genérico las causales de separación y divorcio, haciendo simple y llana mención de dichas causales, sin establecer los hechos constitutivos que las configuran; así ocurre, por ejemplo con el adulterio, o la injuria grave, o la sevicia, esta última antes de su modificación legal, aprobada con ulteriores a la promulgación del Código Civil, contenida en las Disposiciones Modificadorias del Decreto Legislativo Nº 768 (Código Procesal Civil);

Que con la técnica legislativa antes aludida, se ha trasladado al Juez la delicada tarea, al determinar qué hechos son constitutivos, o pueden ser constitutivos, de una causal invocada **por** los recurrentes, facultad discrecional potencialmente cargada de enorme subjetividad, lo que sin duda ha sido factor primordial para que se haya generado una disímil y hasta contradictoria jurisprudencia sobre la materia;

Que sin embargo, con las últimas modificaciones introducidas **por** el Código Procesal Civil -Decreto Legislativo Nº 768- al Código Civil, específicamente al inciso 2) del artículo 333º, **en lo que atañe a la sevicia**, se denota el positivo interés del legislador **por precisar los hechos y factores** que la configuran, ya que la sola mención de «sevicia», como causal de separación de cuerpos o divorcio, originariamente consignada en dicho inciso, ha sido así sustituido por la de «violencia física o psicológica»; con lo que no se hizo sino precisar -como es conveniente-, en la ley, los factores esenciales evidentemente configurativos de la sevicia;

Que igual criterio es de toda necesidad y conveniencia que deba observarse particularmente respecto de la causal de «injuria grave», prevista en el inciso 4) del citado artículo 333º del Código Civil, a la luz de la doctrina y de los precedentes jurisprudenciales;

Que destacados juristas en el Derecho Comparado remiten el concepto de «injuria grave» a la ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro; haciendo, además, extensivo este concepto a las conductas o los actos ofensivos; así lo concibe (sic), por ejemplo, Colín (sic) y Capitant al mencionar como injurias graves, en adición a los conceptos antes mencionados, los «actos de un esposo que aún sin haber pronunciado ninguna palabra o calificativo injurioso, no por esto dejan de tener por sí mismo (sic) el carácter de una ofensa que ultraja al otro esposo, porque constituyen una violación de los deberes que nacen del matrimonio o demuestran la indignidad de su autor haciendo insoportable la vida en común»; o según dice Luis Fernández Clérigo que «la injuria grave no sólo consiste en el ultraje verbal o escrito, sino que es toda actitud, toda conducta y todo hecho, deliberado, hiriente o ultrajante de la dignidad y honor del otro cónyuge»;

Que siguiendo el concepto amplio dado por la doctrina a la injuria grave,

debe considerarse que determinados actos, en casos distintos del simple faltamiento verbal o por escrito, por su gravedad pueden y deben ser configurativos de injuria grave de modo taxativo en el Código Civil;

Así tenemos que el sistemático incumplimiento de uno de los cónyuges de su elemental obligación —que señala y consagra el artículo 300° del Código Civil— de contribuir al sostenimiento del hogar en forma proporcional a sus ingresos propios, no sólo debe ser superada con la solución que establece el artículo 305° del Código Civil, esto es otorgando la facultad al otro cónyuge de pedir que pasen tales bienes a su administración, sino que por estar tal conducta cargada de una evidente y reiterada actitud egoísta, para con el otro cónyuge y para el hogar en sí, debe ser calificada como causal de separación de cuerpos o divorcio;

Que asimismo es conveniente agregar al lado de la separación convencional la de hecho por no menos de dos años, cuando copulativamente sólo exista vínculo civil y no hayan hijos menores de 14 años;

Que de otro lado, los procesos de divorcio y separación en la legislación anterior, acertadamente, se sujetaban a las reglas del juicio de menor cuantía, es decir con un trámite especial y plazos breves, no existiendo en puridad, justificación valedera para que el actual Código Procesal Civil, ignorando las mucho mayores contradicciones y complicaciones sociales y el dinamismo de la vida moderna, haya previsto un trámite diferencial, estableciendo distintas vías procesales: la del proceso sumarísimo para la separación convencional (mutuo disenso) y la del proceso de conocimiento, con términos innecesariamente latos y prolongados, para la separación de cuerpos y divorcio por causales, tanto más cuando ya no hay menores de edad dentro de los hogares afectados;

Que en consecuencia, es entonces necesario unificar en una sola vía procedimental, el proceso sumarísimo, las acciones de separación convencional y las de separación de cuerpos o divorcio por causal, para los casos a los que se refiere el considerando precedente, previendo, desde luego, las particularidades que por su naturaleza son propias de éstas; y,

Que con las medidas que se proponen habrá de contribuirse a la paz social y a que todas las personas a quienes concierna puedan gozar del derecho a su propio y personal bienestar, contribuyéndose además a aliviar la recargada labor que se ocasiona al Poder Judicial, con el elevado número de procesos de divorcio y de separación de cuerpos en curso, que prolongan en muchos casos situaciones de tensión, angustia y enfrentamientos familiares que pueden y deben ser adecuadamente superados con las medidas que se proponen, particularmente para cuando no hay menores de edad, cuya subsistencia, formación y condiciones de vida tiene el Estado el deber prioritario de prever y cautelar, en concordancia con lo previsto en el artículo 2°, inciso 1) y artículo 4° de la Constitución vigente;

Propone a consideración del Congreso de la República, el Proyecto de Ley siguiente:

EL CONGRESO, etc.

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo Primero.— Modifícanse los incisos 4) y 11) del artículo 333° del Código Civil, cuyos textos definitivos serán los siguientes:

*4) La injuria grave, que se configura con:

- a) La ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro, incluyendo las actividades, conduc-

- tas o actos ofensivos de uno a otro cónyuge, que hagan insoportable la vida en común;
- b) El sistemático incumplimiento de uno de los cónyuges a contribuir al sostenimiento del hogar, en forma proporcional a sus ingresos propios;
 - c) El disfrute sistemático, para beneficio unilateral o egoísta, por tiempo corrido no menor de un año, de un bien de la sociedad conyugal o que es propio del otro cónyuge;
 - d) La manifiesta y reiterada deslealtad hacia las principales actividades u objetivos lícitos del otro cónyuge, sobre todo cuando fueron suficientemente conocidos con antelación al matrimonio por el cónyuge culpable; y,
 - e) Los demás hechos constitutivos que a criterio del Juez configuren esta causal.»
- 11) La separación convencional, después de transcurrido (sic) dos años de la celebración de (sic) matrimonio, o la de hecho por igual término, cuando sólo hubiere vínculo civil y no hubieren en el matrimonio hijos menores de 14 años».

Artículo Segundo.— Modifícase el artículo 480º del Código Procesal Civil, cuyo texto definitivo será el siguiente:

•**Artículo 480º.**— **TRAMITACION.**— Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1) al 10) del Código Civil, en cuanto sea pertinente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades que se indican a continuación:

1. El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este artículo, y, como tal, no emite dictamen;
2. En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante puede modificar su pretensión de divorcio a una separación de cuerpos;
3. Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares: sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por una de las partes, por ambos o por un tutor o curador provisionales; administración y conservación de los bienes comunes; o en aquellas pretensiones que directamente deban o puedan resultar afectadas como consecuencia de la demanda principal, a la que deben acumularse, no siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1) y 3) del artículo 85º;
4. Las excepciones, defensas previas y reconvencción, si las hubiera, se interponen con sus respectivas pruebas al constatare la demanda y serán absueltas por el demandante en la audiencia conciliatoria;
5. Sólo en el caso de existir hijos menores de edad, o cuando surjan en el curso del proceso de separación de cuerpos o divorcio, situaciones que no estén acreditadas con pruebas incontestables en cuanto a las causales invocadas, el Juez remitirá el trámite respectivo al proceso de conocimiento, pudiendo determinar también, de ser estrictamente necesario, que se lleve por esta misma vía, lo concerniente a la separación de los bienes, sin perjuicio de que se pronuncie previamente sentencia por la vía sumarísima, en cuanto a la disolución del vínculo.

Artículo Tercero.— Modifícanse o déjanse en suspenso las disposiciones que se opongan a la presente ley.

Lima, 3 de septiembre de 1996

ROGER CACERES VELASQUEZ
Congresista de la República

PROYECTO DE LEY Nº 2107/96-CR

Señor Presidente:

El Congresista de la República que suscribe, del «Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos» -FRENATRACA-, integrante del Grupo Parlamentario Plural:

Propone a la consideración del Congreso de la República, el Proyecto de Ley siguiente:

EL CONGRESO, etc.

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

Artículo Único.— Adiciónase al inciso 11) del artículo 333º del Código Civil un párrafo final, cuyo texto será el siguiente:

«Se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio.»

Lima, 3 de octubre de 1996.

ROGER CACERES VELASQUEZ

Congresista de la República

PROYECTO DE LEY Nº 2552/96-CR

**Proyecto de Ley que propone
modificar los artículos 333º**

341º, 349º y 350º del Código

Civil.

El Congresista de la República que suscribe, ALDO VLADIMIRO ESTRADA CHOQUE, miembro del grupo Parlamentario UNION POR EL PERU, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Considerando:

Que, el matrimonio constituye la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer una vida en común (artículo 234º del Código Civil), institución prevista en la Constitución Política del Estado como cédula (sic) fundamental de la familia, (artículo 4º).

Que, el matrimonio tiene como fundamental objetivo la vida en común de los cónyuges, y por tanto de él derivan una serie de derechos y obligaciones de orden personal y patrimonial, generando una comunidad natural y espiritual entre el hombre y la mujer que se basa en una mutua y recíproca afectividad, que constituye su esencia y razón de ser, cuya consecuencia inmediata es la igualdad jurídica de éstos, tanto en el aspecto personal como patrimonial, criterio adoptado en nuestro Código Civil, y que concuerda plenamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre la Eliminación y Discriminación de la Mujer.

Que, por otra parte, la misma norma sustantiva, regula sobre la separación de cuerpos, el divorcio, y sus causas, cuya naturaleza jurídica ha sido analizada por varios tratadistas, y entre ellos Diez Picasso Guyón (sic), quien señala que la separación de cuerpos se justifica en el surgimiento de una causa legítima, sobre la base de determinados hechos a los cuales el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la facultad de

reclamar la separación. Por su parte el profesor Guillermo Borda sostiene, que la institución se origina en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio, que no solamente pueden tener un origen lícito, sino que inclusive pueden ser necesarias y obligatorias, posición ésta que vienen adoptando la mayoría de las legislaciones modernas.

Que, con relación al Divorcio, se trata de la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial por decisión judicial y causas establecidas en la ley (artículo 333° del Código Civil), cuya naturaleza jurídica ha sido discutida doctrinariamente por los tratadistas, habiendo surgido la corriente denominada «divorcio remedio» en contraposición a aquella otra del «divorcio sanción» que ha adoptado nuestro Código Civil. En efecto, el jurista Alemán Kahl propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio la necesidad de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no se puede esperar que la vida en común continúe de acuerdo con su esencia, planteando de ésta manera una nueva concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no depende de las infracciones a los deberes matrimoniales, sino a la intención de hacer una vida en común, la misma que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligarlos a mantenerse juntos cuando dicha unión ha fracasado.

Que, el Código Civil de 1984 al haber adoptado la tesis del «divorcio sanción», ha limitado las causales de separación de cuerpos y divorcio a las establecidas en el artículo 333°, siendo por tanto necesario incorporar la teoría del «divorcio remedio», por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país, toda vez que se vienen dando situaciones irregulares y muchas de ellas ilegales que afectan la institución matrimonial, negando su propia esencia de hacer una vida en común, al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que pueda legalizar el estado civil que les correspondería, todo lo cual va en directo perjuicio de ellos mismos, de los propios hijos y la sociedad.

Que, es necesario que el Código Civil vigente, asimilando la nueva corriente del divorcio remedio, recoja otras causales de separación de cuerpos y divorcio que posibiliten la solución de conflictos matrimoniales existentes, entre ellos los siguientes:

- a) **La presencia de enfermedades de transmisión sexual como el SIDA y la enfermedad mental permanente.**— La presencia de enfermedades de transmisión sexual, como el SIDA, que afectan el sistema orgánico e inmunológico de la persona con consecuencia (sic) letales e inclusive inevitables; deben constituir una posibilidad de separación de cuerpos o divorcio, toda vez que no se justifica que por razones familiares o morales se siga manteniendo un vínculo que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados del matrimonio, y que ponen en riesgo la salud del otro cónyuge, así como la de los hijos, más, cuando existe la posibilidad de embarazos con alto grado de riesgo para la prole.

Similar situación se presenta cuando se trata de una enfermedad mental permanente que impide al cónyuge afectado una conducta y raciocinio normales, y consiguientemente no se encuentra apto para mantener una relación matrimonial con deberes y obligaciones inherentes a ella.

La incorporación de estas causales, por ninguna razón significará dejar en abandono al cónyuge enfermo, y en todo caso el Juez al momento de resolver tendrá que establecer las previsiones que la misma ley señala para que el cónyuge demandante acuda con los recursos y asistencia del caso en favor del otro.

- b) **La conducta deshonrosa u otra de carácter grave que hace imposible la vida en común.**— El Código Civil en el artículo 333° inciso 6) prevé la causal de la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; no obstante, se dan situaciones que sin ser deshonrosas, son de naturaleza grave que imposibilitan la vida conyugal de los esposos; a saber, por ejemplo: la inseminación artificial y subsecuente concepción sin el consentimiento del otro cónyuge, ya que sería imposible imaginar que un hogar pueda mantenerse con una prole no querida ni admitida por uno de los cónyuges. Luego, el cambio de religión de uno de los esposos posterior al matrimonio, que crea graves divergencias no sólo relacionadas a la fe, sino también a la moral, costumbres, formas de vida y demás. Otro, la grave discrepancia política que igualmente produce profundas brechas entre ambos gestando continuas y permanentes discusiones que deterioran gravemente la relación al punto de no ser posible continuar con ella. El cambio de costumbres y de formas de vida posteriores al matrimonio, como obligar a que uno de los cónyuges no trabaje, la habitualidad al juego, y otras que resulten graves e imposibiliten el seguir permaneciendo juntos, haciendo vida de casados y que finalmente conducen a la separación de hecho.

Estos casos y otros más que se dan, y que deben ser convenientemente analizados por el Juzgador, atendiendo a su gravedad, el grado de cultura de los cónyuges, sus costumbres, llevan a la convicción de que es imposible seguir manteniendo una vida matrimonial porque ésta ha perdido totalmente su esencia y razón de ser justificando la separación de cuerpos como el divorcio.

- c) **La separación de hecho por mas (sic) de cuatro años continuos y a pedido de cualquiera de los cónyuges.**— Cuando cualquiera de los cónyuges ha optado por la separación de hecho y han transcurrido mas (sic) de cuatro años continuos sin que los esposos modifiquen esta situación; entonces se ha perdido el objetivo principal del matrimonio que es la vida en común, caso que hace innecesario seguir manteniendo un vínculo legal que solamente produce graves perjuicios, no solamente a los cónyuges y los hijos, sino también a terceros que se ven afectados por la situación de los esposos al punto que no se pueden realizar contratos, transacciones comerciales, actividades industriales, limitando así su normal desempeño en el mercado laboral y comercial o como personas individuales dentro de la comunidad.

Por estas consideraciones, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA, en uso de las facultades contenidas en el artículo 107° de la Constitución del Estado ha dado la ley siguiente:

Artículo Primero.— Modifíquese el artículo 333° del Código Civil en los incisos 6) y 8) en los siguientes términos:

Artículo 333°: Son causas de Separación de cuerpos:

Inciso 6) La conducta deshonrosa U OTRA GRAVE que haga IMPOSIBLE la vida en común.

Inciso 8) LAS ENFERMEDADES DE TRANSMISION SEXUAL, O LA ENFERMEDAD MENTAL PERMANENTE, contraídas después de la celebración del matrimonio.

Artículo Segundo.— Modifíquese el artículo 337º del Código Civil, en los siguientes términos:

La sevicia, la injuria grave, la conducta deshonrosa U OTRA QUE HAGA IMPOSIBLE LA VIDA EN COMUN, son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, GRADO DE CULTURA costumbres, EDAD, SEXO y conducta de ambos cónyuges.

Artículo Tercero.— Modifíquese el artículo 349º del Código Civil, en los siguientes términos:

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en los incisos 1) a 10) del artículo 333º. ADEMAS, CUANDO LOS CONYUGES ESTAN SEPARADOS DE HECHO POR MAS DE CUATRO AÑOS CONTINUOS Y A SOLICITUD DE CUALQUIERA DE ELLOS.

Artículo Cuarto.— Modifíquese el artículo 350º del Código Civil, en los siguientes términos:

Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y si el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el Juez asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. SI LA CAUSAL ES POR PADECER ENFERMEDAD DE TRANSMISION SEXUAL, O ENFERMEDAD MENTAL PERMANENTE, SE ASIGNARA ADEMAS UNA SUMA ADICIONAL QUE PERMITA ATENDER EL TRATAMIENTO DEL CONYUGE ENFERMO.

El ex cónyuge puede por causas graves pedir la capitalización de la pensión alimenticia o DE LA SUMA ADICIONAL POR TRATAMIENTO y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el BENEFICIADO contrae nuevas nupcias o DESAPARECE EL ESTADO DE NECESIDAD. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y en su caso el reembolso.

Artículo Quinto.— Deróguense las disposiciones que contravengan las presentes disposiciones.

EXPOSICION DE MOTIVOS

El matrimonio es una institución que supone la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella, y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida en común (artículo 234º del Código Civil). Pues bien, con él se crea la figura básica que da origen a la familia y a una comunidad familiar fuerte, estable y duradera del (sic) que derivan una serie de derechos y obligaciones con efectos jurídicos de orden personal y patrimonial, no solamente para los cónyuges y los hijos, sino también para los miembros del grupo social donde se desenvuelve. Constituye pues, una relación de carácter sumamente compleja (sic), y como tal, determina un conjunto de deberes y derechos atinentes a la vida en común de los casados y al mismo tiempo otros en proyección y contenido económico, moral, religioso, político, social, respecto de la comunidad y del Estado.

La institución matrimonial así concebida necesariamente da origen a una

comunidad natural y espiritual entre el hombre y la mujer, todo lo que precisamente hace que la pareja tenga que subsistir debidamente conjuncionada (sic), situación que constituye la verdadera esencia y razón de ser del mismo, siendo también este el fundamento para que la antigua potestad marital del varón haya cedido paso a la teoría de la autoridad compartida en el hogar, consecuencia inmediata de la igualdad jurídica entre los cónyuges tanto en los aspectos personales como patrimoniales, criterio adoptado en nuestro Código Civil y que tiene su base en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre la eliminación de la Discriminación de la Mujer.

Por otro lado, la misma norma sustantiva regula la separación de cuerpos y el divorcio. La primera, significa la cesación de la vida en común de los casados, transformando el régimen jurídico de sus respectivos derechos y obligaciones, sin que se produzca la disolución del vínculo matrimonial, según la correcta interpretación del artículo 232º del Código Civil, por lo que adecuándonos a ella diremos que se trata de una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial, que suspende los deberes de lecho y habitación, y pone fin al régimen de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial, y abierta la vía hacia el reestablecimiento del hogar conyugal si los cónyuges después de un período de separación liman sus diferencias y llegan al convencimiento de que la vida en común les ofrece ventajas que no habían apreciado suficientemente bajo la influencia de sus incomprensiones; justamente, su finalidad es impedir que bajo el pretexto de una supuesta o magnificada incompatibilidad de caracteres que no han tratado de salvar honesta y lealmente, rompan el vínculo conyugal.

Precisamente, respecto de la naturaleza jurídica de la Separación de Cuerpos, se han dado varias posiciones entre los tratadistas. Así tenemos la de Diez Piccaso Guyón (sic), quien dice que la separación de cuerpos se justifica en el surgimiento de una causa legítima, y que son determinados hechos a los cuales el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la facultad de reclamar la separación, mientras que para otros, como el profesor Guillermo Borda su origen está en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio, que no solamente pueden tener un origen lícito, sino que inclusive puede ser necesarias y obligatorias (sic), situación que también justifica el divorcio; posición esta última que justamente han adoptado la mayoría de las legislaciones modernas.

El divorcio en su caso, es la ruptura total y definitiva del vínculo matrimonial por decisión judicial y por causas establecidas en la ley; existiendo en su análisis varios estudios y teorías para explicar su naturaleza, entre ellas últimamente la del jurista alemán Kahl, quien propone como vector para la procedencia o improcedencia del divorcio el tener que establecer cuán profunda es la perturbación de la relación matrimonial que no puede esperarse que continúe la vida en común de acuerdo con la esencia del matrimonio; denominando esta tesis como el «divorcio remedio» y que se estructura a).— En el principio de la desavenencia grave, profunda y objetivamente determinable; esto es, que no requiere de la tipificación de las conductas culpables; b).— La existencia de una sola causa para el divorcio: el fracaso matrimonial, y; c).— La consideración de que la sentencia

de divorcio es un remedio para solucionar una situación insostenible: el fracaso matrimonial. Esta doctrina plantea una nueva concepción sobre el matrimonio, cuya permanencia no está sujeta ni depende de las infracciones a los deberes matrimoniales; pues, estima al matrimonio como la unión de un varón y una mujer con intención de hacer vida en común, pero que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a mantenerse unidos cuando dicha unión matrimonial ha fracasado. En esta forma, una pareja puede divorciarse sólo cuando el Juez haya comprobado que el matrimonio perdió su sentido para los esposos, para los hijos y también para la sociedad.

El Código Civil vigente a través de su normativa relacionada con la separación de cuerpos y el divorcio adopta la tesis del «**divorcio sanción**», y realmente nuestros legisladores de aquel entonces (1984) desperdiciaron la oportunidad para consagrar en este cuerpo legal la doctrina del «**divorcio remedio**» que por sus propios planteamientos se ajusta más a nuestra realidad, cuando, ilustres tratadistas a nivel nacional e internacional expresan que desde el punto de vista científico y psicológico, los factores que juegan y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge capaces de poner en peligro la convivencia, están marcados por sutiles y complicados mecanismos síquicos, sexuales y emocionales, en los cuales es difícil hablar de culpa de uno o del otro, ya que a menudo el alejamiento recíproco del marido y mujer son resultado de un largo proceso de desavenencias, incompatibilidades, diferencias y desajustes de orden sexual y emocional. (Derecho de Familia en el Código Civil.- Rolando Peralta Andía.- Segunda Edición.- Página 257).

Es así como el Código Civil promulgado el año de 1984, no considera entre las causales de separación de cuerpos y divorcio aquellas que necesariamente deben incorporarse, precisamente, porque la realidad social y familiar así lo exigen, ya que se vienen dando situaciones completamente irregulares y muchas de éstas inclusive delictivas que afectan la institución matrimonial. Pues, existen casos de matrimonios que solamente se mantienen legalmente, pero no funcionan como tal, esto es, no cobran vigencia, al punto que los cónyuges optaron por una separación de hecho a falta de normatividad específica que pueda legalizar el estado civil que les correspondería, y todo esto en directo perjuicio de ellos mismos como también de los propios hijos en el caso de que hubiera prole, por lo que es necesario que el cuerpo sustantivo actualmente vigente, asimile la nueva corriente del **divorcio remedio** y recoja entre las causales de separación de cuerpos y divorcio algunas otras que posibiliten la solución de conflictos matrimoniales y evite de este modo el deterioro aún mayor de esta institución familiar, toda vez que el solo hecho de negar esa posibilidad genera situaciones de gravísimo conflicto y hasta de inmoralidades que afectan profundamente la personalidad de los cónyuges, y particularmente de los propios hijos y de la misma comunidad. No se trata de mantener innecesariamente la vigencia de matrimonios que en realidad están deshechos y que inclusive en un alto porcentaje los esposos han constituido hogares distintos, que prácticamente están en términos de la ilegalidad, simplemente porque la ley se aferra en negar la posibilidad de que el vínculo según el caso, ponga fin a los deberes inherentes a lecho y habitación y en otros que se disuelva definitivamente.

En efecto, hay situaciones, que sin ser deshonrosas hacen imposible la vida en común y en otros casos enfermedades de transmisión sexual o

mentales que exigen que la normativa vigente tenga que incorporarlos como causales de separación o divorcio, dejando a salvo el derecho de amparo y asistencia que necesariamente deben darse entre los cónyuges. En éstos:

1. **La difusión de enfermedades de transmisión sexual, y la enfermedad mental permanente;** los primeros (sic), como el SIDA cuyo virus se trasmite generalmente por relaciones sexuales y afecta el sistema inmunológico del ser humano con consecuencias letales inevitables en la mayoría o en todos los casos, toda vez que por lo menos hasta la fecha no se ha encontrado cura. Consideramos que el cónyuge sano debe tener la posibilidad y el derecho de solicitar la ruptura del vínculo matrimonial, toda vez que no se justificaría por razones de orden familiar o moral se siga manteniendo una relación matrimonial, cuando en realidad esta hace imposible el cumplimiento de las obligaciones y deberes inherentes a él, y debe protegerse la salud del cónyuge sano, así como la de los propios hijos, cuando de otro lado pueden darse embarazos con alto grado de riesgo para la prole.

Similar situación se presenta tratándose de una enfermedad mental permanente de uno de los cónyuges, que impide al enfermo una conducta y raciocinio mental normales que le permita asumir los derechos y obligaciones matrimoniales.

2. **Dentro del rubro de la causal de conducta deshonrosa, debe adicionarse «a otras graves» que hacen imposible la vida en común;** y que justifican desde todo punto de vista la disolución del vínculo matrimonial. Concretamente podemos referirnos a la inseminación artificial y subsecuente concepción sin el consentimiento del otro cónyuge, que parecería ingresar en los términos de la injuria grave, pero analizada convenientemente no es así, y entonces debe necesariamente incorporarse como causal de separación o divorcio, tanto mas (sic) que actualmente nuestra normativa civil ha asimilado esta institución como parte de su normativa.

Otros casos que se recogen de la vida real y los tantos antecedentes que se dan en los estrados judiciales, por sendas demandas que son interpuestas creando causales, que no están previstas pero justificadas; son entre otras, el cambio de religión posterior al matrimonio de uno de los cónyuges, que no sólo incomoda al otro, sino que crea grandes divergencias no sólo en cuanto a la fe y la moral, sino a costumbres, formas de vida y demás que deterioran la vida conyugal que no se justifica la permanencia del matrimonio.

La grave discrepancia política generada entre los cónyuges, posterior al matrimonio que impide la consolidación de una vida conjunta con similares ideales y que produce profundas brechas entre ambos con continuas y permanentes discusiones a través de las cuales se llega inclusive a niveles de grave deterioro del matrimonio. La habitualidad al juego, considerando que ésta en algunas de sus modalidades es legal, pero que implica el abandono de las obligaciones matrimoniales a puntos extremos; el cambio de formas de vida y costumbres muy arraigadas en las parejas que genera incompatibilidades con las del otro al punto de alterar gravemente la estabilidad matrimonial; obligar al otro cónyuge a dejar de trabajar; en fin muchísimos casos más que deben ser convenientemente analizados a cargo del órgano jurisdiccional, entidad con potestad para determinar la gravedad de cada caso

tomando en cuenta una serie de factores como la educación, cultura, edad, sexo, de los esposos.

Seguramente que muchos pensarán que con éstas causales se pretende ingresar en un terreno de liberalidad, dirigida a destruir el matrimonio como institución; nada más falso. Lo que se busca es legislar sobre la realidad de los hechos, y el matrimonio conlleva relaciones sumamente complejas que determinan una serie de derechos y obligaciones atinentes a la vida en común de los casados, al mismo tiempo que otro tanto con proyección y contenido económico, moral y social ya no solamente entre éstos y los hijos, sino también frente a terceros y la sociedad, y el ordenamiento jurídico de un país no puede ignorar lo que pasa en su comunidad y dejar de gobernar sucesos de la vida íntima y cotidiana del núcleo doméstico por temor a desestabilizar una institución, cuando contrariamente debe mantenerse ésta con bases sólidas, con la libertad de poder mantener una unión libre y voluntaria para hacer una vida en común estable al mismo tiempo que ajustada a los altos fines que persigue esta institución.

COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no generará ningún costo al Estado en cuanto a inversión económica o material, contrariamente, se prevé un mayor acercamiento a la realidad social y las relaciones matrimoniales, que son importantes para poder definir claras reglas de juego no sólo en la formación personal, especialmente de los jóvenes sino también de los propios cónyuges que no encuentran en la ley, las previsiones necesarias para superar sus propios conflictos, los cuales generan un grave perjuicio, tanto de ellos, los hijos y la propia comunidad.

La estructura judicial está debidamente organizada para poder atender las posibles demandas, y este hecho no creará desembolsos que puedan postergar su implementación, tanto más que se trata de una norma que tiende a mejorar nuestra sistemática sustantiva, respecto de instituciones fundamentales como son el matrimonio, la separación de cuerpos y el divorcio, sincerando algunas causales, y haciendo que los casados y a la vez separados de su cónyuge puedan legalizar situaciones de hecho que a falta de normativa aparente arrastran por años, perjudicando a su nueva familia, a sí mismos, y a terceros, lo que igualmente repercute también en el campo patrimonial, limitándoles en sus relaciones contractuales, y en el acceso a mercados laborales y comerciales.

Lima, 6 de marzo de 1997.

ALDO VLADIMIRO ESTRADA CHOQUE

Congresista de la República

PROYECTO DE LEY N° 3096/97-CR

El Congresista de **Acción Popular** que suscribe:

Considerando:

Que, el artículo 4° de la Constitución declara que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio; y que la forma del matrimonio y de disolución son reguladas por la ley;

Que, en efecto, el Código Civil dedica el Libro III al «Derecho de Familia»;

Que, entre los preceptos relativos a la disolución del matrimonio, el artículo 333° del Código Civil enumera once causas de separación de cuerpos;

Que, los incisos 2) y 11) del artículo 333° del Código Civil han sido modificados por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 768;

Que, de acuerdo a la doctrina, a los comentaristas y a la experiencia, es necesario introducir algunas otras reformas en el mismo artículo 333° del Código Civil;

Que, la causal de adulterio presupone el acceso carnal de uno de los cónyuges con tercera persona de sexo distinto y la causal de homosexualidad implica la relación del casado con otra persona del mismo sexo;

Que, en consecuencia, como lo señala el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet («Exégesis», Tomo VII, Páginas 262, 266 y 267), ambas causales pueden ser resumidas en la causal de infidelidad;

Que, además, el artículo 57°, inciso 1), del Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635 faculta al juez a suspender la ejecución de la pena cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y el artículo 61° del mismo Código Penal dispone que la condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia;

Que, por lo tanto, debe ser concordada la causal prevista en el inciso 10) del artículo 333° del Código Civil con la referida norma penal;

Que, desde hace alrededor de veinte años, se ha sugerido introducir en la legislación civil la causal del abandono del hogar conyugal por el accionante, si ha durado más de cinco años;

Que, por tales razones, debe reformularse la redacción del artículo 333° del Código Civil, con el texto siguiente:

«Artículo 333°.— Son causales de separación de cuerpos:

1. La infidelidad.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuandos la duración sumada de los periodos de abandono exceda de este plazo.
6. El abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges.
7. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
8. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
9. La enfermedad sexual grave contraída después de la celebración del matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.»

«Artículo 335°.— Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, excepto en el caso del inciso 5) del artículo 333°.»

también ha sido y es materia de discusión en el seno de la Comisión de estudio y reforma del Código Civil de 1984 -actualmente en funciones-, Comisión que delegó el estudio del tema a profundidad a una Sub-comisión.

Sin embargo, no sólo nos encontramos ante la posibilidad de que en los mencionados Proyectos de Ley se incluya una causal adicional de separación de cuerpos y divorcio, pues incluso se han llegado a plantear otras nuevas causales que -al igual que la primera- merece la pena analizar detenidamente:

- (a) Causal derivada de la separación de hecho, que pueda ser invocada por cualquiera de los cónyuges, incluso por el culpable de la separación.

Como el lector ha podido apreciar, en el Proyecto del Congresista Daniel Estrada Pérez se contempla esta excepción a la improcedencia de la acción por hecho propio, estableciéndose un plazo de dos años de separación para que proceda la demanda de separación de cuerpos.

En el Proyecto del Congresista Róger Cáceres Velásquez se asimila la separación de hecho a la separación convencional, tal como se entiende en la actualidad, vale decir por el plazo de dos años continuos o por un período de lapsos que sumados den como resultado este plazo.

Por otra parte, en el Proyecto del Congresista Aldo Estrada Choque se contempla también la separación convencional, siempre y cuando haya durado más de cuatro años continuos, pudiendo ser planteada la acción por cualquiera de los cónyuges.

En el Proyecto del Congresista Javier Alva Orlandini se prevé como alternativa implícita o el abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos, caso en el cual puede demandar cualquiera de los cónyuges, o la posibilidad de invocar el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos exceda de este plazo, supuesto en el cual el cónyuge culpable podría fundamentar su demanda en hecho propio.

He tomado conocimiento, por declaraciones a la prensa que otro Congresista ha presentado un Proyecto que también favorece la separación unilateral invocando hecho propio.

Por otra parte, con fecha viernes 28 de noviembre de 1997 aparecieron en el Diario Oficial «El Peruano» declaraciones del Presidente de la Comisión de Justicia, Congresista Oscar Medelius, señalando que si bien este tema debe ser ampliamente estudiado, «el objetivo de las modificaciones presentadas es cambiar el criterio de divorcio sanción, que fue plasmado en 1984 en el Código Civil y que ha generado un fuerte rechazo por diversos sectores.»

En esa misma publicación apareció la noticia de que la Comisión Revisora de Códigos del Congreso de la República, presidida por el Congresista Jorge Muñoz Ziches «viene evaluando la posibilidad de incorporar en el Código Civil, que el abandono de hecho del hogar conyugal por más de cuatro años continuos permita a cualquiera de los cónyuges solicitar la separación judicial de cuerpos», pudiendo, en este caso, fundarse la demanda en hecho propio.

Como vemos, no se trata de un tema aislado, proveniente de algún Congresista de la República que no haya encontrado eco en sus colegas parlamentarios. Es más, como en pocas ocasiones, todos esos Proyectos son coincidentes en tender a modificar el Código Civil, permitiendo el divorcio al invocar el cónyuge culpable —precisamente— un hecho propio. Resulta curioso que Congresistas de bancadas tan disímiles, que por lo general sólo coinciden en materias tales como respaldar la política exterior peruana frente al Ecuador, o que el terreno de «El Chinchorro» es peruano, hayan concordado de una manera tan clara en un tema de lo más debatible.

También llama poderosamente la atención que el resto de Congresistas hayan guardado silencio al respecto. Es evidente que en materia de Derecho no se aplica la frase «el que calla otorga», pero si uno guarda silencio respecto a un tema de tanta trascendencia para la familia peruana, al menos es de presumir que el mismo le resulta irrelevante.

Digo esto, porque me resistiría a creer que la mayoría de

Congresistas sea proclive a una idea como la que estamos analizando.

Por otra parte, hasta la fecha en que se escriben estas líneas, las únicas instituciones que se han pronunciado sobre el particular han sido la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, con fecha domingo 30 de noviembre y la Pontificia Universidad Católica del Perú; con fecha jueves 4 de diciembre de 1997, en rotundos comunicados contrarios a dichos Proyectos, publicados en el Diario «El Comercio»⁽¹³⁹⁾.

(139) Los textos de los referidos comunicados, son los que se transcriben a continuación:

**UNIFE
UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZON
COMUNICADO**

La Universidad Femenina del Sagrado Corazón-UNIFE, Institución comprometida con la formación integral de la mujer, la defensa de la misma y de la familia, en relación a los proyectos de ley Nos. 1716/96-CR, 1729/96-CR, 2107/96-CR, 2552/96-CR y 3096/97-CR, que propician facilitar el divorcio, cree necesario emitir el siguiente pronunciamiento:

1. La familia es una institución fundamental para el destino de las personas y para la solidez axiológica de la sociedad. Por ello, la Constitución, en su artículo 4º, consagra la necesidad de su protección.
2. El matrimonio es la institucionalización de la familia; le da a ésta la dignidad, seguridad y estabilidad que requieren tanto los cónyuges como, sobre todo, **los hijos**. La Constitución, en su artículo 4º, manda que debe promoverse.
3. En consecuencia, los proyectos de ley antes mencionados son manifiestamente contrarios a la Constitución. De aprobarse, además de convertirse en leyes inconstitucionales, servirían sólo para agravar la penosa situación de las mujeres y niños abandonados, desprotegidos y maltratados del País. Sus únicos beneficiarios serían quienes, irresponsablemente, al abandonar a esas mujeres y a esos niños, han atentado contra sus vidas y su salud física y espiritual.
Dichos proyectos han sido presentados bajo el fundamento engañoso de lo que se viene denominando: «el divorcio remedio», que no es otra cosa que la búsqueda y empleo de pretextos para propiciar la disolución del matrimonio; lo que puede afectar la estabilidad de la sociedad peruana.
4. Debe tenerse presente el artículo 335º del Código Civil que declara: «Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio»; precepto que consagra un principio fundamental en la materia y que responde al mandato constitucional. ¿Es acaso dable que el cónyuge culpable pueda invocar su propio abandono para obtener la disolución del vínculo?

5. Respecto a otra de las propuestas de los referidos proyectos, cabe preguntar: ¿Dónde queda la solidaridad de la pareja si se facilita el divorcio a uno de los cónyuges cuando el otro contrae una enfermedad mental o se ve infestado por el SIDA?... ¿Qué seriedad le espera a la institución matrimonial si uno de los cónyuges puede pedir el divorcio por cambio de religión, costumbres o de filiación política?

Por lo expuesto, expresamos nuestra firme negación del antijurídico propósito de permitir la disolución unilateral del matrimonio que, para constituirse, ha requerido tanto el consentimiento del varón como el de la mujer.

Ad portas del siglo XXI, que demanda una familia más unida, los proyectos citados comprometen el futuro de ella como célula básica de la sociedad. Es de recordar lo manifestado por el Santo Padre, Juan Pablo II: «La familia es la comunidad de vida y amor, fundada sobre el matrimonio, cuya misión es custodiar, revelar y comunicar el amor».

Pretender expedir leyes teniendo como sustento proyectos como los que nos ocupan, nos llevaría al absurdo de tener que afirmar que el Estado dejó de promover el matrimonio, sustento esencial de la familia y, ahora, fomenta y allenta la disolución.

Lima, 23 de noviembre de 1997.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU COMUNICADO

La Pontificia Universidad Católica del Perú, ante la posible aprobación de normas que permitan el divorcio civil por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, considera su deber:

1. Expresar su discrepancia con algunos proyectos de modificación de las causales de divorcio en el matrimonio civil, publicados por la Comisión de Justicia del Congreso de la República y que, con diversas modalidades, pueden resumirse en lo siguiente: que la separación de hecho de los cónyuges pueda ser invocada por cualquiera de ellos, inclusive por el que decidió unilateralmente terminar la vida en común, como una causal de divorcio transcurrido un cierto plazo. Si este hecho en abstracto es ya grave por sus connotaciones éticas y jurídicas, lo es aún más si tomamos en consideración que la forma real que asume, en la abrumadora mayoría de los casos, consiste en el abandono de la mujer y los hijos comunes por el padre de familia, muchas veces en condiciones de no poder mantenerse a sí mismos.
2. Por las consideraciones siguientes, la Universidad Católica reclama al Congreso de la República que no convierta en ley aprobada una norma de esta naturaleza, por las siguientes consideraciones:
El Derecho rechaza sistemáticamente que alguien que comete un acto ilícito, pueda luego invocarlo para obtener resultados que lo favorezcan. El Código Civil peruano ratifica este principio, al establecer en su artículo 335 que «ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda (de separación de cuerpos o de divorcio) en hecho propio».
No sólo es el Derecho el que proscribe tal posibilidad. También lo hace la recta conciencia moral que no puede nunca autorizar el uso de medios vedados para la obtención de fines. La educación ciudadana más elemental será completamente desnaturalizada cuando tal posibilidad empiece a ser permitida por el legislador.
El Perú es ya un país en el que los niños, y particularmente las muje-

res, sufren sistemático abandono por padres y maridos. Las estadísticas lo confirman ampliamente. Un legislador responsable no debe adoptar decisiones permisivas para conductas que conduzcan a incrementar el número de personas desprotegidas en la sociedad.

El matrimonio supone un compromiso permanente de cada uno de los cónyuges con el otro, por tanto el divorcio no puede depender exclusivamente de la propia voluntad de sólo uno de ellos. De aprobarse el divorcio por voluntad propia la decisión de contraer matrimonio podrá ser, en un número indeterminado de casos, la asunción de un compromiso provisorio o, en todo caso, una decisión que no requiera el grado de responsabilidad que corresponde a una unión permanente para convivir y procrear a los hijos, mantenerlos y educarlos.

Ciertamente, la decisión de casarse es estrictamente unilateral, tanto para la Fe como para el Derecho. Pero una vez realizado el matrimonio, que es la conjunción de las dos voluntades, la decisión de disolverlo no puede ser ya unilateral: la pareja pasa a ser una nueva entidad, un núcleo único al que han de sumarse los hijos quienes, como bien se sabe, necesitan del padre y de la madre para educarse propiamente y, así, llegar a ser personas plenas y ciudadanos cabales. Pretender que el divorcio pueda efectuarse por decisión unilateral es asumir un individualismo extremo incompatible con los deberes más elementales de los cónyuges entre sí y de los padres para con los hijos.

La Constitución establece una extensa protección al matrimonio y a la familia en su artículo 4º «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...» Si el legislador pretende aprobar el proyecto de ley que comentamos, debe antes explicar cómo es que él resulta compatible con esta norma constitucional.

Que el abandono del hogar produzca lícitamente el divorcio legítimo, es incompatible con la obligación de los cónyuges de hacer vida en común en el domicilio conyugal (artículo 289 del Código Civil) porque lo ilícito, exclusivamente y por sí mismo, estaría engendrando lo lícito, y esto es inadmisibile en el Derecho.

3. Sin embargo, lo más importante es que en la base de la discusión sobre este tema, se hallan cuestionados los conceptos de libertad y de familia que brindan fundamento a la vida social que se desea consagrar en el Derecho, cuestionándose igualmente la naturaleza del vínculo que existe entre el Derecho y la Moral.
4. Consideramos que el ejercicio de la libertad humana sólo encuentra sentido dentro de las reglas morales, entre las cuales se hallan las del respeto a la palabra empeñada, la observancia de los deberes y la solidaridad. Todo ello es especialmente exigible dentro del núcleo familiar esencial constituido por los padres y sus hijos. Al ejercicio de la libertad corresponde la responsabilidad y el legislador debe dictar normas que contribuyan a generar este espíritu y no el del puro individualismo, de la irresponsabilidad y de la falta de solidaridad, hechos aún más graves cuando los afectados son los miembros de la propia familia.
5. Es en el seno de la familia donde se cultivan los afectos más importantes y se adquiere la verdadera formación. Sin familia, al ser huma-

Me encuentro plenamente de acuerdo con los textos de ambos pronunciamientos, los mismos que suscribo en su integridad. Por lo demás, tengo el honor de ser catedrático ordinario de las Facultades de Derecho de ambas Casas de Estudio.

Salta a la vista que los dos Comunicados a que hemos hecho referencia tienen el común denominador de reflejar la expresión de instituciones confesionales, ya que la UNIFE es una Universidad conducida por la Congregación de las religiosas del Sagrado Corazón, en tanto la Universidad Católica, estatutariamente, es encabezada –en su calidad de Gran Canciller– por el Arzobispo de Lima, a la par que mantiene una directa relación con la máxima jerarquía de la Iglesia Católica, al tratarse de una Obra Pontificia, carácter que ostenta desde cuando era Rector de la misma el

no le falta algo esencial en su vida. Si no hay familias unidas en la sociedad, su tejido de relaciones y la conciencia social de sus miembros se debilitan hasta el punto de hacerla peligrar por la desintegración y la violencia. A menudo, las soluciones fáciles que sólo miran lo inmediato, esconden problemas de tremenda dimensión para el futuro y éste es, en nuestro criterio, el caso del divorcio por voluntad propia en un mundo en el que los lazos familiares ya se hallan en una crisis que no hay que incentivar aún más.

Su Santidad Juan Pablo II ha emitido dos documentos muy importantes sobre la familia: la exhortación apostólica sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual **Familiaris Consortio** (1981) y la Carta a las Familias (1994). Los legisladores, y en especial los que profesan la religión católica, deberían reflexionar largamente en torno a estos documentos antes de tomar una decisión sobre este tema.

6. Todo lo expresado nos confirma la importancia de revisar una vez más la relación que debe existir entre el Derecho y la Moral. Al establecer deberes y derechos jurídicamente exigibles, el legislador no solamente autoriza conductas individuales sino que modela a la sociedad de una determinada manera. Si protege a la familia de manera inteligente, fortalecerá también a la sociedad en su conjunto. Si la debilita, la sociedad perderá consistencia. El divorcio por voluntad propia contribuye a esto último y desvincula al Derecho de sus imperativos morales.

La Pontificia Universidad Católica del Perú tiene la indeclinable convicción de que el legislador debe hacer todo lo posible por lograr que las leyes sobre el matrimonio y sus causas de disolución refuercen, hasta donde sea posible, un compromiso permanente de cada cónyuge con el otro y con los hijos comunes. En el caso concreto que motiva este pronunciamiento, es evidente que estas reflexiones conducen a que no se permita como causal de divorcio, el abandono de hogar invocado como hecho propio.

Lima, 4 de diciembre de 1997.

R.P. Jorge Dintilhac SS.CC., fundador de esa Casa de Estudios.

De ninguna manera debe confundirnos el hecho de que la protesta institucional haya provenido de Universidades católicas, para tratar de entremezclar lo que significa una discusión totalmente alejada del plano religioso, pues – como todos sabemos – no estamos hablando del matrimonio religioso católico (ya que la Iglesia Católica nunca ha aceptado el divorcio), sino del matrimonio civil, regulado por nuestro Código Civil, materia que sí acepta la legislación peruana desde hace seis décadas, y que actualmente regula las causales que pueden dar lugar al mismo en el artículo 333 del Código Civil Peruano de 1984, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 333.– «Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.»

Como vemos, el Código Civil Peruano admite el divorcio no en pocas causales, sino en un total de once, diez de las cuales pueden ser invocadas por uno de los cónyuges cuando el otro ha incurrido en actos que la ley reprueba y que

—precisamente— establece como facultativos para que el cónyuge perjudicado (es decir, aquel que no los ha cometido) pueda lograr deshacer su matrimonio (siempre y cuando así lo decida, ya que a pesar de presentarse la causal cabría la tolerancia o el perdón).

Actualmente, sólo la causal prevista en el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil, antes transcripto, establece la posibilidad de separación convencional, después de transcurridos dos años contados desde la celebración del matrimonio, causal que no es otra cosa que lo que antes de entrar en vigencia el Código Procesal Civil de 1993 se denominaba «divorcio por mutuo disenso», siendo el mutuo disenso el acuerdo de dos partes para dejar sin efecto o, dicho en otras palabras, hacer cesar los efectos de un acto jurídico celebrado anteriormente por ellas mismas (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

De ninguna manera podría decirse que la ley peruana vigente prohíbe el divorcio de los cónyuges. Es más, el mutuo disenso (separación convencional) no requiere ni siquiera expresión de causa, porque ambas partes están de acuerdo en llegar —al menos— a la separación de cuerpos.

Lo que no admite la ley peruana es la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges, de modo unilateral y sin que el otro haya dado lugar al incumplimiento de algún deber jurídico nacido del matrimonio, pueda demandar el divorcio. Nuestro Derecho, como la gran mayoría de legislaciones de nuestra tradición jurídica, no acepta el divorcio en estos términos.

A estas alturas, nos corresponde contestar puntualmente a la siguiente pregunta: ¿Deben aprobarse los Proyectos de Ley tendientes a modificar el Código Civil y a incluir como causal de separación de cuerpos y divorcio la separación de hecho, pero invocada por el cónyuge que ha hecho abandono injustificado del hogar conyugal?

Estamos absolutamente convencidos de que no, y para ello consignamos veintidós razones contrarias a tan temeraria propuesta:

1. Debe tenerse en claro cuál es la concepción que nuestra sociedad busca con respecto al matrimonio.

Opiniones sobre el matrimonio hay muchas, desde las más favorables al mismo, hasta aquellas que lo combaten severamente. En este último grupo se encontraba el famoso escritor francés Albert Camus, quien decía que «el matrimonio es una institución antinatural... Con este triste símbolo que es la alianza en el dedo, que aprisiona».

Pero más allá de la opinión que al respecto tenga cada uno de nosotros, resulta necesario reflexionar en torno a si, como dice la propia Constitución Política del Perú, la Comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, con estos Proyectos de Ley realmente se estaría brindando protección a la familia, a la vez que promoviendo la solidez de dicha institución.

2. Consideramos que de llegar a aprobarse esta nueva causal de divorcio, el matrimonio dejaría de ser una institución seria y digna de tutela jurídica.

Si la función del matrimonio es la de buscar la formalización sólida y permanente de una pareja y su eventual descendencia, creemos que los Proyectos en cuestión apuntan –precisamente– a todo lo contrario, pues de ser aprobados harían que el hecho de casarse sea un simple «saludo a la bandera», algo tan inestable en el tiempo como mande la voluntad de uno de los que se casa. El matrimonio, en buena cuenta, se estaría dejando al plazo resolutorio caprichoso de uno de los cónyuges.

De ser así las cosas, en materia de estabilidad y seguridad jurídica, el matrimonio devendría en un «concubinato formalizado», pues es claro que en una relación de pareja en la que no existe matrimonio de por medio, cualquiera de las partes puede ponerle fin, sin subsistir vínculo jurídico alguno (independientemente de los efectos patrimoniales del concubinato, si es que se llegara a configurar el caso previsto en el artículo 326 del Código Civil).

3. Admitir esta nueva causal de divorcio, implicaría asumir la

posibilidad de lograr obtener un derecho (la separación de cuerpos o el divorcio) invocando un hecho propio, consistente en la infracción de un deber jurídico nacido del matrimonio, cual es el deber de cohabitación, lo que resulta –además de inmoral– ilógico y constituye un absurdo jurídico.

Sería algo así –salvando, obviamente, las distancias– como que en el plano contractual, una de las partes pudiese, ante el propio incumplimiento de sus obligaciones, demandar la resolución del contrato, en perjuicio de su contraparte, quien –para efectos de nuestro ejemplo– se entiende ha venido cumpliendo fielmente con los compromisos asumidos.

4. Imaginémonos cómo –de aprobarse esta causal– se vendría abajo todo el ordenamiento jurídico si el Derecho empezase a propiciar que quien incumple aquello a lo que se obliga pueda lograr un derecho en perjuicio de su contraparte.

Para muestra algunas perlas:

- * Un empleador contrata a un trabajador. El empleador incumple con pagarle su sueldo, al igual que con las condiciones mínimas de salubridad con que debe contar el establecimiento laboral. Luego, el empleador –precisamente invocando su propio incumplimiento– decide despedir al trabajador.
- * Un deudor tributario, asiduo evasor fiscal, comunica a la SUNAT que –precisamente por haber dejado de pagar algún tributo que le correspondía (por un periodo de dos años)– por ello nunca más va a pagar tributos.
- * Un ladrón, habitual en sus fechorías (que incluso ha purgado carcelería en diversas ocasiones por delitos similares en los últimos años), cuando es apresado nuevamente por la policía no tendría mejor argumento para eximirse de sanción que decir «jefe, ¿acaso ya no es tiempo de que el Derecho y la sociedad reconozcan mi situación y me protejan liberándome permanentemente?...».

5. La causal propuesta por los bien informados legisladores es

denominada en doctrina «divorcio remedio» o, como también ha sido llamada en el Perú por un reconocido profesor «divorcio solución», términos que se oponen al llamado «divorcio sanción», fórmula adoptada por nuestra legislación vigente.

Pero yo me pregunto ¿qué es lo que se está remediando o solucionando?, ¿no será que aquello que se esté dando a través de esta norma es —precisamente— lo que la razón, la lógica y la sana doctrina no permiten ni remediar ni solucionar de esta manera?.

6. Se dice, a favor de las propuestas que criticamos, que las personas pueden cometer un error al momento de casarse y que —por tal razón— el Derecho debería auspiciar que puedan solucionar el error cometido.

Me llama la atención, como hombre de Derecho, que se sostenga que ésta es una forma de poner remedio a los errores cometidos. Uno incurre, a lo largo de su existencia, en muchos errores, pues no existe ser humano perfecto que en su vida sólo tome decisiones adecuadas.

Pero lo racional y lógico es asumir los errores cometidos, sin perjudicar a ninguna otra persona; y en el caso que nos ocupa, además de estar ante la no asunción de un error cometido, nos encontraríamos frente a la posibilidad de que los que se perjudiquen con las consecuencias del supuesto «remedio» a ese error, sean el otro cónyuge y los hijos comunes.

7. Quienes sostienen como argumento a favor de la aprobación de la causal de separación de cuerpos y divorcio que nos ocupa, expresan también que si se acaba el amor entre la pareja, la ley no debería obligarles a permanecer juntos.

Si bien es cierto que cohabitar es un deber jurídico de contenido no patrimonial, constituye básicamente un deber de hacer; y, como sabemos todos los abogados, un deber de tal naturaleza no es exigible que se cumpla forzosamente. Es así que el cónyuge abandonado no puede —ni podría— jamás recurrir a la vía judicial para que los tribunales resuelvan a su favor y ordenen el cumplimiento de dicho deber al cón-

yuge respectivo, y, de no hacerlo, se recurra a la ejecución forzosa del deber incumplido con el auxilio de la fuerza pública.

Esto significa –como todos sabemos perfectamente– que el cónyuge que se va de su casa no puede ser jurídicamente obligado a regresar. Sólo regresará si quiere hacerlo.

8. También se señala en abono de la tesis del divorcio unilateral que no se puede obligar a que exista amor allí donde ya no existe, así como tampoco a que haya fidelidad ahí donde uno de los cónyuges es infiel.

Pero lo que no advierten quienes sostienen estos argumentos, es que el cumplimiento de estos deberes jurídicos tampoco resulta exigible en la vía judicial, y quien desea ser infiel podrá serlo cuantas veces quiera, con cuantas personas quiera, pues ello resulta total y absolutamente inevitable, jurídicamente hablando.

9. Resulta claro que la normatividad actual no coacta la libertad del individuo y que tal libertad, por más infractora que sea de las leyes, está incluso por encima de la propia estabilidad real del matrimonio.
10. No debe olvidarse que si bien en las últimas décadas han habido notables avances en lo que respecta al desarrollo y progreso de la mujer en todos los planos de la sociedad peruana, tal situación no ha llegado a ser similar a aquella que ostentamos los hombres.

Esto se mide al ver la composición del ingreso familiar en la inmensa mayoría de hogares peruanos, en los cuales el mayor porcentaje de los mismos proviene del marido, ya que la mujer se ocupa de la más importante (pero no remunerada) labor, consistente en la educación y formación de los hijos, sin percibir, por ende, ingresos derivados de la importantísima función que realiza.

Siendo así las cosas, resulta evidente que en la inmensa mayoría de supuestos, quien tendría «la sartén por el mango» sería el marido y no la mujer, y con la aprobación de los Proyectos que analizamos, se produciría una penosa e

injusta situación de dependencia y presión, en perjuicio de quien es económicamente más débil y dependiente.

En muchos casos, el abandono del hogar conyugal podría convertirse en una suerte de chantaje, destinado a obligar al cónyuge más débil a aceptar o tolerar todas las condiciones que el otro desee imponer.

11. Recogiendo la opinión del Comunicado emitido por la Pontificia Universidad Católica del Perú, podemos decir que «el matrimonio supone un compromiso permanente de cada uno de los cónyuges con el otro, por tanto el divorcio no puede depender de la propia voluntad de sólo uno de ellos.»
12. El Derecho debería promover una adecuada educación y formación en la juventud, destinada a crear conciencia de que el matrimonio debe ser tomado como una institución seria, a la vez que respetable.

De aprobarse los Proyectos, no habría forma de evitar que el matrimonio sea apreciado de manera radicalmente distinta.

13. Consideramos que los legisladores no deberían olvidar que el matrimonio no constituye el único punto de partida o creación de un nuevo núcleo familiar, en tanto existen muchas familias nacidas de situaciones de convivencia o concubinato.

Lo que siempre se ha buscado es tratar de lograr una permanente y marcada diferencia entre el matrimonio y las demás formas de constitución de la familia, haciendo que el matrimonio sea una institución lo suficientemente sólida como para que el tomar la decisión de casarse implique, a la vez, desechar todas las otras vías de formar una familia, existentes en la práctica.

14. Sería más honesto e inteligente por parte de los Congresistas que promueven estos Proyectos de Ley, el hecho de que pudieran plantear una propuesta tendiente a que uno se case «por plazo». Por ejemplo, que la gente se case por un plazo resolutorio de dos, cuatro o de cinco años, lo que significaría que una vez vencido dicho plazo (contado desde la

celebración del matrimonio), el matrimonio quedaría automáticamente sin efecto, a menos que antes de su vencimiento ambos cónyuges decidan por mutuo acuerdo renovarlo por un plazo adicional, y así sucesivamente.

Aunque parezca risible, este planteamiento (que evidentemente no estoy proponiendo) contemplaría una situación que revestiría más seguridad jurídica de la que se está planteando en los Proyectos de Ley comentados, pues ambos cónyuges –al menos– tendrían conocimiento que se estarían casando por un plazo que ambos han acordado, pero que (mientras esté vigente) ninguno de los dos puede quebrantar de manera unilateral. Y, además, sólo si quisieran continuar en matrimonio procederían a renovar dicho plazo, situación que volvería a implicar –necesariamente– la existencia de un nuevo acuerdo o convenio entre la pareja.

Si a alguien le suena absurda esta idea, paradójicamente ella es más justa, equitativa y jurídicamente más razonable que la contenida en los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República.

Demás está decir que de darse un supuesto de esta naturaleza, prácticamente se habría borrado la línea divisoria entre el matrimonio y el concubinato.

15. Considero indispensable, para tratar de evitar tener los problemas que el Derecho actualmente afronta en relación a los numerosísimos casos de divorcio, que se prohíba el matrimonio de personas menores de edad.

Es evidente que la casi totalidad de supuestos en los cuales se casa una pareja de menores de edad o en la cual uno de ellos (básicamente la mujer) tiene menos de dieciocho años, obedece a que la chica ha resultado embarazada y a que se ven presionados por sus propios padres y demás familiares para casarse, vale decir, para constituir un hogar, lo que –a mi entender– es la decisión más importante en la vida de un ser humano; y, como tal, debe ser aquélla que merezca la mayor reflexión para evitar cometer errores, de los cuales luego nos arrepintamos.

Y si esos chicos han cometido un error al concebir a un

nuevo ser, el Derecho y la sociedad no deben conducirlos a cometer otro error adicional: casarse.

Debería apoyárseles para que nazca ese niño y para que ellos, luego de cumplir la mayoría de edad, y sin ninguna presión, puedan tomar la libre decisión de casarse cuando lo consideren conveniente o, simplemente, no hacerlo.

16. Los Proyectos cuestionados no fomentan que los cónyuges asuman una actitud responsable en el matrimonio, de respeto y de mutua tolerancia, en aras de preservar la unidad de la familia. Todo lo contrario.
17. La eventual aprobación de estos Proyectos legalizaría, de manera muy sutil, la poligamia y la poliandria, porque uno, al continuar casado y habiendo hecho abandono del hogar conyugal, podría tener una o más parejas adicionales coetánea o sucesivamente; y, una vez transcurrido el plazo y en la eventualidad de que se haya demandado el divorcio invocando hecho propio, esta persona podría –ahora divorciada– mantener todas las relaciones de pareja que desee, además de crear, sin ningún amparo legal, coetáneos o sucesivos hogares con hijos.
18. Los Proyectos presentados son abiertamente atentatorios contra la paz social, pues promueven la posibilidad de que una misma persona, a lo largo de su vida, constituya cinco, seis, ocho o el número de hogares que el tiempo, su voluntad –y sus fuerzas, naturalmente– le permitan constituir.

Uno podría pensar que situaciones parecidas (aunque en evidente menor número) se producen cuando una persona, luego de divorciarse, se vuelve a casar, pero ello resulta significativamente menos frecuente comparado a la situación que tendríamos si dichos Proyectos se convirtieran en Ley de la República.

19. Del punto anterior se puede deducir el absoluto caos que se produciría en materia de condominio o de copropiedad, de fallecer la persona que hubiese constituido dichos hogares.

Y ni qué decir de las relaciones entre los descendientes de esa persona tenidos con distintas parejas, quienes –por lo

general- no mantendrán relaciones de cordialidad sino de rencor, acentuado en los casos en que se trate de sucesiones indivisas.

20. Proyectos de esta naturaleza deberían ser sumamente meditados por sus autores antes de presentarlos al Congreso, tratando de prever adecuadamente sus consecuencias y repercusiones en la sociedad en su conjunto, y no tratar de fomentar con dichos Proyectos soluciones a eventuales problemas personales que pudiera tener «alguna pareja amiga» de un Congresista, argumento que lamentablemente escuché en una ocasión en un programa televisivo, por parte de uno de los autores de los Proyectos que combato.
21. El peligro de que Proyectos de esta naturaleza se concreten en leyes, debería hacer reflexionar a la gran mayoría de Congresistas y hombres de Derecho, sobre la trascendencia negativa que tendrían.

Si bien es cierto que el Congreso tiene todas las facultades para aprobar una reforma de este tipo al Código Civil -en caso deseara hacerlo- estimo que debería pasar previamente por efectuar una consulta popular para que se aprecie cuál es el sentido de la opinión de la población, la que -estoy seguro- es mayoritariamente contraria a estas ideas, fruto de un pensamiento excesivamente individualista y poco solidario, ni siquiera respecto de terceros, sino incluso del propio núcleo familiar.

22. Finalmente, la sociedad en su conjunto debe entender que éste no es un problema de carácter religioso, sino estrictamente jurídico, más allá de las razones éticas y morales que se encuentran en juego y a las cuales no he querido referirme para -precisamente- no ingresar al terreno en donde todo es discutible y todo puede sostenerse.

Mis palabras se ciñen a argumentos de carácter jurídico.

(b) El divorcio por causal de injuria grave.

Uno de los dos Proyectos de Ley presentados por el Congresista Róger Cáceres Velásquez modifica, además del inciso

11, el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil, desarrollando en cinco literales los supuestos que –a su entender– configurarían la causal de injuria grave.

Así, en el literal a), señala a la ofensa o ultraje verbal o por escrito que un cónyuge infiere hacia la dignidad o sentimientos del otro, incluyendo las actividades, conductas o actos ofensivos de uno a otro cónyuge, que hagan insoporrible la vida en común.

Podría considerarse que este literal constituye el concepto de injuria grave, y –más allá de que no somos partidarios de incluir nuevas definiciones en el Código Civil– el mismo no haría daño a nadie.

El problema estriba en que el referido Congresista también considera que se configura la injuria grave en otros cuatro supuestos, regulados en sus literales b), c), d) y e), los mismos que, más allá de que les otorgue dicho calificativo, jamás podrían ser considerados como injuria grave.

Realmente de lo que se trata es de ampliar –subrepticamente– las causales de divorcio a cuatro más.

Es así que en el literal b) el Congresista Cáceres Velásquez establece que la injuria grave también se configura con el sistemático incumplimiento de uno de los cónyuges a contribuir al sostenimiento del hogar, en forma proporcional a sus ingresos propios.

Esta causal es por demás ambigua y, en buena cuenta, reduciría a cálculos meramente matemáticos y domésticos el poderse divorciar.

Además, resulta sumamente discutible el hecho de que ambos cónyuges tengan similares necesidades o requerimientos en materia de gastos personales, pues alguno de ellos puede, justamente para ser más productivo en su profesión u oficio, tener que destinar mayores recursos a su uso personal.

Por otra parte, en el literal c), el Congresista Cáceres se refiere al disfrute sistemático, para beneficio unilateral o

egoísta por tiempo corrido no menor de un año de un bien de la sociedad conyugal o que es propio del otro cónyuge.

Considero que en este punto ya ingresamos a una imprecisión todavía mayor y más peligrosa.

Para muestra un ejemplo:

Un matrimonio compra un teléfono celular y ambos cónyuges acuerdan que el mismo sea usado por la esposa, quien no trabaja, pero desea emplear dicho medio de comunicación para su exclusiva comodidad personal. En este caso, si esa señora utiliza el teléfono celular, perteneciente a la sociedad conyugal, en su exclusivo beneficio por más de un año corrido, y si tal hecho pudiese ser probado por su esposo, ¿éste podría demandar el divorcio por causal de «injuria grave»!!!.

Creemos que con el referido ejemplo basta y sobra para desbaratar esta causal del Proyecto del mencionado Congresista.

De otro lado, en el literal d) del referido Proyecto, se considera que la injuria grave se configura con la manifiesta y reiterada deslealtad hacia las principales actividades u objetivos lícitos del otro cónyuge, sobre todo cuando fueron suficientemente conocidos con antelación al matrimonio por el cónyuge culpable.

Se me viene a la mente el caso en el cual uno de los cónyuges, desde antes de contraer matrimonio tenía un determinado negocio, por poner un ejemplo, un restaurante. Si esto fuese así, ¿podría considerarse como una causal de divorcio si es que aquél que no tenía dicho negocio decide luego instalar un negocio similar?, ¿podría considerarse fácilmente este ejemplo como una deslealtad?, ¿es que acaso dicho cónyuge tiene la obligación de colaborar en el desarrollo del negocio preexistente?, ¿es que acaso los beneficios de ambos negocios no van a ser compartidos —precisamente— por ambos cónyuges en la sociedad conyugal?

Además, resulta muy peligroso el empleo del término «des-

lealtad», pues incluso podría ser utilizado como sinónimo de falta de colaboración o cooperación, lo que sería peor.

Finalmente, este Proyecto de Ley establece que la causal de injuria grave también se estaría configurando –literal e)– con los demás hechos constitutivos que a criterio del Juez configuren esta causal...

Estimo que para los propósitos del Congresista Cáceres Velásquez hubiera sido más económico omitir los cuatro supuestos anteriores de injuria grave, pues con el literal e) de su Proyecto de inciso 4, se deja una puerta lo suficientemente grande y abierta, como para poder invocar cualquier cosa en aras de obtener el divorcio, ante el libre criterio judicial.

Sería algo así como que en Derecho Penal, luego de establecer en la ley una serie de hipótesis constitutivas de un delito, la propia ley señalara que también serán considerados actos delictivos aquellos que a criterio del juez revistan dicho carácter, lo que contravendría abiertamente el elemental principio de que «no hay crimen ni pena sin ley previa».

- (c) El divorcio por causal de presencia de conducta deshonrosa y otra grave que haga imposible la vida en común.

La autoría de esta causal corresponde al Proyecto del Congresista Aldo Estrada Choque.

Sinceramente no entiendo a qué se quiso referir el autor del Proyecto al proponer como una nueva causal de divorcio la conducta grave que haga imposible la vida en común, en la medida que dicha conducta no revista el carácter de deshonrosa, ya que la conducta deshonrosa es una causal diferente.

El citado Congresista señala como ejemplo de conductas de carácter grave, que hagan imposible la vida en común, el cambio de religión.

¿Acaso estamos siquiera ante el tema del matrimonio religioso?, ¿acaso las personas casadas, para poder cambiar de religión tienen que pedir permiso al otro cónyuge o a algu-

na persona en especial?, ¿acaso el cambio de fe no es algo absolutamente personal e íntimo, tanto como lo sería una eventual discrepancia política entre los cónyuges?, ¿qué les obliga a militar en el mismo partido?, ¿acaso el sufragio no es libre y secreto?, ¿qué nos garantiza que en un proceso electoral ambos cónyuges voten por el mismo candidato?.

Dicho Congresista también cita como causal de conducta grave, el cambio de costumbre y de formas de vida posteriores al matrimonio.

Un cambio de costumbre podría ser el decidir ya no levantarse (como era costumbre) a las 7:00 a.m., sino a las 5:30 a.m. para empezar a hacer deporte; otro cambio de costumbre sería el dejar de ser carnívoro y convertirse en vegetariano; otro, el haber trabajado antes poco y luego decidir trabajar bastante; otro, haber sido habitual consumidor de drogas y ahora haber dejado el vicio; otro, que mi esposa, de ser una mujer tímida y dedicada sólo a las labores del hogar, decida incursionar en el modelaje profesional o en el campo empresarial y de negocios.

Los cambios de costumbre podrían ser desde los más simples hasta los más complejos, pero los seres humanos cambiamos constantemente. ¿O acaso nuestros hábitos y costumbres de hace diez años siguen siendo exactamente los mismos hoy en día?.

Por otra parte, el sólo advenimiento de hijos hace que los cónyuges cambien. Ya de por sí, el hecho de vivir en pareja hace que el comportamiento anterior al matrimonio varíe de una u otra forma.

Si asumiésemos todas estas hipótesis como causales de divorcio, simplemente sería poca la gente que permanecería casada.

Ello equivaldría al caos absoluto.

Por último, nos preguntamos qué diablos sabe un juez (por más preparado que pudiera estar) sobre el comportamiento y las variaciones en las relaciones de una determinada pareja.

- (d) Causal de divorcio por enfermedad de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

El Congresista Aldo Estrada Choque ha querido incorporar como causal de divorcio al SIDA, tal como lo explica en su Exposición de Motivos, ya que el actual inciso 8 del artículo 333 del Código Civil alude a enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, y el SIDA no es –precisamente– una enfermedad venérea.

Sin embargo, el autor del Proyecto parece olvidar que el SIDA no se contrae necesariamente por transmisión sexual, ya que existe un buen porcentaje de enfermos que han contraído dicha enfermedad por causas muy distintas, tales como haber sido operados quirúrgicamente con material infectado o habérseles transferido sangre contaminada o, incluso, haberse afeitado con una máquina prestada que había sido utilizada por alguien infectado de SIDA.

En todos estos casos, el haber contraído dicha enfermedad no implicará la necesaria existencia de una actitud desleal por parte del cónyuge enfermo, la misma que merezca como sanción el poder ser pasible de una demanda de divorcio.

Entiendo que también se podría sostener el argumento en el sentido que se trata de una enfermedad que la cohabitación haría se transfiera al cónyuge sano (en este caso, por contagio sexual); pero resulta obvio que dicha pareja –si ambos tienen conocimiento de la existencia de la enfermedad– será libre de optar por seguir manteniendo este tipo de relaciones o abstenerse de hacerlo.

Por último, dentro de la lógica seguida por el Congresista Estrada Choque, nos preguntamos ¿por qué no otorgar el derecho a divorciarse a quien está casado con alguien que se enferma de tuberculosis (enfermedad altamente contagiosa), o con cáncer (enfermedad que al igual que el SIDA, en muchos casos todavía es incurable)?.

Ello sería –a todas luces– injusto ¿no es cierto?...

- (e) El divorcio por causal de enfermedad mental permanente.

Finalmente, el Congresista Aldo Estrada Choque considera que debería aprobarse como causal de divorcio la enfermedad mental permanente de uno de los cónyuges contraída después de la celebración del matrimonio.

Me pregunto ¿qué culpa tiene un cónyuge de enfermarse mentalmente?, ¿acaso es posible emplear como sinónimo de enfermedad mental a la locura?, ¿todas las enfermedades mentales son iguales?, ¿acaso la depresión –tan común en nuestros días, en las sociedades modernas– no constituye una enfermedad mental que puede llegar a ser permanente o incurable?, ¿qué nos asegura además que si un cónyuge se enferma de la mente, su enfermedad va a durar para siempre, es decir, que va a ser permanente (sólo Dios lo sabe –además del Congresista Estrada Choque, claro está–)?.

Por último, me resultó muy gracioso leer una nota humorística publicada por el Señor Ramón Vergara en la Página A-26 del Diario «El Comercio», del día domingo 7 de diciembre de 1997, titulada «Lo que se viene: el divorcio unilateral», la misma que recoge de manera sarcástica algunos casos extremos –pero posibles– en los cuales resultaría aplicable la nueva causal de divorcio planteada por nuestros legisladores⁽¹⁴⁰⁾.

(140) El texto del referido artículo es el siguiente:

«Si el congreso aprueba un proyecto de ley que modifica el Código Civil, al incluir la separación de hecho, es decir, la negación de vida en común, se habrá dado paso a lo que se denomina ya el divorcio unilateral. Dicho de otra manera: las personas que prueben ante el juez que durante cuatro años o más no hicieron vida en común, (y, por favor, nada de trampitas) podrán obtener el divorcio con sólo presentar la respectiva demanda.

–Señor juez, quiero divorciarme de Pepe porque hace más de cuatro años que no lo veo. Una noche salió a comprar cigarrillos y todavía lo espero.

O también: Señor juez, mi mujer me dejó por otro al mes de casados y de esto hace cinco años, aunque admito que en este lapso hemos convivido muchas veces, pero aun así creo que tengo derecho al divorcio unilateral del que tanto hablan en el Congreso.

Pero, al parecer, no será tan fácil la cosa. Por lo pronto, el obispo de Ayacucho, monseñor Cipriani, el sí que no tiene pelos en la lengua, saltó al ruedo y les dijo a los parlamentarios ‘que no deberían meterse a legislar temas que afectan a la moral católica, que es mayoritaria en el país.’ Les pidió, además, ser un poquito más responsables –sólo un poquito, la verdad sea dicha– porque es muy grave cambiar la identidad cultural de nuestro país. Y concluyó con esta advertencia: el que se quiera ir de su

Artículo 334.-**Artículo 335.-**

Artículo 336.- «No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó o consintió.»

Fundamento.- Eliminamos como impedimento para intentar la separación de cuerpos por adulterio el perdón del cónyuge ofendido. Lo hacemos, por la sencilla razón de que el perdón puede haber sido hecho con la mayor buena fe, pero jamás borrarán en la mente del ofendido los hechos que constituyeron el adulterio, los mismos que podrían hacer que posteriormente ese perdón aparente se vuelva en un rencor duradero que destruya la relación matrimonial.

Por lo demás, el perdón no borra la ofensa.

casa que se vaya, pero que no le den encima un diploma con una ley que les da todas las facilidades y así se agrava el problema...

Ergo: el que se va de casa y abandona a su mujer –o viceversa– si persiste por lo menos cuatro años en el exilio, tendrá derecho al divorcio. Más barato ni en el Metro y no digo en botica, porque ahora están muy caras. Para algunos parlamentarios, el reconocimiento de la separación de hecho se diferencia del abandono malicioso –que, según dicen, está penado por ley– en que este último representa el ‘alejamiento total de una de las partes’. Algo así como aquello de si te he visto no me acuerdo. Sin embargo, para estos mismos padres de la Patria –¿habrá entre ellos algún padre soltero por casualidad?– la separación de hecho, que es la que propugnan con el divorcio unilateral, ‘es un distanciamiento parcial de los cónyuges en un marco en el que ambos conocen su actual ubicación y mantienen una contribución económica a favor de los hijos’.

La cosa tiene, por cierto, sus bemoles.

–Señor juez, quiero el divorcio de mi mujer.

¡Ah! ¿Sí? ¿Y por qué?

–Pues porque apenas me dijo el sí en la iglesia, hace como diez años, no sólo tomó las de Villadiego, sino que se enredó con un fulano apellidado Idem y no la he vuelto a ver. Así que, por favor, señoría quiero el divorcio unilateral y, además, no tengo por qué cargar con las cuentas y educación de los hijos, entre otras cosas, porque no son míos. Y otrosí digo: necesito el divorcio para arreglar mi situación con mi actual mujer... que también quiere el divorcio unilateral de su ex.»

Artículo 337.— «La injuria grave es apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.»

Fundamento.— Lo único que hemos hecho es adecuar la redacción del artículo 337 a lo resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de abril de 1997, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el día 13 de mayo de 1997, la misma que declaró fundada, en parte, una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra este numeral del Código Civil.

Artículo 338.—

Artículo 339.—

Artículo 340.—

Artículo 341.—

Artículo 342.—

Artículo 343.—

Artículo 344.—

Artículo 345.—

Artículo 346.—

Artículo 347.—

CAPITULO SEGUNDO

Divorcio

Artículo 348.—

Artículo 349.—

Artículo 350.— «Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.»

Fundamento.— Como puede apreciar el lector, hemos procedido a suprimir el cuarto párrafo del actual artículo 350, norma que establece que el indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Consideramos que si una persona dio motivos para el divorcio, si se siguió un proceso judicial y las personas ya no tienen vínculo matrimonial entre ellas, no debe mantenerse una situación como la planteada en el párrafo bajo comentario.

Por el divorcio cesan todos los vínculos entre un cónyuge y otro y quien no dio lugar a la causal que lo motivó no querrá saber nada respecto del cónyuge culpable luego de cesado el vínculo matrimonial. Además, no tendrá culpa alguna de tal situación de indigencia.

Artículo 351.— «Si los hechos que han determinado el divorcio han causado daños y perjuicios al cónyuge afectado, sus hijos o alguna otra persona, éstos deben ser indemnizados.»

Fundamento.— Consideramos que el texto vigente del artículo 351 del Código Civil es demasiado restrictivo, pues sólo faculta al resarcimiento de los daños morales del cónyuge inocente, en caso los hechos que han determinado el divorcio comprometan gravemente su legítimo interés personal.

Aquí existen tres severos errores conceptuales.

El primero, considerar que debe haber resarcimiento únicamente si los daños son graves. Lo lógico es que haya resarcimiento cuando se producen daños y perjuicios, cualquiera sea su magnitud.

El segundo, circunscribir la indemnización al daño moral, pues si bien éste será el supuesto más frecuente, será posible la existencia de daños y perjuicios de carácter material, los que también deben ser indemnizados.

Y el tercero, circunscribir también la indemnización de daños y perjuicios al cónyuge afectado, cuando en realidad otras personas también pueden haberse visto afectadas por la conducta del cónyuge culpable del divorcio, como los hijos de ambos o, incluso, algunos familiares o personas cercanas a la familia.

Artículo 352.—

Artículo 353.—

Artículo 354.— «Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia de separación convencional, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.»

Fundamento.— Reducimos el plazo para solicitar el divorcio, de seis a dos meses, por considerarlo excesivo.

Artículo 355.—

Artículo 356.—

Artículo 357.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Entendemos cuáles han sido las razones por las que el legislador de 1984 contempló esta excepción a 'elementales principios de Derecho Procesal.

Sin embargo, estimamos que ellas no revisten la importancia como para perturbar la vigencia de una de las reglas de oro del Derecho Procesal Civil, cual es que luego de planteado el proceso, salvo los supuestos excepcionalísimos y de mero trámite establecidos por la doctrina y la legislación, no puede variarse el contenido de la demanda ni el de la contestación a la demanda.

Artículo 358.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Consideramos que lo preceptuado por esta norma constituye un absurdo, desde todo punto de vista, ya que el Estado no puede considerarse con mayor conocimiento de causa que los propios cónyuges a este respecto.

Nadie mejor que ellos para conocer su real situación, y la intromisión de un funcionario público en este caso resulta intolerable, desde cualquier punto de vista.

Artículo 359.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El trámite de consulta de la sentencia no apelada carece de sustento y lo único que hace es entorpecer y alargar los procesos judiciales, además de encarecer el costo de los mismos para las partes.

Artículo 360.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El hecho de que el artículo 360 en vigencia establezca que las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone es evidente, ya que el citado numeral forma parte del Código Civil, que es una norma legal y no una norma moral o de fe.

Por lo demás, independientemente de que más del 90% de peruanos profesamos la religión católica, en nuestro país está garantizada la libertad de culto, razón por la cual una persona puede profesar religión distinta a la mayoritaria o, incluso, ser ateo o agnóstico, con lo que un precepto de esta naturaleza no necesariamente les resultaría aplicable.

SECCION TERCERA **Sociedad paterno-filial**

TITULO I **Filiación(*)**

CAPITULO PRIMERO **Hijos matrimoniales(*)**

(*) Se ha modificado el nombre de este Título y derogado el Capítulo Primero, relativo a la Filiación matrimonial, mas no en su contenido.

Fundamento.– Hemos procedido a modificar la estructura de los Títulos I (Filiación matrimonial) y II (Filiación extramatrimonial), a fin de no hacer la distinción entre hijos de uno y otro origen, principio consagrado por las Constituciones Políticas del Perú de 1979 y 1993. De ahí la supresión del Capítulo relativo a los hijos matrimoniales.

En tal sentido, los mencionados Títulos se unifican como Título I, bajo el nombre genérico de Filiación⁽¹⁴¹⁾.

(141) En este punto remitimos al lector a los comentarios del Doctor Manuel

Artículo 361.– «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo prueba en contrario.»

Fundamento.– Ninguna razón de orden técnico o tendiente –en apariencia– a la «preservación de la familia», justifica el que no se pueda probar –sobre todo teniendo en consideración los métodos de alta eficacia que existen en nuestros días– la verdadera paternidad del hijo de una mujer casada.

Artículo 362.– «El hijo se presume de ambos cónyuges, salvo prueba en contrario.»

Fundamento.– Además de eliminar la expresión «matrimonial», hacemos mención a la posibilidad de prueba en contrario, sin circunscribir la misma a casos tan restrictivos como los que señala el texto actual de la norma.

Artículo 363.– «El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo y acreditar tal situación con cualquier medio probatorio permitido por la ley procesal.

Se presume que no es hijo del marido, salvo prueba en contrario:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.»

Fundamento.— La modificación de esta norma deja abierta, en los términos más amplios posibles, la facultad de negar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, utilizando cualquier medio probatorio permitido por la ley procesal.

Pero recogemos, en otro sentido, los cuatro incisos del texto vigente del artículo 363, estableciendo que esos son casos en los que se presume que el hijo no es del marido, naturalmente permitiendo prueba en contrario.

Artículo 364.— «La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido. Es imprescriptible.

No se transmite a sus herederos, salvo en el caso del artículo 367.»

Fundamento.— En casos como éstos, en donde están en juego derechos de índole personal tan elevados como los de la paternidad, estimamos que las acciones deben ser imprescriptibles, pero a la vez establecemos que dicha acción no se transmite a los herederos.

Artículo 365.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Si bien entendemos las razones de orden moral que llevaron al legislador de 1984 a incluir un artículo como el 365, consideramos que carece de sentido, en la medida que los medios tecnológicos y científicos pueden acreditar tal situación antes del nacimiento del hijo.

Artículo 366.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Carece de sentido mantener el artículo 366 del

Código Civil, en la medida que la norma que le sirve de base –el artículo 363– es modificado por nosotros.

Artículo 367.– «La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto; y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.»

Fundamento.– Hemos eliminado lo relativo al plazo, en la medida que para nosotros, la acción contestatoria de paternidad debería ser imprescriptible (nuevo artículo 364).

Artículo 368.– «La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido.»

Fundamento.– La supresión del plazo dispuesto actualmente en el artículo 368 del Código Civil obedece a nuestra modificatoria del artículo 364 y a los fundamentos en que ella se sustenta.

Artículo 369.–

Artículo 370.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– De acuerdo a nuestras modificaciones, el artículo 370 del Código Civil devendría en inútil y el tema debería regirse por los principios generales del Derecho Procesal Civil, en el sentido que quien alega un hecho debe probarlo.

Artículo 371.– «La maternidad puede ser impugnada en cualquier caso.»

Fundamento.– No vemos razón alguna para circunscribir la impugnación de la maternidad a los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo (como lo hace el actual artículo 371 del Código Civil).

En tal sentido, creemos que debe ampliarse a cualquier supuesto. De ahí nuestra modificación.

Artículo 372.— «La acción corresponde únicamente a la presunta madre y es imprescriptible. Sus herederos o ascendientes sólo pueden continuar el juicio si aquella lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.»

Fundamento.— Nuestra modificación de la norma apunta a la imprescriptibilidad de la acción, guardando coherencia con lo propuesto para el artículo 364 y con lo dispuesto por el numeral 373.

Artículo 373.—

Artículo 374.—

Artículo 375.— «La filiación de un hijo nacido de un matrimonio se prueba con cualquier medio probatorio permitido por la ley procesal.»

Fundamento.— Dadas las modificaciones introducidas por nosotros en diversas normas precedentes, resulta indispensable adecuar el numeral 375, bajo análisis, al principio que hemos tomado como regla, en el sentido de la libertad de probanza en estas materias.

Por lo demás, sustituimos la expresión «matrimonial» por «nacido de un matrimonio», con el objeto —ya anotado reiteradas veces— de no hacer distingos clasificatorios entre los diversos hijos.

Artículo 376.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— La derogatoria de esta norma se impone en virtud de todo aquello cuanto viene siendo expuesto en esta obra.

CAPÍTULO SEGUNDO

Adopción(*)

(*) En realidad al haber suprimido el Capítulo Primero, este Capítulo pasaría a ocupar su lugar. Sin embargo, hemos respetado el orden establecido en el Código de 1984, para evitar generar confusión al respecto.

Artículo 377.– «El parentesco proveniente de la adopción se limita al adoptante y al adoptado y a los descendientes de éste.»

Fundamento.– Con respecto a la adopción, el Doctor Manuel Pablo Olaechea⁽¹⁴²⁾ sostiene lo siguiente:

«Conocida desde los pueblos primitivos, sus finalidades principales fueron la perpetuación de la familia y su tradición, así como superar determinadas prohibiciones legales, para permitir al adoptante y al adoptado cumplir preceptos religiosos o asegurar ventajas económicas. Con el fin de darle la mayor firmeza y realidad, se recurría a signos sensibles que evocasen la maternidad natural, tales como simular el parto, o el que el adoptado lactase del pecho o del dedo pulgar del adoptante. En la mayoría de los casos significaba la ruptura de los lazos familiares entre el adoptado y su familia consanguínea.

En Grecia, por el contrario, la relación entre el adoptado y su familia consanguínea se mantenía. Más tarde, en el derecho arcaico romano, esa relación desapareció al igual que en los pueblos antiguos. Quizá se justificaba esa actitud radical en las importantes consecuencias que suponía en el derecho romano, tales como la continuación del culto doméstico, cambio de nacionalidad, evitar penas, etc.

Justiniano en su Novela 118 estableció que la adopción no ponía fin a los derechos y obligaciones del adoptado con su familia natural. Perseguía poner fin a todos los abusos no

(142) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Páginas 55 a 61.

previstos que la aplicación de las particularidades y complicaciones de la legislación sobre adopción permitían en daño del adoptado.

En los países occidentales la adopción ha sido y es reconocida sin más excepción que la del derecho sajón. En todos se respetan los vínculos consanguíneos.

Como es sabido, el minucioso análisis de los textos legales romanos, condujo a los glosadores a excesos, a bizantinas discusiones. Una de las consecuencias de esa intrincada labor determinó que algunos sostuvieran la necesidad de dar la mayor realidad posible a los actos jurídicos e intentar, por lo menos, su ejecución simbólica. Así en el caso de la posesión, para hacerla real, exigían recorrer los linderos de la propiedad y luego echarse en su suelo gritando repetidas veces '**possessio**'. Otros glosadores que no aceptaban estas actuaciones que consideraban inútiles sainetes, reían de quienes las propiciaban y para burlarse de ello, cuando los campos estaban cubiertos de nieve, se echaban sobre el suelo cubiertos de una sábana blanca y luego del consabido grito de '**possessio**', alegaban tener ya la posesión de las propiedades de sus adversarios doctrinales, de aquellos que sostenían la teoría de la imitación, del '**brevis manus**' en la tradición de bienes muebles.

Tratándose de la adopción, los partidarios de la imitación de la realidad exigían que el adoptante se pusiese una camisa de once varas y que por el otro extremo ingresase el adoptado. Luego en presencia de los testigos, este último salía de la camisa y todos entonces gritaban 'es su hijo', de lo cual se dejaba constancia escrita. De aquí surge el refrán 'Para qué te metiste en camisa de once varas', basado en los problemas que suelen crear los hijos adoptados y que son previsibles, y que se aplica a muchos otros casos de consecuencias negativas también previsibles.

En Francia, al tiempo de la Revolución Francesa, la institución de la adopción había desaparecido. La moda de imitar el Derecho romano planteó su incorporación al Código Civil. Algunos de los codificadores sostenían que la adopción no respondía a una necesidad del pueblo francés y que sería artificial. Napoleón, por su parte, creía que debía

crearse una filiación incluso más sólida que la natural, utilizando la expresión del Derecho Romano de 'imitar a la naturaleza'.

Por eso cuando se discutía el Código Rey, Napoleón I insistió mucho en que la institución de la adopción fuese incluida. Quizá motivado por sus propios problemas hereditarios que en esa época de su vida le preocupaban y por eso perseguía darle la mayor fuerza legal, pensando que llegado el caso la que él efectuase no pudiese ser discutida.

En España, sólo a partir de las Partidas se habla de adopción y en el Código de 1889 fue instalada después de fuerte oposición.

Las disposiciones de los Códigos Civiles peruanos de 1852 y de 1936, redactadas según los lineamientos del Código Napoleón, tratan sobre la adopción y declaran expresamente la subsistencia del vínculo familiar del adoptado con su familia natural y la conservación de su apellido. En ambos Códigos existían disposiciones destinadas a proteger a la familia y a los hijos consanguíneos ya nacidos, y a aquellos cuya venida futura al mundo era previsible. La mayor edad del adoptante; la diferencia de edades entre adoptante y adoptado; que el adoptante no tuviera descendientes; eran, entre otros, algunos ejemplos de esas medidas.

¿Por qué el Código de 1984 volvió en materia de adopción a los usos de los pueblos primitivos y al Derecho romano arcaico, sin tomar en cuenta los inconvenientes que llevaron a su modificación, sobre todo en una civilización adelantada?

La respuesta la encontramos en la Exposición de Motivos según la cual los codificadores tomaron como fuente el artículo 68º del Código de Menores peruano, exclusivamente para el caso de los menores de 14 años abandonados (Ley Nº 13968 de 1962), tal como fue modificado por el Decreto Ley 22209.

Esas disposiciones, exclusivamente para el caso de los menores abandonados, habían estatuido una legislación distinta, basándose en que las circunstancias en que se reali-

zaba una adopción conforme al Código Civil eran diversas de aquellas en que se realizaba la adopción de un menor abandonado.

En el segundo caso, la urgencia y la necesidad apremiante del menor en peligro moral, justificaban dispensar o simplificar algunos requisitos que permitieran resolver rápidamente el caso. Esto no sucedía en los casos contemplados por el Código Civil.

Para conseguir su propósito, el artículo 68º del Código de Menores promulgado el 1º de febrero de 1962 por la Ley 13968, dispuso que en el caso de menores abandonados o en peligro moral, menores de 14 años, el juez podía dispensar los requisitos de edad y falta de herederos que señalaba el artículo 326º del Código Civil de 1936 manteniendo, sin embargo, el precepto en virtud del cual la inscripción de la adopción se haría conforme al citado Código, al margen de la partida de nacimiento.

Con el crecimiento de las poblaciones urbanas y el relajamiento de los vínculos familiares, se multiplicó el número de menores de 14 años en abandono o peligro moral y partiendo de 'la necesidad de adecuar el instituto de la adopción a los requerimientos de la realidad nacional peruana', también en beneficio exclusivo de dichos menores, se dictó el Decreto Ley 22209 el 13 de junio de 1973.

El Decreto Ley 22209 modificó el Código de Menores para permitir al juez dispensar el trámite del consentimiento del cónyuge, cuando el adoptante fuera casado, sujeto a ciertos requisitos. Luego modificó los artículos 334, 335 y 343 del Código Civil de 1936, agregándole a cada uno una regla especial para los menores de 14 años abandonados o en peligro moral. En lo concerniente al apellido, dispuso que el adoptado sólo llevaría los del adoptante. En lo relativo a la relación del adoptado con su familia natural, eliminó la conservación de los derechos y deberes; y respecto del Registro Civil y de la revocación de la adopción, estatuyó que no habría revocación y que se extendería nueva partida, subsistiendo la anterior sólo para apreciar los impedimentos matrimoniales.

Las adiciones a los referidos artículos del Código Civil de 1936 eran lógicos en la medida que sólo se referían a los menores de 14 años abandonados y en peligro moral. La finalidad era que el adoptante no encontrase después dificultades con los padres naturales del menor que lo hostigaran buscando beneficios económicos y de cualquier otra índole.

Sin embargo, los redactores de la ley no repararon en la evidente contradicción que existía entre el acto de extender una nueva partida y declarar que la otra siguiera teniendo valor para el efecto de los impedimentos matrimoniales. O la nueva era inútil, pues no cumpliría el fin propuesto, que el adoptado y los terceros ignorasen a los parientes consanguíneos, o la segunda primara como expresión de la realidad, de la vida misma, permitiendo la aparición de todos los problemas y dificultades de orden psicológico, social y económico que la nueva partida había pretendido evitar.

Cuando se discutía el proyecto de Código Civil de 1984 sus autores encontraron que existían dos regímenes en materia de adopción. El general del Código Civil, para todos, y el especial para menores de 14 años abandonados o en peligro moral. Frente a esta disyuntiva, dice la Exposición de Motivos: 'se trataba de decidir si este (el segundo) criterio debería ser generalizado'. Problema 'arduo' según los autores del Código Civil de 1984.

La vacilación de los codificadores era infundada. Si aceptaban la contradicción insuperable de la nueva partida y la prolongación de la antigua, cuya permanencia era inevitable para evitar el incesto, volvían a la situación existente en el derecho romano anterior a Justiniano y reaparecerían todas sus imprevisibles complicaciones y consecuencias.

Algunos miembros de la comisión codificadora, añade la Exposición de Motivos, razonaban en el sentido que si los padres consanguíneos habían aceptado la adopción era porque se habían desinteresado por la suerte de su hijo; otros, que los padres se sacrificaban por el interés que tenían por el porvenir de su hijo. Finalmente a todos preocupaba el trauma del propio adoptado al enterarse de su doble filiación. No es improbable que ésta última razón fuera al final la predominante a su decisión.

Cabe señalar que después de promulgado el Código Civil de 1984, por Decreto Ley 26102 de 24 de diciembre de 1992, se ha derogado el anterior Código de Menores y dictado uno nuevo que supone toda una organización administrativa y judicial para proteger a los niños (hasta 12 años) y a los adolescentes (hasta 18 años). Este Código, en materia de adopción, salvo distintas autoridades y procedimientos, mantiene la tesis del Decreto Ley 22209 y del Código Civil de 1984.

Como se observa, el Código de 1984 optó por una posición que lógicamente era insostenible. Su artículo 377^º estatuye que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y el artículo 379^º exige que se extienda nueva partida.

Contradiciéndose luego, frente a las posibles consecuencias de su primera decisión, en el mismo artículo 379^º añade que la partida anterior conserva su valor para el efecto de los impedimentos matrimoniales. Ya he comentado que las declaraciones contrarias sobre la pérdida del vínculo y la vigencia de la partida anterior no se ajustan a la lógica.

Si los insospechados problemas que podía presentar la pérdida del vínculo consanguíneo determinaron la evolución de la institución, es evidente que subsisten las mismas razones para volver a las reglas modernas clásicas y generales, y evitar casos imprevistos y absurdos. El Código Civil de 1936 como todos los Códigos modernos del mundo, que acogen la institución de la adopción, tuvo presente la finalidad humanitaria de la adopción moderna, pero al mismo tiempo fue respetuoso de los vínculos naturales de familia. El Código Civil de 1984 es la sola excepción.

Los codificadores debieron mantener la dualidad de sistemas que encontraron. El de los menores abandonados y en peligro moral y el del Código.»

Por nuestra parte, hemos considerado pertinentes las observaciones formuladas por el Doctor Olaechea; y, en tal virtud, sustituimos el actual artículo 377 por el numeral 333 del Código Civil de 1936, suprimiendo la mención a los 'descendientes legítimos'.

En lo que respecta a las observaciones del Doctor Olaechea en relación a la presencia de los vínculos naturales del adoptado con su familia consanguínea, tal modificación es recogida por nosotros al analizar el numeral 379 del Código Civil vigente.

Artículo 378.— «Para la adopción se requiere:

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
3. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
5. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

En este caso sólo se permite la adopción cuando los padres del adoptado se encuentren en la imposibilidad de atender a las necesidades básicas del hijo y no existan perspectivas razonables de que la situación mejore de manera inmediata. También se permite en casos análogos de extrema e imperiosa necesidad de los padres.

6. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
7. Que sea aprobada por el juez.
8. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.»

Fundamento.— Consideramos necesario establecer la precisión anotada en razón de que ante la existencia de padres biológicos, la adopción con asentimiento de los mismos debe ser —evidentemente— un supuesto excepcionalísimo.

Artículo 379.— «La adopción se tramita con arreglo al Código Procesal Civil o al de los Niños y Adolescentes.

Terminado el procedimiento, el juez oficia al registro del estado civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original.

La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales, así como los deberes y derechos de índole no patrimonial respecto a su familia natural.»

Fundamento.— Se efectúan las modificaciones procesales anotadas, con el propósito de adaptar la redacción actual del artículo 379 a la normatividad vigente.

De otro lado, la adición a la parte final del artículo, se basa en los argumentos del Doctor Manuel Pablo Olaechea, que fueran transcritos al analizar el artículo 377 del Código Civil.

Artículo 380.—

Artículo 381.—

Artículo 382.—

Artículo 383.—

Artículo 384.—

Artículo 385.-**TITULO II**
Filiación extramatrimonial(*)**CAPITULO PRIMERO**
Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales(*)

(*) Se han suprimido el Título y el Capítulo que se mencionan, mas no en su contenido.

Fundamento.- Hemos procedido a derogar el Título II, relativo a la Filiación extramatrimonial y el Capítulo Primero, referido al Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, en razón de los argumentos esgrimidos oportunamente.

Artículo 386.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- El ya citado y referido a la modificación de la nomenclatura a este respecto, la misma que evita hacer cualquier distingo respecto a la calificación de los hijos en razón de su procedencia matrimonial o extramatrimonial.

Artículo 387.- «El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación de un hijo nacido fuera del matrimonio.»

Fundamento.- La modificación anotada obedece a nuestra voluntad de suprimir toda distinción respecto a hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Artículo 388.- «El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.»

Fundamento.— Esta modificación se basa en las mismas razones que nos han llevado a variar la redacción del artículo 387.

Artículo 389.— «El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, o en el artículo 47.»

Fundamento.— Esta modificación se basa en las mismas razones que nos han llevado a variar la redacción del artículo 387.

Artículo 390.— «El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

El reconocimiento testamentario es revocable.
Contra él y el reconocimiento por acto entre vivos,
cabe prueba en contrario.»

Fundamento.— Consideramos pertinente efectuar las precisiones anotadas, ya que actualmente es discutible la posibilidad de revocar el reconocimiento efectuado en testamento por una persona que aún vive y cuyo contenido ha pasado a ser de conocimiento público.

Por otra parte, a pesar de cualquier reconocimiento, cabe la posibilidad de que aquél que reconoció lo haya hecho por error, caso en el cual dicha persona podría demostrar judicialmente que no es el padre de aquél a quien reconoció.

Artículo 391.—

Artículo 392.— «Cuando el padre o la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.»

Fundamento.— Efectuamos la precisión anotada, pues ella resulta indispensable al haber suprimido la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, habiendo unificado en un solo Título las normas relativas a ambos supuestos.

Artículo 393.— «Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389 y que tenga por lo menos dieciséis años cumplidos puede reconocer al hijo nacido fuera del matrimonio.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación del artículo 387.

Artículo 394.— «Puede reconocerse al hijo que ha muerto.»

Fundamento.— Consideramos que debe permitirse el reconocimiento de un hijo que ha muerto, incluso en el caso que no hubiera dejado descendientes, pues a veces existen razones de índole moral más poderosas que aquellas de orden patrimonial que pueden llevar a que se efectúe un reconocimiento de esta naturaleza.

Artículo 395.— «El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, salvo el testamentario.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación del artículo 390.

Artículo 396.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Consideramos que las razones esgrimidas en sustento de la norma bajo análisis, no son lo suficientemente sólidas para que permanezca vigente, pues podría darse el caso en que el esposo y supuesto padre nunca impugne la paternidad del hijo, consciente o inconsciente de que no es en realidad

suyo; pero un tercero, que tiene la certeza de que es padre de ese hijo, puede efectuar tal reconocimiento.

Artículo 397.— «El hijo nacido fuera del matrimonio reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestras modificaciones de nomenclatura.

Artículo 398.— «El reconocimiento de un hijo no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento.»

Fundamento.— El artículo no debe limitarse al reconocimiento de un hijo mayor de edad. De esta forma, como dice Lohmann⁽¹⁴³⁾, esta norma guardaría concordancia con el artículo 412 y se evitarían reconocimientos tardíos e interesados.

Artículo 399.— «El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan legítimo interés, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.»

Fundamento.— Uniformizar el empleo de esta expresión en el Código Civil.

Artículo 400.— «El plazo para negar el reconocimiento es de un año, a partir del día en que se toma conocimiento del acto, o, en todo caso, hasta que muera el hijo reconocido.»

(143) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Derecho de Sucesiones, Tomo II, Página 490.

Fundamento.— Consideramos que un tema de tanta trascendencia no debe tener un plazo prescriptorio tan corto como en la actualidad. Además, establecemos un plazo doble que tenga como máximo lo que dure la vida del hijo reconocido.

Artículo 401.— «El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor. El plazo para interponer esta acción es imprescriptible.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificatoria del artículo 400.

CAPITULO SEGUNDO

Declaración judicial de filiación extramatrimonial(*)

(*) Este Capítulo (como tal, mas no sus artículos) ha sido derogado por nosotros.

Fundamento.— La supresión del Capítulo Segundo, relativo a la declaración judicial de filiación extramatrimonial, obedece al hecho de que hemos eliminado la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Artículo 402.— «La paternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio puede ser judicialmente declarada, recurriendo a cualquiera de los medios probatorios que franquea la ley procesal.

Se presume, salvo prueba en contrario, que es hijo:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que lo admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo nacido fuera

del matrimonio, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.»

Fundamento.— Hemos procedido a variar el texto del artículo 402 del Código Civil, por varias razones.

La primera de ellas, por la necesidad de suprimir la expresión «extramatrimonial».

En segundo lugar, para dejar claro que la paternidad puede ser judicialmente declarada recurriendo a cualquiera de los medios contemplados en la ley procesal civil.

En tercer y último lugar, porque los actuales supuestos en que se faculta la declaración de paternidad extramatrimonial pasan a ser en nuestro artículo, casos en los que se presume **iuris tantum** la paternidad.

Artículo 403.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— De acuerdo al cambio de concepción que inspira nuestra propuesta de reforma integral al Libro de Derecho de Familia, carece de sentido el artículo 403, razón por la cual procedemos a derogarlo.

Artículo 404.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Las razones de esta derogatoria son las mismas que inspiran la supresión del numeral anterior.

Preferimos la verdad real a la «verdad jurídica».

Artículo 405.—

Artículo 406.—

Artículo 407.— «La acción corresponde sólo al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador, en su caso, requieren autorización del consejo de familia.

La acción no pasa a los herederos del hijo, si éste murió siendo mayor de edad. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado.»

Fundamento.— Nuestra modificación al segundo párrafo del artículo 407 obedece a que por lo menos el hijo debe haber tenido la posibilidad de interponer la acción por sí mismo, supuesto que sólo se presentaría cuando sea mayor de edad.

Artículo 408.—

Artículo 409.— «La maternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio también puede ser declarada judicialmente, recurriendo a cualquiera de los medios que franquea la ley procesal, y, especialmente, cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.»

Fundamento.— La primera modificación obedece a la necesidad

de suprimir cualquier referencia al carácter extramatrimonial del hijo.

De otro lado, nos encargamos de precisar que para la declaración a que se refiere este numeral es válido el empleo de cualquier medio probatorio contemplado en el Código Procesal Civil, mencionando que tienen especial carácter probatorio los actualmente señalados en el numeral bajo tratamiento.

Artículo 410.— «No caduca la acción para que se declare la filiación de un hijo nacido fuera del matrimonio.»

Fundamento.— Suprimir cualquier referencia al carácter extramatrimonial del hijo.

Artículo 411.— «Son aplicables a la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio y a sus herederos las disposiciones de los artículos 406 a 408.»

Fundamento.— Dada la unificación de los Títulos relativos a la filiación matrimonial y extramatrimonial, se hace necesario precisar en el artículo bajo análisis que se trata de la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio.

Artículo 412.— «La sentencia que declara la paternidad o la maternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio.»

Fundamento.— El mismo de la modificatoria al artículo 411.

Artículo 413.— «En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio es admisible cualquier medio probatorio permitido por la ley procesal.

En caso de pruebas de indubitable validez científica, si el demandado se negare a someterse a di-

cha prueba, su negativa equivale al reconocimiento del hijo.»

Fundamento.— En primer término eliminamos la nomenclatura «extramatrimonial», por las razones señaladas reiteradas veces.

oi. Luego, variamos la fórmula probatoria actual, permitiendo que se acredite la paternidad o maternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio con cualquiera de los medios probatorios contemplados por el Código Procesal Civil.

si Finalmente, hemos eliminado el segundo párrafo del texto actual del artículo 413, ya que dados los medios que la ciencia proporciona al Derecho en nuestros días, resulta sumamente factible descartar la duda que antes podía llegar a ser insoluble, recogida en dicha norma.

Hoy sería fácil establecer con claridad quién es el padre y —obviamente— éste debería ser declarado como tal y asumir íntegramente los deberes y derechos que le corresponden por ley.

Artículo 414.—

CAPITULO TERCERO **Hijos alimentistas(*)**

(*) En lo relativo al tema de los actualmente denominados «hijos alimentistas», regulado en el Capítulo Tercero, hemos considerado conveniente la derogatoria íntegra del referido Capítulo, vale decir, de los artículos 415, 416 y 417.

Fundamento.— Ello obedece a que dadas nuestras propuestas de reforma al Código Civil en materia de Derecho de Familia y a los avances de la ciencia en lo que respecta a la posibilidad de probar de manera fehaciente la paternidad o maternidad de un hijo, actualmente es imposible decir que no resulta factible demostrar tales situaciones.

o la maternidad, debiendo –en nuestra opinión– ser el Estado quien asuma los costos y realización de dicha prueba.

De ahí que se suprime lo relativo a los hijos alimentistas, que en realidad de «hijos» sólo tienen el nombre, pues dada la regulación actual del tema en el Código Civil, son personas que únicamente tienen derecho a alimentos y a nada más. Y un hijo tiene muchos otros derechos, además de deberes, para con sus padres.

Por lo demás, y en segundo término, si hemos eliminado la injusta distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, con mayor razón debería suprimirse la denominación de hijos alimentistas, calificación que es incluso más peyorativa que la de hijo extramatrimonial.

Artículo 415.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El expuesto al inicio del actual Capítulo Tercero.

Artículo 416.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El expuesto al inicio del actual Capítulo Tercero.

Artículo 417.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El expuesto al inicio del actual Capítulo Tercero.

TITULO III

Patria potestad(*)

CAPITULO UNICO

Ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad

(*) Al haber sido suprimido el Título II, el Título relativo a la Patria potestad sería el segundo y no el tercero; pero no hemos modificado su numeración, para mantener el orden impuesto por el Código y no generar confusión.

Artículo 418.-

Artículo 419.- «La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio o unión de hecho, si en este último caso los dos han reconocido al hijo, correspondiendo a ambos su representación legal.

En caso de disentimiento, resuelve el juez de familia, conforme al proceso sumarísimo.»

Fundamento.- Incluimos el supuesto de la unión de hecho, ya que actualmente es un vacío legal.

Variamos la expresión «juez del niño y adolescente», por «juez de familia», de acuerdo a la nomenclatura en vigencia.

Artículo 420.-

Artículo 421.- «La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de familia determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.»

Fundamento.- En primer término, variamos la denominación de «extramatrimoniales» por «nacidos fuera del matrimonio», en razón de los argumentos esgrimidos reiteradas veces.

En segundo término, modificamos la expresión «juez de menores» por la de «juez de familia», ya que dados los cambios en materia procesal, ésta última es la que corresponde.

Artículo 422.-

Artículo 423.-

Artículo 424.- «Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, así como de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia.»

Fundamento.- Si bien entendemos las razones de orden tradicional que llevaron al legislador de 1984 a considerar únicamente como sujetos de alimentos a las hijas solteras mayores de edad que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia, no debemos olvidar que la Constitución Política del Perú actual y la de 1979, vigente al momento de la promulgación del Código Civil, prohíben la discriminación en razón de la diferencia de sexo.

Es claro que el artículo 424 vigente resulta discriminatorio en perjuicio de los hombres y en beneficio de las mujeres. De ninguna manera buscamos se elimine ese derecho que actualmente gozan las mujeres. Simplemente queremos extenderlo a los hombres.

Nótese además que el Código Civil es muy claro al referirse a que estas personas no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia, hipótesis que resulta pasible de presentarse derivada de múltiples causas, y tanto en hombres como en mujeres.

De ahí que es justo no discriminar a nadie si es que tiene necesidad alimentaria y no se encuentra apto para satisfacerla por sus propios medios.

Artículo 425.-**Artículo 426.-**

Artículo 427.- «Los padres no están obligados a dar cuenta de su administración sino al terminar ésta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia o del menor con suficiente capacidad de discernimiento, resuelva otra cosa.»

Fundamento.- Hemos procedido a otorgar al menor el derecho a solicitar al juez –por sí mismo– que sus padres rindan cuenta de la administración de sus bienes.

Lo hacemos, pues en la mayoría de casos los miembros del consejo de familia no tendrán la cercanía o los suficientes conocimientos como para saber o sospechar la existencia de una mala administración; en cambio, el menor, que vive junto con sus padres y cuenta con la suficiente capacidad de discernimiento, podrá saber más sobre el tema y, de esta forma, intentar hacer valer sus derechos.

Artículo 428.- «El juez, a pedido del consejo de familia o del menor con suficiente capacidad de discernimiento, puede modificar o suspender en cualquier tiempo las medidas que hubiese dictado de conformidad con los artículos 426 y 427.»

Fundamento.- El mismo del artículo 427.

Artículo 429.-

Artículo 430.- «El saldo que resulta en contra de los padres produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta obligación es indivisible y solidaria.»

Fundamento.— El hacer más severas las consecuencias del incumplimiento.

Artículo 431.—

Artículo 432.—

Artículo 433.—

Artículo 434.— «Los padres del hijo nacido fuera del matrimonio quedan sujetos a lo dispuesto en el artículo 433.»

Fundamento.— El cambio de nomenclatura obedece a las razones señaladas en oportunidades anteriores.

Artículo 435.—

Artículo 436.—

Artículo 437.—

Artículo 438.—

Artículo 439.— «El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437, pero sólo en el porcentaje dispuesto por el artículo 1004.»

Fundamento.— Consideramos necesario efectuar la precisión anotada, para evitar interpretaciones equivocadas al respecto.

Artículo 440.—

Artículo 441.-

Artículo 442.-

Artículo 443.-

Artículo 444.- «El padre o la madre que se case sin cumplir la obligación que le imponen los artículos 433 y 434 pierde la administración y el usufructo de los bienes de los hijos nacidos fuera de ese matrimonio y los nuevos cónyuges quedan indivisible y solidariamente responsables como los tutores.»

Fundamento.- Se cambia la nomenclatura por las razones expuestas en reiteradas oportunidades.

Además, se agrava la responsabilidad, al convertirla en indivisible y solidaria.

Artículo 445.-

Artículo 446.-

Artículo 447.-

Artículo 448.- «Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:

1. Arrendar su bienes por más de tres años.
2. Hacer partición extrajudicial.
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.

4. Renunciar herencias, legados o donaciones.
5. Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.
6. Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
7. Dar o tomar dinero en préstamo.
8. Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
9. Aceptar donaciones, legados o herencias, con cargas, bajo beneficio de inventario.
10. Convenir en la demanda.»

Fundamento.— Como dice Lohmann⁽¹⁴⁴⁾, el inciso 9 del artículo 448 incurre en los mismos dos defectos del artículo 155; vale decir que descarta la herencia legitimaria y la legal. Por otro lado, no tiene sentido que al padre o madre o a ambos se les exija autorización judicial para aceptar la herencia voluntaria con carga y se les permita recibir libremente —sin autorización alguna— donaciones o legados que resulten perjudiciales para el menor. Lo más razonable hubiera sido incorporar un artículo por el cual los padres no puedan aceptar herencias para sus hijos salvo que lo hagan bajo beneficio de inventario y previa autorización judicial.

En estas consideraciones se basa nuestra modificatoria al inciso 9 del artículo bajo análisis.

Artículo 449.— «En los casos de los incisos 2, 3 y 7 del artículo 448, se aplican también los artículos 987, 1307 y 1651. Además, en los casos a que se refieren los artículos 447 y 448, el juez debe oír, de ser posible, al menor que tuviere doce años cumplidos, antes de prestar autorización. Si el menor cuenta con capacidad de discernimiento suficiente, podrá

(144) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Página 223.

exigir ser escuchado, a pesar de no haber cumplido esa edad. La autorización se concede conforme a los trámites establecidos en el Código Procesal Civil para enajenar u obligar bienes de menores.»

Fundamento.— En primer lugar, rebajamos la edad en la cual resulta obligatorio al juez escuchar al menor, de dieciséis a doce años, pues creemos que una persona de esta edad, por lo general, tiene suficiente criterio al respecto.

Pero además, incluimos una disposición por la cual un menor, a pesar de no tener los doce años cumplidos, si tiene capacidad de discernimiento suficiente para los asuntos tratados, puede exigir ser oído.

Finalmente, variamos la nomenclatura de «Código de Procedimientos Civiles» a «Código Procesal Civil», pues ésta es la vigente.

Artículo 450.—

Artículo 451.— «El dinero de los hijos, mientras se invierta con sujeción a lo dispuesto en el artículo 453, debe ser colocado en instituciones de crédito, a nombre del menor, y en las condiciones apropiadas que le sean más favorables.»

Fundamento.— Creemos importante efectuar la precisión en el sentido que el dinero de los hijos no solamente debe ser invertido en «condiciones apropiadas», sino en aquellas condiciones apropiadas que resulten más favorables al menor.

Artículo 452.—

Artículo 453.— ⁽¹⁴⁵⁾.

(145) Si bien es cierto que casi paralelamente a la promulgación y entrada en vigencia del Código Civil de 1984 se eliminaron las cédulas hipotecarias del antiguo y ahora liquidado Banco Central Hipotecario del Perú, dichos

Artículo 454.-

Artículo 455.- «El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales.»

Fundamento.- La norma, en su texto original se refiere a «herencia voluntaria»; ¿pero acaso, existe herencia involuntaria? a decir del Doctor Guillermo Lohmann, en criterio que compartimos, el legislador redactó equivocadamente el precepto; a lo que debió referirse es a la designación de heredero voluntario.

Del mismo modo, no hay razón alguna que justifique haber aludido solamente a la aceptación de «herencia voluntaria» y no a la testamentaria forzosa por legítima y la legal intestada. La permisión de aceptación de herencia «voluntaria» hace suponer también la autorización del precepto en caso de herencia causada bajo otras maneras de institución sucesoria en favor del menor.

De ahí nuestra modificación a este numeral.

Artículo 456.- «Para los casos en que no resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.»

Fundamento.- En primer lugar, dejamos en claro que la norma bajo análisis (artículo 456) rige sólo para aquellos supuestos en los que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil. Esta aclaración resulta necesaria, ya que el texto

títulos constituyeron un valioso elemento de desarrollo e impulso del crédito hipotecario en nuestro país, con el consiguiente fomento de la industria de la construcción. De esta forma, consideramos que la mención que efectúa el artículo 453 del Código Civil a las cédulas hipotecarias, debe mantenerse, ya que resultaría ideal que en un futuro cercano se vuelvan a crear, por las razones señaladas.

actual es algo confuso y pareciera dar a entender que en los actos que el numeral 1358 permite, también sería de aplicación el artículo 456, cuando ello no es así.

Finalmente, hemos procedido a suprimir el segundo párrafo del artículo 456, ya que el tema del pago efectuado o recibido por un menor debe ser regulado únicamente por las reglas generales de pago del Código Civil, específicamente los artículos 1222, 1223, 1224, 1225, 1227 y demás numerales que puedan resultar de aplicación. No somos partidarios de redundar en el tratamiento de los temas, pues ello genera –habitualmente– confusión.

Artículo 457.–

Artículo 458.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Consideramos conveniente la derogatoria de este numeral, en razón de que nos parece impropio regular el tema de la responsabilidad civil del menor en el Libro de Derecho de Familia, más aún cuando la materia se encuentra suficientemente tratada por los artículos 1327 (relativo a inejecución de obligaciones) y 1975 y 1976 (referidos a responsabilidad extracontractual).

Artículo 459.– «Si es posible, los padres consultarán al menor que tenga más de dieciséis años o, sin haberlos cumplido, tenga la suficiente capacidad de discernimiento, los actos importantes de la administración. El asentimiento del menor no libera a los padres de responsabilidad.»

Fundamento.– Estimamos importante que la consulta a que se refiere el artículo 459 del Código Civil se efectúe también a los menores que a pesar de no haber cumplido todavía los dieciséis años de edad, cuenten con la suficiente capacidad de discernimiento para tales asuntos.

Artículo 460.– «Siempre que el padre o la madre tengan un in-

terés opuesto al de sus hijos, se nombrará a estos un curador especial.

El juez, a petición del padre, de la madre, del propio hijo, si tuviera la suficiente capacidad de discernimiento, del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de éste, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño.»

Fundamento.— Efectuamos la modificación anotada, agregando dentro de las personas que pueden actuar por sí mismas, al propio hijo, quien estará legitimado con la capacidad de ejercicio en estos casos, ya que se trata de un asunto que le atañe directamente en su patrimonio. Consideramos que debe otorgársele este derecho independientemente de la edad que tenga, siempre que cuente con la necesaria capacidad de discernimiento.

Artículo 461.— «La patria potestad se acaba:

1. Por la muerte de los padres o del hijo.
2. Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46.
3. Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.»

Fundamento.— Si bien el artículo 461 no ha sido derogado expresamente por el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), podría entenderse que ha sufrido una derogación tácita, a través del artículo 84 de este cuerpo normativo, razón por la cual —para evitar equivocadas interpretaciones— estimamos conveniente restituir su plena vigencia.

Artículo 462.— «La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.»

Fundamento.— Este artículo ha sido derogado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), modificatoria que consideramos inapropiada, razón por la cual restituimos la vigencia del texto original del Código Civil.

Artículo 463.— «Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
2. Por tratarlos con dureza excesiva.
3. Por negarse a prestarles alimentos.»

Fundamento.— El artículo 463 del Código Civil ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), pero al considerar inadecuada dicha modificatoria, restituimos la vigencia del texto original de la norma.

Artículo 464.— «Cuando la conducta de los padres no bastare para declarar la privación o producir la pérdida de la patria potestad, el juez puede limitar ésta hasta donde lo exija el interés de los hijos.»

Fundamento.— Este artículo ha sido derogado expresamente por la Primera Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992). Consideramos que la derogatoria fue inadecuada, razón por la cual restituimos la vigencia de la norma original.

Artículo 465.—

Artículo 466.- «La patria potestad se suspende:

1. Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
2. Por la ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.
4. En el caso del artículo 340.»

Fundamento.- El artículo 466 ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), y sustituido por el numeral 83 de este cuerpo legislativo. Consideramos inapropiada la modificación introducida por el Código Procesal Civil, razón por la cual restituimos la vigencia de la norma original.

Artículo 467.-

Artículo 468.- «El juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes conforme a las normas pertinentes del Código Procesal Civil, en caso de que el consejo de familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467, o que pueda resultar perjuicio.»

Fundamento.- Efectuamos la variación de los términos «Código de Procedimientos Civiles» por «Código Procesal Civil», ya que este cuerpo de leyes es el que se encuentra vigente.

Artículo 469.-

Artículo 470.- «La pérdida, privación, limitación o suspensión

de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos.»

Fundamento.— El artículo 470 del Código Civil fue modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992). Consideramos que el texto original era superior al modificatorio, razón por la cual restituimos su vigencia.

Artículo 471.— «Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.

La acción sólo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor.

En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron.»

Fundamento.— El artículo 471 del Código Civil ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), y sustituido por el numeral 85 del referido cuerpo normativo. Al igual que en casos anteriores, consideramos que el texto modificado era superior al modificatorio, razón por la cual restituimos su vigencia.

SECCION CUARTA

Amparo familiar

TITULO I

Alimentos y bienes de familia

CAPITULO PRIMERO

Alimentos

Artículo 472.— «Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación de quien tenga derecho a ellos. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post-parto.»

Fundamento.— El artículo 472 del Código Civil ha sido modificado por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), y sustituido por el numeral 101 de este cuerpo normativo.

En este caso consideramos que la modificatoria no ha sido del todo desacertada, pues a pesar de que circunscribe el concepto de alimentos a los niños y adolescentes, el precepto tiene una mejor redacción. Por esta razón adoptamos como norma del Código Civil el texto del numeral 101 del Código de los Niños y Adolescentes, pero con una modificación, ya que el artículo 472 no debe restringirse al niño y al adolescente, sino comprender a todos quienes tengan derecho a tales alimentos.

Artículo 473.— «El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia.

Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir y recibir la asistencia médica adecuada, de ser el caso.

No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos.»

Fundamento.— Consideramos de plena equidad la adición efectuada al segundo párrafo del artículo 473, ya que independientemente del origen de la causa que hubiese reducido a esa persona al estado de no encontrarse en aptitud de atender a su subsistencia, razones de elemental humanidad y solidaridad, nos llevan a efectuar dicha modificación.

Artículo 474.— «Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos de padre y madre.»

Fundamento.— El artículo 474 del Código Civil ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992).

Esta modificación constituye un absurdo, puesto que el numeral que tiende a sustituirlo en el Código de los Niños y Adolescentes —artículo 102— sólo contempla los casos de los menores. El referido artículo 102 del Código de los Niños y Adolescentes, tiene el siguiente texto:

Artículo 102.— «Obligados a prestar alimentos.— Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado;

4. Otros responsables del niño o adolescente.»

En este sentido, la modificación resulta confusa, incompleta, inconveniente y carente de sentido, razón por la cual debe restituirse claramente la plena vigencia del texto original del artículo 474 del Código Civil.

Por último, hemos restringido la obligación alimentaria a los hermanos de padre y madre, excluyendo –obviamente– a los medio hermanos. Ello, debido a que en la mayoría de casos no existe afinidad, cariño y tal vez siquiera conocimiento respecto de un medio hermano.

Podrá decirse que la situación contraria resulta común, en el sentido que los hermanastros se hayan criado juntos, a la par que desarrollado fuertes lazos afectivos. Si así fuera, y un medio hermano necesitase recibir alimentos de otro, sin duda este último se los prestará, por un imperativo moral, de conciencia, pero tal situación no debería serle impuesta por la ley.

Artículo 475.– «Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1. Por el cónyuge.
2. Por los descendientes.
3. Por los ascendientes.
4. Por los hermanos.»

Fundamento.– El artículo 475 del Código Civil ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992).

La citada modificación constituyó un absurdo, puesto que el numeral que tiende a sustituirlo en el Código de los Niños y Adolescentes –artículo 102– sólo contempla los casos de los menores.

Por esta razón, es que restituimos expresamente la vigencia del artículo 475 del Código Civil en su texto original.

Artículo 476.-

Artículo 477.- «Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a subrogarse respecto de los demás por la parte que les corresponda.»

Fundamento.- De conformidad con lo dispuesto por las normas de Derecho de Obligaciones, en especial los artículos 1260 y siguientes, nos encontramos frente a un caso de subrogación legal o de pleno derecho, pues de presentarse el supuesto de la segunda parte del artículo 477, nos hallaríamos en presencia de una obligación indivisible y mancomunada, razón por la cual si paga uno solo de los obligados, dicha persona tendrá derecho a subrogarse contra los demás codeudores, del modo dispuesto por el artículo 1263, es decir, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Artículo 478.-

Artículo 479.-

Artículo 480.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Al haber eliminado nosotros la categoría de hijo alimentista, y los correspondientes artículos 415, 416 y 417 del Código Civil, carece de sentido el numeral 480.

Artículo 481.- «Los alimentos se regulan por el juez en propor-

ción a las necesidades de quien los pida y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor.»

Fundamento.— Suprimimos el último párrafo de este numeral, pues en la práctica el mismo sirve de excusa a muchos demandados, quienes se amparan en él para evadir el cabal cumplimiento de su obligación alimentaria.

Artículo 482.—

Artículo 483.—

Artículo 484.—

Artículo 485.— ⁽¹⁴⁶⁾.

Artículo 486.—

Artículo 487.— «El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, intransigible, incompensable unilateralmente e irrenunciable, salvo el caso de la renuncia tácita por el no cobro de los mismos.»

Fundamento.— Pensamos que el derecho alimenticio debe tener

(146) Tentación académica:

Dada la gravedad de algunas de las causales de indignidad para suceder y de desheredación, existen casos en los que incluso el alimentista debería perder el derecho a exigir lo estrictamente necesario para subsistir, como sería el caso en que hubiese atentado dolosamente contra la vida de quien le presta alimentos.

Sin embargo, existen otros supuestos de menor gravedad que son los que precisamente nos llevan a no proponer la modificatoria del numeral bajo análisis.

los caracteres que ostenta y que están recogidos en el texto vigente del artículo 487 del Código Civil.

Sin embargo, creemos que sí debería poder ser compensable de manera bilateral, y consideramos que es renunciabile tácitamente, en caso el alimentista no haga cobro de lo que le corresponde.

No obstante ello, admitimos que una afirmación como la que acabamos de hacer resultaría discutible en la medida que el alimentante tendría derecho a efectuar un pago por consignación.

CAPITULO SEGUNDO

Patrimonio familiar

Artículo 488.-

Artículo 489.-

Artículo 490.-

Artículo 491.-

Artículo 492.-

Artículo 493.-

Artículo 494.-

Artículo 495.-

Artículo 496.— «Para la constitución del patrimonio familiar se requiere:

1. Que el constituyente presente solicitud ante el juez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio; individualizar el predio que propone afectar; aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos.
2. Que se acompañe a la solicitud, la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide.
3. Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere.
4. Que sea aprobada por el juez, conforme a lo dispuesto para el proceso no contencioso.
5. Que la minuta sea elevada a escritura pública.
6. Que sea inscrita en el registro respectivo.

En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.»

Fundamento.— Consideramos que el término apropiado es el indicado en el inciso 1 de este numeral, en la medida que las solicitudes se «presentan»; no se «formalizan».

Artículo 497.—

Artículo 498.—

Artículo 499.- «El patrimonio familiar se extingue:

1. Cuando todos los beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498.
2. Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.
3. Cuando, habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.
4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados.

Las mismas reglas son de aplicación en los casos de pérdida del inmueble cuando ella genera una indemnización.»

Fundamento.- Sustituimos la palabra «destrucción» por «pérdida», ya que en virtud de lo establecido por el artículo 1137 del Código Civil, la destrucción es simplemente uno de los eventuales supuestos de pérdida del bien.

Artículo 500.-**Artículo 501.-**

TITULO II

Instituciones supletorias de amparo

CAPITULO PRIMERO

Tutela

Artículo 502.-

Artículo 503.- «Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1. El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad.
2. El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.
3. Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.»

Fundamento.- El artículo 503 del Código Civil ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992).

La citada modificación constituye un absurdo, pues no hay norma alguna en el Código de los Niños y Adolescentes que la sustituya.

Por ello, restituimos la plena vigencia del artículo 503 del Código Civil de 1984.

Artículo 504.-

Artículo 505.- «Si fueren nombrados dos o más tutores en tes-

tamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será ejercida de manera conjunta, siendo la responsabilidad de los tutores indivisible y solidaria.»

Fundamento.— Consideramos que en el texto actual se comete un error, ya que el ejercicio de la tutela en el último de los casos señalados, no será mancomunado (expresión propia de las obligaciones con pluralidad de sujeto), sino conjunto.

Estimamos que sería necesario, tal como fluye de nuestra propuesta, establecer el carácter de la responsabilidad civil derivada de la inejecución de sus obligaciones, o del cumplimiento inexacto de las mismas. En este caso, al tratarse de una obligación con pluralidad de sujeto, le asignamos una responsabilidad indivisible y solidaria, por ser aquella que acarrea consecuencias más onerosas para los deudores incumplientes.

Artículo 506.—

Artículo 507.— «La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio si no la confirma el juez.»

Fundamento.— El expresado en reiteradas ocasiones, tendente a eliminar la calificación distintiva entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Artículo 508.—

Artículo 509.—

Artículo 510.—

Artículo 511.- «La tutela de los menores en situación irregular, moral o materialmente abandonados o en peligro moral, se rige además por las disposiciones pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes y de las leyes y reglamentos especiales.»

Fundamento.- La variación efectuada obedece a que el Código de Menores, vigente al momento de promulgación del Código Civil, en 1984, ha sido sustituido por el denominado Código de los Niños y Adolescentes.

Artículo 512.-

Artículo 513.-

Artículo 514.-

Artículo 515.-

Artículo 516.- «Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515.

Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Civil.»

Fundamento.- La modificación anotada se explica por sí sola.

Artículo 517.-

Artículo 518.-

Artículo 519.-

Artículo 520.— «Son requisitos previos al ejercicio de la tutela:

1. La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.
2. La constitución de garantía real o personal, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426.
3. El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.»

Fundamento.— En el inciso 2 de este numeral, establecemos que en términos generales se tratará de una garantía real (sin especificar a la hipoteca y a la prenda, en razón de que también podría tratarse de una anticresis) o personal.

Por lo demás, reemplazamos la expresión «fianza» por «garantía personal», en la medida que si bien la fianza es la garantía personal por excelencia, también podría prestarse garantía con un codeudor solidario y/o indivisible o, incluso, con un avalista, en caso que estemos en presencia de una garantía materializada en un título valor —situación que resulta teórica y prácticamente factible—.

Artículo 521.—

Artículo 522.—

Artículo 523.—

Artículo 524.—

Artículo 525.-

Artículo 526.- «El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona.

Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.»

Fundamento.- El artículo 526 del Código Civil de 1984 ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992).

El problema grave que generó esa modificatoria, es que el artículo bajo análisis no fue reemplazado o sustituido por norma alguna.

De ahí que resulte imperativo restituir de manera expresa su vigencia.

Artículo 527.-**Artículo 528.-****Artículo 529.-**

Artículo 530.- «El menor que ha cumplido catorce años, así como el que todavía no los haya cumplido pero tenga la suficiente capacidad de discernimiento, y cualquier interesado puede recurrir al juez contra los actos del tutor.»

Fundamento.— Si la ley otorga esta facultad incluso a cualquier interesado, no vemos por qué limitarla al menor que haya cumplido catorce años, en caso que, no habiéndolos cumplido, tenga la suficiente capacidad de discernimiento y él, por sí mismo, esté interesado en recurrir al juez contra los actos de su tutor.

Artículo 531.—

Artículo 532.— «El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para:

1. Practicar los actos indicados en el artículo 448.
2. Hacer gastos extraordinarios en los predios.
3. Pagar las deudas que el menor tenga respecto al propio tutor.
4. Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457.
5. Celebrar contrato de locación de servicios.
6. Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso.
7. Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.»

Fundamento.— Hemos procedido a modificar el inciso 3 del artículo bajo análisis, ya que resulta absurdo que el tutor deba pedir autorización judicial, previa audiencia del consejo de familia, para pagar las deudas del menor.

Si el menor —o cualquier persona— es sujeto pasivo de una relación obligacional (deudor), pues simple y llanamente debe

Por otra parte, modificamos el texto primigenio de la norma, rebajando la edad necesaria para que se deba escuchar al menor, de dieciséis a catorce años, pues la consideramos más razonable. Además, agregamos un segundo párrafo al artículo 530 del Código Civil, en el sentido que si el menor tuviera menos de catorce años y la suficiente capacidad de discernimiento, podrá solicitar ser oído por el juez, antes de que preste la referida autorización.

Artículo 534.-

Artículo 535.-

Artículo 536.- «Los actos practicados por el tutor sin la autorización judicial requerida por los artículos 531 y 532, no obligan al menor sino dentro de los límites que establece la ley.»

Fundamento.- La variante anotada obedece a que dentro de nuestra modificatoria al artículo 456 del Código Civil, se incluye la derogatoria del segundo párrafo de esa norma, pues –como manifestamos en esa oportunidad– el tema del pago efectuado o recibido por un menor, debe ser regulado únicamente por las reglas generales de pago del Código Civil, específicamente los artículos 1222, 1223, 1224, 1225, 1227 y demás que puedan resultar de aplicación.

De ahí el nuevo texto del numeral 536.

Artículo 537.-

Artículo 538.-

Artículo 539.-

Artículo 540.-

Artículo 541.-

Artículo 542.- «La rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años o, aún no teniéndolos, contara con la suficiente capacidad de discernimiento, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas.

La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.»

Fundamento.- Nuestra modificación a este artículo obedece a idénticas razones por las cuales en numerales precedentes hemos otorgado este derecho al menor que contara con la suficiente capacidad de discernimiento para tales actos, en resguardo de sus intereses.

Artículo 543.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Consideramos que el texto actual del artículo 543 del Código Civil es demasiado amplio, otorgando al juez la facultad discrecional de ampliar por períodos hasta de cinco años la rendición de cuentas por parte del tutor.

Si la primera rendición de cuentas se hubiera ajustado a ley, ello no garantiza que las siguientes sigan el mismo camino.

En tal sentido, creemos conveniente que ello siempre se haga con periodicidad anual.

Por otra parte, el artículo en vigencia menciona el tema de la «entidad» o importancia patrimonial del objeto de la administración.

Nada más ambiguo y discutible que el término empleado.

Creemos que manteniendo la obligación de rendir cuentas cada año, se mantendrán, igualmente, las cosas claras (en este caso, las cuentas) y se evitarán problemas futuros al menor.

Artículo 544.-

Artículo 545.-

Artículo 546.-

Artículo 547.-

Artículo 548.-

Artículo 549.- «La tutela se acaba:

1. Por la muerte del menor.
2. Cuando el menor deje de serlo.
3. Por cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46.
4. Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580.
5. Por ingresar el menor bajo la patria potestad.»

Fundamento.- Consideramos que la redacción de nuestro inciso 2 de este artículo es más adecuada, pues el texto en vigencia resulta algo contradictorio, al señalar que la tutela se acaba «por llegar el menor a los dieciocho años», en la medida -precisamente- que cuando tenga dieciocho años ya no será menor de edad. Pero admitimos que nuestra modificación resulta adjetiva y -por tanto- prescindible.

Artículo 550.-**Artículo 551.-****Artículo 552.-****Artículo 553.-****Artículo 554.-****Artículo 555.-****Artículo 556.-**

Artículo 557.- «El menor que ha cumplido la edad de catorce años o que tenga la suficiente capacidad de discernimiento puede pedir al juez la remoción de su tutor.»

Fundamento.- Este artículo ha sido modificado en forma genérica por la Segunda Disposición Final del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102, promulgado el día 28 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 29 de diciembre de 1992), habiendo sido sustituido por el numeral 109 de dicho cuerpo normativo.

Creemos que al no ser precisa dicha norma, debe concretarse su vigencia, promulgando de nuevo la norma original, con una ligera variación.

La modificación a que hacemos referencia se dirige a permitir que el menor pueda solicitar por sí mismo la remoción de su tutor, aun cuando no haya cumplido todavía los catorce años de edad, siempre que tenga la suficiente capacidad de discernimiento para tal efecto.

Artículo 558.-

Artículo 559.-

Artículo 560.-

Artículo 561.-

Artículo 562.-

Artículo 563.-

CAPITULO SEGUNDO

Curatela

Artículo 564.-

Artículo 565.-

Artículo 566.-

Artículo 567.-

Artículo 568.-

Artículo 569.- «La curatela de las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, corresponde:

1. Al cónyuge no separado judicialmente, o al concubino, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el quinto párrafo del artículo 326.
2. A los padres.
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo.

La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.

4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
5. A los hermanos de padre y madre, prefiriéndose al más idóneo.

La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.

6. A los hermanos sólo por parte de uno de los padres, prefiriéndose al más idóneo.

La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.»

Fundamento.— En primer término, incluimos al concubino, por las razones esgrimidas al analizar el artículo 326, pues de lo contrario sólo se le estarían otorgando derechos y no imponiendo deberes respecto de su conviviente.

También modificamos la preferencia entre quienes sean hermanos de padre y madre y quienes sólo lo sean por parte de uno de ellos (medio hermanos), pues resulta evidente que por regla general, habrá más afinidad y confianza entre los primeros que entre los segundos.

Es así que tendrán preferencia los hermanos de padre y madre.

Por otra parte, actualmente el inciso 5 del artículo bajo análisis no establece la manera cómo se va a decidir cuál de los hermanos ejercerá la curatela, al señalar, simplemente «los hermanos».

Artículo 570.-

Artículo 571.-

Artículo 572.-

Artículo 573.-

Artículo 574.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Pensamos que no deberían establecerse las excepciones que contempla este numeral, ya que creemos que en ambos casos podrían presentarse abusos respecto de los bienes propios del cónyuge o concubino.

Artículo 575.-

Artículo 576.-

Artículo 577.-

Artículo 578.-

Artículo 579.-

Artículo 580.-

Artículo 581.-

Artículo 582.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Pensamos que convendría derogar el numeral bajo análisis, en la medida que el tema halla solución en virtud de las normas generales de Acto Jurídico y Contratos.

Artículo 583.- «Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes, el Ministerio Público y cualquier persona interesada.»

Fundamento.- Consideramos que la interdicción debería poder ser solicitada por cualquier persona interesada, pues al fin de cuentas lo que al Derecho le interesa es que se constituya o verifique la causal de interdicción, sea quien fuere la persona que la invoca; y que, de existir esta causal, se declare interdicta a la persona materia de la misma.

Artículo 584.- «Puede ser declarado pródigo el que teniendo herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.»

Fundamento.- Hemos procedido a suprimir la mención al cónyuge, ya que resulta reiterativa, en la medida que todo cónyuge es un heredero forzoso, tal como lo dispone el artículo 724 del Código Civil de 1984.

Artículo 585.- «Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo herederos forzosos.

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.»

Fundamento.- El mismo en que basamos nuestra modificación al numeral 584.

Artículo 586.—

Artículo 587.— «Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.»

Fundamento.— El mismo en que basamos nuestra modificación del numeral 584.

Artículo 588.—

Artículo 589.—

Artículo 590.—

Artículo 591.—

Artículo 592.—

Artículo 593.—

Artículo 594.—

Artículo 595.—

Artículo 596.—

Artículo 597.—

Artículo 598.-

Artículo 599.-

Artículo 600.-

Artículo 601.-

Artículo 602.-

Artículo 603.-

Artículo 604.- «El curador instituido conforme a los artículos 599, incisos 1 y 2, y 600 está también sujeto a lo que prescribe el Código Procesal Civil.»

Fundamento.- La modificatoria anotada se explica por sí sola.

Artículo 605.-

Artículo 606.-

Artículo 607.- «El padre de un hijo nacido fuera del matrimonio puede nombrar curador en testamento o por escritura pública para que administre, con exclusión de la madre o del tutor nombrado por ella, los bienes que deje a sus hijos. Igual facultad tiene la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio.»

Fundamento.- Suprimir las distinciones legales al calificar a los hijos en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.

Artículo 608.-

Artículo 609.-

Artículo 610.-

Artículo 611.-

Artículo 612.-

Artículo 613.-

Artículo 614.-

Artículo 615.- «La curatela de los bienes cesa por la pérdida de éstos o por haber desaparecido los motivos que determinaron dicha curatela.»

Fundamento.- En primer término, variamos la palabra «extinción» por «pérdida», para adecuar la norma a lo dispuesto en el artículo 1137 del Código Civil.

En segundo lugar, mejoramos la redacción de la última parte del artículo.

Artículo 616.-

Artículo 617.-

Artículo 618.-

CAPITULO TERCERO

Consejo de familia

Artículo 619.-

Artículo 620.-

Artículo 621.- «El tutor testamentario o escriturario, los ascendientes llamados a la tutela legítima y los miembros natos del consejo, están obligados a poner en conocimiento del juez de familia o del juez de paz, en sus respectivos casos, el hecho que haga necesaria la formación del consejo, quedando responsables de la indemnización de daños y perjuicios si así no proceden.»

Fundamento.- Adecuamos la norma a la nomenclatura vigente en Derecho Procesal.

Artículo 622.- «El juez de familia o el de paz, en su caso, puede decretar la formación del consejo, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona.»

Fundamento.- La variación anotada se explica por ser ésta la denominación que actualmente reciben los antiguos jueces de menores.

Artículo 623.- «El consejo se compone de las personas que haya designado por testamento o en escritura pública el último de los padres que tuvo al hijo bajo su patria potestad o su curatela; y, en su defecto, por las personas designadas por el último de los abuelos o abuelas que hubiera tenido al menor o incapaz bajo su tutela o curatela.

A falta de las personas mencionadas, forman el consejo los abuelos y abuelas, tíos y tías, herma-

nos y hermanas del menor o del incapaz, siempre que estos últimos lo fueren de padre y madre.

Sólo integrarán el consejo los hermanos de padre o madre cuando no concorra ninguna de las personas mencionadas en el párrafo anterior.

Los hijos del mayor incapaz, que no sean sus curadores, son miembros natos del consejo que se forme para él.»

Fundamento.— La idea es que el consejo de familia esté compuesto por los parientes más cercanos del menor o del mayor incapaz, vale decir, aquellos que sientan más afecto por dicha persona.

En tal sentido, concordamos plenamente en que la mayoría de las personas que señala la ley cumplirán —por regla general— con este requisito.

Sin embargo, no creemos lo mismo respecto de quienes sean medio hermanos o medio hermanas del menor o incapaz, pues aquí la regla en materia de afecto se invierte, y lo que usualmente prima no es el cariño, sino el recelo y el rencor.

Por esta razón es que excluimos a las citadas personas de la integración del consejo de familia, a menos que nos encontremos en ausencia absoluta de los familiares más cercanos y no exista otra salida.

Artículo 624.— «Cuando los padres no tienen la administración de los bienes de sus hijos serán miembros natos del consejo que se conforme, salvo que se encuentren impedidos legalmente de ejercer la patria potestad.»

Fundamento.— Nos parece pertinente efectuar la adición anotada al artículo bajo análisis, por elementales razones de lógica y seguridad para el menor o incapaz.

Artículo 625.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El mismo que inspira nuestras modificaciones al artículo 623 del Código Civil.

Artículo 626.— «Si no hay en el lugar donde debe formarse el consejo, ni dentro de cincuenta kilómetros, cuatro miembros natos, el juez de familia o el de paz, según el caso, completará ese número llamando a los demás parientes consanguíneos, entre los cuales tiene preferencia el más próximo sobre el más remoto, y el de mayor edad cuando sean de igual grado.

También llamará a los sobrinos y primos hermanos, siguiendo la misma regla de preferencia, cuando no hay ningún miembro nato.

En defecto del número necesario de miembros del consejo, éste no se constituirá, y sus atribuciones las ejercerá el juez, oyendo a los miembros natos que hubiere.»

Fundamento.— El fundamento de esta reforma se explica ya por sí solo.

Artículo 627.— «No pueden ser obligadas a formar parte del consejo las personas que no residen dentro de los cincuenta kilómetros del lugar en que funciona; pero son miembros si aceptan el cargo, para lo cual debe citarlos el juez.»

Fundamento.— En relación al tema señalado por esta norma respecto a la citación de los miembros del consejo de familia que acepten, siempre que residan dentro de los límites de su jurisdicción, si éstos residieran fuera —y a pesar de ello hubieran aceptado formar parte del consejo—, fácilmente podría citárseles por exhorto.

De ahí la supresión de la parte final de la norma en vigencia.

Artículo 628.— «El consejo de familia para un hijo nacido fuera del matrimonio lo integran los parientes del padre o la madre, solamente cuando éstos lo hubieran reconocido.»

Fundamento.— El reiterado en ocasiones anteriores, en el sentido de suprimir la distinción de los hijos al calificarlos respecto de su origen.

Artículo 629.—

Artículo 630.— «No habrá consejo de familia para un hijo nacido fuera del matrimonio, cuando el padre o la madre lo hayan prohibido en su testamento o por escritura pública. En este caso, el juez de familia o el de paz, según corresponda, asumirá las funciones del consejo, oyendo a los miembros natos que hubiera.»

Fundamento.— Ambas modificaciones se explican por sí solas a esta altura de nuestro trabajo.

Artículo 631.—

Artículo 632.—

Artículo 633.—

Artículo 634.—

Artículo 635.—

Artículo 636.—

Artículo 637.-**Artículo 638.-**

Artículo 639.- «El juez de familia preside el consejo que se forma para supervigilar al tutor o, en su caso, a los padres. El juez de paz lo preside cuando se forma para incapaces mayores de edad.

El juez ejecuta los acuerdos del consejo.»

Fundamento.- Nuestra modificatoria se basa en las razones que hemos explicado oportunamente.

Artículo 640.- «El juez convocará al consejo a solicitud del tutor, del curador, del propio menor o incapaz, si tuviere la suficiente capacidad de discernimiento, o de cualquiera de sus miembros, y cada vez que, a su juicio, el interés del menor o del incapaz lo exija.»

Fundamento.- Creemos que el menor o incapaz con la capacidad de discernimiento suficiente, debería poder actuar por sí, solicitando la convocatoria a consejo de familia, si lo considerase conveniente.

Artículo 641.-

Artículo 642.- «Cada vez que algún miembro presente en el lugar deje de asistir a reunión del consejo sin causa legítima, el juez le impondrá una multa equivalente a no más del diez por ciento de una Unidad Impositiva Tributaria. Esta multa es inapelable y se aplicará en favor de los establecimientos de beneficencia.»

Fundamento.- Estimamos que el sueldo mínimo vital ha dejado

de ser un índice de referencia válido o eficaz para nuestros días, en función de que ha quedado desactualizado.

En cambio, el índice de uso más difundido es la Unidad Impositiva Tributaria, la misma que es reajustada anualmente por el Estado y que, incluso, ha sustituido al Sueldo Mínimo Vital en modificaciones que se han efectuado al Código Civil de 1984, como es el caso de la formalidad en la donación de bienes muebles (artículos 1623 y 1624).

Por lo demás, el monto del diez por ciento de una U.I.T., sería justo como multa por no ejercer las funciones propias del cargo, al dejar de asistir a una reunión del consejo de familia.

Artículo 643.-

Artículo 644.-

Artículo 645.-

Artículo 646.-

Artículo 647.- «Corresponde al consejo:

1. Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales conforme a este Código.
2. Admitir o no la excusa o la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre.
3. Declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que nombre, y removerlos a su juicio.
4. Provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y de los nombrados por el juez.

5. Decidir, en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no la hubieran fijado.
6. Aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejado al menor o, en su caso, al incapaz.
7. Autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez.
8. Determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz.
9. Indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta.
10. Ejercer las demás atribuciones que le conceden este Código y el Procesal Civil."

Fundamento.— La modificación efectuada se explica por sí sola.

Artículo 648.— «De las resoluciones del consejo presidido por el juez de paz pueden apelar al juez de familia:

1. Cualquiera de sus miembros que haya disentido de la mayoría al votarse el acuerdo.
2. El tutor o el curador.
3. Cualquier pariente del menor.
4. Cualquier otro interesado en la decisión.

El plazo para apelar es de cinco días, salvo lo dispuesto en el artículo 650.»

Fundamento.— Nuestra modificación obedece al cambio de nomenclatura de las normas procesales.

Artículo 649.— «De las resoluciones del consejo presidido por el juez de familia pueden apelar a la Sala de Familia de la Corte Superior, dentro del mismo plazo y con la misma salvedad, las personas indicadas en el artículo 648.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificación al numeral 648.

Artículo 650.— «Las resoluciones en que el consejo de familia declare la incapacidad de los tutores o curadores, acuerde su remoción o desestime sus excusas pueden ser impugnadas, ante el juez o la Sala de Familia de la Corte Superior, en su caso, en el plazo de quince días.»

Fundamento.— Adecuamos el artículo a las normas procesales vigentes.

Artículo 651.— «Los miembros del consejo son indivisible y solidariamente responsables de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, a no ser que hubiesen disentido del acuerdo que los causó.»

Fundamento.— Nuestra modificación se basa en que la responsabilidad indivisible y solidaria es más rigurosa para el deudor incumpliente que la divisible y solidaria (que sería el caso de la indemnización solidaria —por ley— consistente en dar una suma de dinero a título indemnizatorio).

Y creemos que en estos casos el temor a una sanción mayor tendría efectos disuasivos. Sin embargo, reconocemos que nuestra adición resulta prescindible.

Artículo 652.-

Artículo 653.- «Por falta, impedimento u omisión del juez de paz en todo lo relativo a las atribuciones que le corresponden respecto del consejo de familia, cualquiera de los parientes del menor, del mayor incapaz o del ausente, puede pedir al juez de familia que el mismo desempeñe esas funciones o que designe al juez de paz que deba hacerlo.

El juez, sin otro trámite que el informe del juez de paz, removerá de inmediato todo inconveniente y le impondrá a éste, según las circunstancias, una multa equivalente a no más del treinta por ciento de una Unidad Impositiva Tributaria.

La remoción de inconvenientes e imposición de multa corresponden a la Sala de Familia de la Corte Superior cuando se trate del juez de familia.

En ambos casos, la multa no exime de responsabilidad funcional al juez negligente.»

Fundamento.- Nuestra segunda modificación se basa en la necesidad de adoptar un índice de referencia más acorde con los tiempos, tal como hemos procedido en otros numerales, en tanto la primera y tercera tienen su fundamento en los cambios producidos en las leyes procesales.

Artículo 654.- «Corresponde también al juez de familia o, en su caso, a la Sala de Familia de la Corte Superior, dictar en situación de urgencia, las providencias que favorezcan a la persona o intereses de los menores, mayores incapaces o ausentes, cuando haya retardo en la formación del consejo u obstáculos que impidan su reunión o que entorpezcan sus deliberaciones.»

Fundamento.- El mismo del artículo 653, en lo que respecta a los cambios producidos en la legislación procesal.

Artículo 655.— «En las capitales de provincias donde no haya juez de paz letrado, los jueces de familia ejercerán las atribuciones tutelares a que este Código se refiere.»

Fundamento.— El mismo del artículo 654.

Artículo 656.— «De las resoluciones de los jueces de paz se puede apelar al juez de familia y de las de éste a la Sala de Familia de la Corte Superior.»

Fundamento.— El mismo del artículo 654.

Artículo 657.—

Artículo 658.—

Artículo 659.—

LIBRO IV

DERECHO DE SUCESIONES

SECCION PRIMERA

Sucesión en general

TITULO I

Trasmisión sucesoria

Artículo 660.— «Desde el momento de la muerte de una persona, su patrimonio, que constituye la herencia, se transmite a sus sucesores.»

Fundamento.— El patrimonio de una persona está compuesto por los bienes, derechos distintos a los bienes, créditos y deudas. En tal sentido, resulta imperfecto el texto del actual artículo 660, en tanto que menciona a los bienes, derechos y obligaciones, cuando lo propio hubiera sido mencionar bienes, derechos, créditos y deudas o, simplemente, la palabra patrimonio.

Creemos que con ello basta.

Artículo 661.— «El heredero responde de las deudas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes, derechos y créditos de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.»

Fundamento.— En primer lugar hemos suprimido la palabra «cargas», pues toda carga es una deuda de la herencia.

En segundo término, en lo que respecta a la responsabilidad del heredero, ella se extiende no sólo hasta donde alcancen los bienes de la herencia, sino también los derechos y los créditos en ella comprendidos; de allí que la responsabilidad debe alcanzar el límite de los bienes, derechos y créditos.

Artículo 662.- «El heredero que oculta con culpa inexcusable o dolo bienes, derechos o créditos hereditarios o simula deudas en perjuicio de los acreedores de la sucesión, pierde el derecho a que se refiera el artículo 661, asumiendo el exceso de las deudas de la herencia.»

Fundamento.- La modificación que antecede recoge lo fundamental de la propuesta planteada a la Comisión Reformadora del Código Civil por el Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁴⁷⁾.

(147) FERRERO COSTA, Augusto. Propuesta de Reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Presentada a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Lima, 2 de abril de 1997, Página 1.

El fundamento del artículo propuesto por el Doctor Ferrero es el siguiente:

«El Código Civil de 1984, si bien consagra como regla la responsabilidad **intra vires hereditatis** al expresar en su artículo 661 que 'el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcanzan los bienes de ésta', establece excepcionalmente la responsabilidad **ultra vires hereditatis** en los casos de ocultación dolosa de bienes hereditarios, simulación de deudas o disposición de bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión, a que se refiere el artículo 662. Como dice De Gásperi, éstos no sólo son delitos civiles, por su manifiesta ilicitud y la evidente intención de causar daño a los derechos de otro, sino que además pueden revestir los caracteres de delitos penales, sea como substracción o abuso de confianza.

Las situaciones a las que se refiere la norma convierten al heredero en forzoso desde el punto de vista del sucesor, en vista de que no puede sustraerse del proceso sucesoral. Barbero explica que es un caso de decadencia del derecho a renunciar así como de adquisición independiente de aceptación. Es más, de haber formulado el heredero la renuncia, ésta quedará sin efecto. Pero además de forzosa, la herencia resulta en este caso onerosa. Se trata de una '**damnosa hereditas**, donde el sucesor no adquiere nada, y donde es posible incluso que reciba un daño patrimonial', anota acertadamente Messineo.

Por su carácter ilimitado, la sanción de suceder **ultra vires hereditatis** constituye un castigo de insospechados efectos, razón por la cual opinamos que debe optarse por restringir sus consecuencias. Así, el Código Civil de Venezuela, reiterando el texto del artículo 1002 del Código Civil español, expresa en su artículo 1021 que los herederos que hayan sustraído u ocultado bienes pertenecientes a la herencia perderán el derecho de repudiarla y quedarán constituidos en herederos puros y simples. Para los herederos que sustraen bienes que pertenecen a una sucesión, el Código Civil de Chile tiene un castigo restringido que resulta interesante: se pierde la facultad de renunciar a la herencia y el sucesor permanece como heredero, pero no tiene parte alguna en los objetos sustraídos (artículo

A ello hemos agregado el supuesto ocultamiento con culpa inexcusable, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, las consecuencias del dolo y la culpa inexcusable son idénticas, recogiendo el conocido fundamento de los Mazeaud, en el sentido que «El malvado no se haga pasar por imbécil».

Además hemos incluido el ocultamiento doloso no sólo de bienes hereditarios sino también de derechos y créditos.

1231). Asimismo, el legatario que cometa estos actos, según el mismo artículo, pierde su derecho sobre dichos objetos, y si ya no tiene el dominio sobre ellos, deberá restituir el duplo. Además, ambos quedan, agrega el acotado, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan.

En la forma como está actualmente planteado en nuestro ordenamiento, ¿qué ocurre cuando unos herederos suceden **intra vires hereditatis** y otros **ultra vires hereditatis** por haber realizado estos actos? Un sentido de equidad nos impulsa a pensar que éstos debieran ser responsables por las obligaciones del causante únicamente en proporción a su participación en la herencia; no así por la totalidad. No obstante, la ley no dilucida el problema, y podría temerariamente interpretarse que el responsable **ultra vires hereditatis** debe obligarse por todas las deudas del causante. ¿Podemos imaginarnos un heredero a quien le corresponde el 10% de la herencia que se vea obligado a pagar el 100% de las obligaciones del causante? Evidentemente que no.

Las razones expuestas obligan a considerar la modificación que se propone. Además, se ha formulado la norma sólo para la ocultación de bienes y para la simulación de deudas, debiendo darse en ambos casos el perjuicio de los acreedores de la sucesión. Se ha eliminado la figura de la disposición de bienes, por estar ésta legislada en el artículo 1540 como venta parcial de lo ajeno, con su sanción correspondiente».

En ese punto, queremos precisar que, además de las opiniones formuladas por los Doctores Guillermo Lohmann Luca de Tena y Augusto Ferrero Costa, que citamos con frecuencia a lo largo del tratamiento del Libro de Derecho de Sucesiones, hemos tenido presentes las notas de clase del curso respectivo de nuestro maestro el Doctor César Fernández Arce, material que nos ha sido de muy valiosa utilidad.

Además, hemos recurrido a la consulta de su Ponencia de Derecho de Sucesiones en el Seminario que sobre la Reforma del Código Civil organizaron la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Revista *Thémis*, entre los días 19 y 22 de mayo de 1997; al igual que el trabajo titulado «Algunos apuntes sobre el Libro de Sucesiones del Código Civil de 1984 en relación con el Libro del Código Civil de 1936 y sus posibles modificaciones», de la destacada jurista, Doctora Verónica Zambrano Copello; y el Libro del Profesor Juan A. Olavarria Vivian, titulado «Cuestiones de Derecho Sucesorio en el Código Civil Peruano de 1984» (Editora ESCOLANI E.I.R.L., Lima, 1997).

Finalmente, no acogemos lo relativo a la asunción de las cargas de la herencia, ya que ellas también son deudas.

Por otra parte, resulta necesario precisar que el Doctor Guillermo Lohmann considera un fundamento distinto que el de Augusto Ferrero para la supresión de lo relativo a la disposición de bienes dejados por el causante.

Lohmann⁽¹⁴⁸⁾ señala que en lo que respecta a disposición de bienes, la norma presenta una redacción defectuosa y peligrosa, pues no toda disposición de bienes o derechos implica perjuicio para los acreedores. Así pues, si una obligación ya vencida y por lo tanto exigible es pagada por el(los) heredero(s), este acto no ha originado algún perjuicio; lo mismo sucede si concordamos esta hipótesis con el artículo 680, de modo que para administrar los bienes o conservarlos antes de la aceptación o renuncia, el heredero se viera obligado a incurrir en gastos con su propio peculio, lo que implicaría la aceptación y además la responsabilidad ilimitada.

En suma, la sanción sólo podrá aplicarse cuando el heredero procede a una enajenación indebida o le da a la contraprestación una finalidad que no sea la de pagar las deudas conocidas de su causante.

Artículo 663.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Además de ser una norma de carácter procesal, el tema ya se encuentra regulado por el artículo 19 del Código Procesal Civil de 1993, numeral que prescribe que «la materia sucesoria es competente al juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable.»

(148) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Páginas 116 a 121.

TÍTULO II

Petición de herencia

Artículo 664.— «La acción petitoria de herencia es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento.»

No se transmite a los herederos, salvo que el proceso ya haya sido iniciado.»

Fundamento.— Consideramos que no resulta adecuado definir, tal como lo hace el texto en vigencia del artículo 664, a la acción petitoria de herencia. Ello por dos razones: la primera, porque no existe una única definición al respecto, y en segundo lugar porque cualquiera que se asuma podría ser calificada como incompleta o equivocada, tal como se ha tildado al artículo bajo comentario por un sector importante de la doctrina nacional⁽¹⁴⁹⁾.

Consideramos que el artículo debería limitarse a subrayar el carácter imprescriptible de la misma y el procedimiento por el que se tramita.

No estimamos justo, a pesar de las razones de seguridad jurídica que se abonan en favor de esta posición, que el carácter de imprescriptible se limite a determinados supuestos. Siempre que haya alguien con derechos hereditarios, hayan sido éstos declarados o no, tendrá derecho a plantear la acción petitoria de herencia, sin más límite de tiempo que el de su propia vida. Esta acción puede ser continuada —mas no iniciada— por los herederos del titular (ello, por elementales razones de seguridad jurídica).

Artículo 665.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El artículo bajo análisis regula la acción reivindicatoria, pero como sabemos, este es un tema inherente a los Derechos Reales y no privativo del Derecho de Sucesiones, vale decir que se extiende a todo aquel propietario no poseedor que

(149) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Páginas 126 y siguientes y FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 3 a 6.

reivindique un bien de un poseedor no propietario, quien no tiene o tiene un menor derecho de aquél para poseer dicho bien. Por lo demás la acción reivindicatoria ya se encuentra contemplada dentro de los atributos del derecho de propiedad, establecidos en el artículo 923 del Código.

Asimismo, el contenido y prescripciones del texto vigente del artículo 665 resultan bastante defectuosos.

Artículo 666.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Al constituir el artículo 666 correlato del numeral 665, debe seguir la misma suerte de aquél, por sus mismos fundamentos.

TITULO III Indignidad

Artículo 667.— «Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.
2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.
3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.
4. Los que hubieran empleado dolo, intimidación o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo; o

para que revoque total o parcialmente el otorgado, o viceversa.

5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.»

Fundamento.— Hemos agregado a la intimidación como uno de los elementos susceptibles de ser empleados por el indigno, en miras a los objetivos previstos en el inciso 4 del artículo 667.

Asimismo hemos adicionado en la parte final del referido inciso las palabras «o viceversa», para contemplar el supuesto inverso, vale decir para que el causante no revoque total o parcialmente el testamento ya otorgado.

Artículo 668.— «La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe a los tres años contados desde el momento en que el indigno tomó posesión del bien o de los bienes materia del patrimonio hereditario o del legado.»

Fundamento.— En primer lugar, hemos ampliado el plazo prescriptorio establecido en el texto del artículo 668, variándolo de uno a tres años, por estimar que el vigente es muy reducido, sobre todo teniendo en consideración lo prescrito en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 667, preceptos que requieren, para surtir efectos, de una sentencia judicial condenatoria.

Por otra parte, hemos corregido la redacción de la parte final del artículo bajo análisis, pues resulta impropia la expresión «posesión de la herencia o del legado», ya que la herencia es un concepto jurídico no susceptible de apropiación humana. Por eso es que nos referimos a la posesión del bien o de los bienes materia del patrimonio hereditario o del legado.

Artículo 669.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— En primer lugar, el artículo 669 vigente es reiterativo (en cuanto a la posibilidad de desheredar) con lo dispuesto en el artículo 747 del propio Código.

En segundo término consideramos innecesario que la ley haga mención de la posibilidad de perdonar al indigno, pues es obvio que quien puede lo más, puede lo menos. Así, si por testamento resulta posible declarar indigna a una persona, no existe razón alguna que impida al testador perdonar esa causal de indignidad.

Por último, el artículo 669 vigente incurre en un error, advertido por el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁵⁰⁾, ya que se refiere a que el causante es quien puede desheredar o perdonar al indigno. Esta es una contradicción evidente, pues si se trata de un causante es porque la persona ya murió, y si esto fuere así, no podría ni desheredar ni perdonar.

Artículo 670.— «La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que hubieran correspondido al indigno pasan a quienes deban recibirlos. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad ni a la administración de los que reciban sus descendientes incapaces mayores de edad.»

Fundamento.— Compartimos plenamente los fundamentos esgrimidos por el Doctor Augusto Ferrero en la propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil⁽¹⁵¹⁾.

Ferrero señala lo siguiente:

«El Código declara en su artículo 670 que la indignidad es personal, principio que reitera el título de representación al reconocer ésta cuando hay indignidad. Agrega que los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación; in-

(150) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Páginas 182 y siguientes.

(151) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 7 y 8.

dicando, además, que el indigno no tendrá derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad. Igualmente, el artículo 436, inciso 3, exceptúa del usufructo legal a la herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados. Y es que estos bienes forman parte del peculio adventicio extraordinario, compuesto por aquellos bienes del hijo sobre los cuales el padre carece del derecho de usufructo. Este principio aparece expresado en el artículo 465 del Código italiano y en la Ley 17.711 de Argentina, extendiéndose como lo hizo nuestro Código al caso del heredero desheredado. Su bondad estriba en impedir que los padres reciban indirectamente bienes de los cuales la ley ha querido privarlos, como nos hacen ver Garrido y Andorno. El Código hace referencia a los descendientes menores de edad en relación al usufructo y a la administración de los bienes, debiendo remitirse también a los descendientes incapaces mayores de edad respecto a la administración.

Asimismo, discrepamos con la redacción de la primera parte del artículo 670 citado, que creemos es necesario aclarar: Es cierto que la indignidad es personal. Pero no siempre los derechos sucesorios del indigno deben pasar a sus descendientes. Interpretando literalmente el artículo del Código, si el heredero indigno es un primo hermano, heredero del último orden, terminarían heredando sus hijos que, conforme al Código, no son herederos.»

Artículo 671.— «El indigno o quien de mala fe llegara a adquirir de aquél algún bien, está obligado a devolverlo a la masa hereditaria con los frutos que hubiera generado o podido generar, y de no ser esto posible deberá restituir su valor y, en todo caso, indemnizar los daños y perjuicios causados.»

Fundamento.— Tal como expresa el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁵²⁾, la premisa del texto vigente del artículo 671 es que el indigno ya se encuentre en posesión de los bienes materia de

(152) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Página 198.

herencia o legado, pero dicha premisa no necesariamente se presentará, pues nada impide que se produzca la declaración de indignidad, a pesar de que el sucesor todavía no haya accedido a posesión alguna.

En virtud de lo anotado por el citado profesor, puede decirse que la segunda parte del artículo 671 adolece de una deficiente redacción, pues luego de referirse a la enajenación (lo que necesariamente implica la existencia de un adquirente), remite al numeral 666, precepto referido al poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario, hipótesis en la que no se requiere de adquisición.

En virtud de estas consideraciones es que variamos la redacción del artículo 671 del Código Civil.

TITULO IV **Aceptación y renuncia de la herencia**

Artículo 672.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El texto vigente del artículo 672 del Código Civil es defectuoso, por varias razones.

En primer lugar, porque resulta inútil que se señale que la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado, en la medida que también se puede aceptar la herencia de manera tácita.

En segundo término, porque los actos de posesión a que se refiere este numeral no deberían recaer sobre la herencia sino, en todo caso, sobre los bienes materia de la misma.

En tercer lugar, estimamos que si la norma contempla la posibilidad de aceptación expresa o tácita, ella carece de sentido, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del artículo 141 del propio Código:

«La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad

se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.»

De ahí que suprimimos esta norma.

Artículo 673.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Estimamos inconveniente que se establezca una presunción de aceptación que, en buena cuenta, regiría en defecto de aceptación expresa o tácita.

Esto equivaldría a dar un sentido determinado (en este caso de aceptación) al silencio, el mismo que se estaría considerando –por el numeral 673– con valor de aceptación.

Estimamos que no debe presumirse nada (ni aceptación ni renuncia), ya que no existen razones que lleven a la ley a proceder en tal sentido.

Por otra parte, en la medida que se establece en el artículo 664 del Código Civil que la acción petitoria de herencia es imprescriptible, el numeral 673 debería abstenerse de señalar cualquier plazo al respecto.

Por lo demás, resulta absurda la afirmación final de la norma, en el sentido que estos plazos no se interrumpen por ninguna causa, cuando es bien sabido que ello no es así, como ocurre cuando existe inventario en trámite.

Artículo 674.– «Se puede aceptar o renunciar a herencias y legados sin afectar los límites establecidos por los artículos 725, 726 y 727.»

Fundamento.– En primer término, nos referimos al tema de la aceptación, que ha sido omitido en el texto actual del artículo bajo análisis, cuando resulta natural que si se puede renunciar, se pueda aceptar una herencia o un legado.

En segundo término, dado que la aceptación o renuncia (sobre todo en este último caso) podría no conllevar, por lo general, ventajas al patrimonio del aceptante o renunciante, pensamos que el tema debe tener directa relación con el rubro de la legítima hereditaria, regulado en los artículos 725, 726 y 727 del Código. En este aspecto discrepamos de la opinión del Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁵³⁾, en el sentido que es un error pensar que el concepto de esta norma está ligado al de la legítima y la porción disponible.

Nosotros creemos que sí guardan íntima relación con ese tema, razón por la cual resulta necesario aclarar que no es que sólo podría renunciar a la herencia quien no tenga herederos forzosos, sino que la aceptación o renuncia de herencia o legado se rige por los límites establecidos en las normas relativas a la legítima hereditaria.

Por otra parte, estimamos innecesario regular el tema de la aceptación o renuncia de herencia y legados por parte de los incapaces, pues resulta obvio que ellos, actuando por sí mismos no podrían proceder en tal sentido sino que dichos actos deberían efectuarlos sus representantes legales, y —lo que es evidente— dentro de los porcentajes o cuotas de libre disposición permitidos por la norma de legítima hereditaria.

Finalmente, nuestro artículo 674 guarda íntima relación con lo prescrito en nuestro artículo 1629, último párrafo, precepto que extiende el concepto de inoficiocidad de las donaciones a todos los actos de liberalidad celebrados **inter vivos**, dentro de los cuales resulta claro que podrían encontrarse la aceptación y la renuncia de herencia o legado.

Artículo 675.— «La renuncia debe ser hecha por escritura pública o por acta otorgada ante el juez que conoce del proceso sucesorio, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada.»

Fundamento.— En primer término, hemos variado la terminología referida a que la renuncia debe ser hecha en escritura públi-

(153) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 10 y 11.

ca o en acta otorgada ante el juez. Hemos sustituido la palabra «en» por el término «por», ya que esta última expresión resulta más adecuada a la naturaleza de una declaración de voluntad.

En segundo lugar, hemos procedido a sustituir la expresión «juez al que corresponda conocer de la sucesión» por «juez que conoce del proceso sucesorio». Esta modificación obedece a que no se trata de una eventualidad de que un determinado juez conozca de un proceso sucesorio. Simplemente estaremos en el supuesto en el que dicho juez ya conoce del referido proceso sucesorio. Por una simple cuestión de redacción nos referimos al conocimiento del proceso sucesorio y no al conocimiento de la sucesión.

Artículo 676.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Estimamos conveniente la derogatoria del artículo bajo análisis, ya que en lo que respecta a los derechos que asisten a los acreedores del renunciante de una herencia o legado, el tema se encuentra regulado por los numerales 195 a 200, relativos al fraude del acto jurídico.

Además, podría tratarse no de un caso de fraude que daría lugar a la acción revocatoria o pauliana, sino de un supuesto que encuadre dentro del tema comprendido en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, relativo a la acción subrogatoria u oblicua, precepto que establece que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a las personas o cuando lo prohíba la ley; norma que agrega que el acreedor para el ejercicio de estos derechos no necesita recabar previamente autorización judicial pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Por lo demás, el plazo establecido por el texto vigente del artículo 676, resulta muy breve (tres meses desde la fecha en que los acreedores tomen conocimiento de la renuncia).

Derogando la norma, si se tratase de un caso de acción revocatoria o pauliana, regiría el plazo de dos años contados a partir del momento de la renuncia, de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001, en tanto que si se tratase de la

acción subrogatoria u oblicua, al ser ésta una acción personal, prescribiría en un plazo de diez años, de acuerdo a lo establecido por el inciso 1 del citado artículo 2001.

Por lo demás, consideramos inadecuada la redacción del segundo y tercer párrafos del artículo 676, compartiendo en este sentido las expresiones del Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁵⁴⁾, cuando señala que los dos últimos párrafos del artículo 676 merecen ser criticados. Se dispone que la resolución que declare fundada la demanda determinará, según la naturaleza de los bienes, que éstos se pongan en administración judicial o se vendan en pública subasta. La naturaleza de los bienes nada tiene que ver con la forma de solucionar el perjuicio del acreedor, pues sólo le interesa cobrar su acreencia o afectar bienes para que garanticen el pago de su crédito.

Es inconveniente, por otro lado, disponer la administración judicial de los bienes cuando pueden ser administrados por un albacea o por quien haga sus veces.

Sobre la aplicación del remanente, la norma no debió referirse al destino del mismo a favor de los herederos. Siguiendo a Lohmann, la renuncia de un heredero beneficia a sus representantes, si los tuviera, los que heredan junto con otros herederos forzosos del causante. Entonces, en este caso, no les corresponde ningún remanente sino lo que le hubiera correspondido al renunciante como heredero. Si el renunciante hubiera sido legatario y el legado sea –en conjunto– de varias personas, la renuncia no beneficiará a ningún heredero sino a los legatarios. Lo mismo sucederá cuando el legatario renunciante tenga un sustituto designado al amparo del artículo 740 del Código Civil.

Así, la tramitación de la renuncia es de carácter estrictamente procesal, por lo que resulta impropio considerarla dentro de este ordenamiento sustantivo.

Artículo 677.– «La aceptación y la renuncia de la herencia o del legado no pueden ser parciales, ni estar sujetas a

(154) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Páginas 259 y siguientes.

modalidad alguna. De contravenirse esta disposición se entenderá que la aceptación o la renuncia son totales o simples. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.»

Fundamento.— En primer término, hemos regulado también el tema de una eventual aceptación o renuncia de legado.

En segundo término, hemos empleado, tal como lo sugiere el Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁵⁵⁾, la expresión «ni estar sujetos a modalidad alguna», ya que el texto actual del numeral bajo comentario solamente se refiere a dos de las tres modalidades susceptibles de comprender un acto jurídico (la condición y el plazo), obviando al cargo.

Finalmente, procedemos a aclarar las consecuencias que acarrearía el contravenir lo dispuesto por el numeral bajo comentario, pues no queda claro si la nulidad se refiere solamente al carácter de parcial o modal, teniéndose por válido el acto en su conjunto o si, por el contrario, todo el acto (la aceptación o la renuncia) será nulo. Como es obvio, hemos optado por la primera de las interpretaciones anotadas, en razón del principio de conservación de la validez y eficacia de los actos jurídicos, criterio adoptado reiteradamente por el Código Civil de 1984.

Artículo 678.— «Es nula la aceptación o la renuncia de una herencia o legado futuros.»

Fundamento.— De acuerdo a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil, es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

Como es sabido, a través de esta norma se sanciona con nulidad a los pactos sucesorios, ya se trate del pacto de institución de heredero o legatario, del pacto de disposición de herencia futura o del pacto de aceptación o renuncia de herencia futura.

(155) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Página 11.

Pero como es obvio, los pactos sucesorios no son otra cosa que contratos sucesorios, es decir actos plurilaterales (por lo general serán bilaterales).

Pero cabe la posibilidad de que se produzca una aceptación o renuncia de herencia futura que no revista el carácter de pacto sucesorio, en la medida que fuera un acto unilateral.

En tal sentido, resulta conveniente mantener lo esencial del artículo 678, pero ampliando su ámbito de aplicación al caso de los legados, pues ellos no están comprendidos en el texto actual. Por lo demás, la nueva redacción obedece a un intento nuestro de guardar concordancia con la redacción del aludido artículo 1405.

Artículo 679.— «El derecho de aceptar o renunciar la herencia o legado se transmite a los herederos.»

Fundamento.— En primer término, hemos contemplado la posibilidad que la aceptación o renuncia de un legado se transmita a los eventuales herederos de dicho legatario, caso no regulado actualmente.

En segundo lugar, hemos suprimido la referencia al plazo del artículo 673, dada nuestra derogatoria de este artículo, y en razón de los fundamentos que la amparan.

Artículo 680.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Nuestra derogatoria del artículo 680 se basa en los mismos fundamentos por los cuales derogamos el numeral 673 del Código Civil.

TITULO V Representación

Artículo 681.— «Por la representación sucesoria los descendientes son llamados a suceder en el mismo grado que le hubiera correspondido a su ascendiente, si

éste viviese. Lo propio ocurre si su ascendiente hubiera renunciado a la herencia o si hubiera sido excluido por indignidad o desheredación.»

Fundamento.— El fundamento de nuestra modificación a la primera parte del artículo 681 se basa en las consideraciones formuladas por el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁵⁶⁾, cuando sostiene que el artículo en análisis ensaya una definición «operativa» de la representación sucesoria que resulta imprecisa. Es imprecisa —refiere Lohmann— porque aunque alude a los descendientes, no se limita a los descendientes directos del causante visto que el numeral 683 también reconoce representación en la línea colateral en algunos casos.

Además, el precepto establece que los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente a recibir la herencia. No se puede decir, o mejor dicho no es del todo exacto decir que los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, pues no es un acto de voluntad de estos últimos tomar la posición jurídica de su ascendiente. La ley le atribuye automáticamente la vocación sucesoria respectiva; quieran o no, son colocados en la situación sucesoria de su directo antecesor y sólo en tal posición, tienen la potestad de aceptar o renunciar la herencia.

Debe quedar claro que por la representación no se recibe la herencia, sino que una persona queda situada en la posición jurídica que otra ha dejado vacante, sea por premoriencia, renuncia, desheredación o indignidad.

De otro lado, hemos procedido a modificar la segunda parte del artículo bajo análisis, inspirados en la sugerencia del Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁵⁷⁾, cuando propone la sustitución del vocablo «perdido» por «excluido», pues tanto en caso del indigno como del desheredado se considera que esa persona nunca tuvo el derecho sucesoral.

(156) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Páginas 283 y siguientes.

(157) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 14 y 15.

Artículo 682.— «La representación es ilimitada en la línea de los descendientes, dándose inclusive cuando hay una sola estirpe.»

Fundamento.— Coincidimos cabalmente con la idea del Doctor Augusto Ferrero en el sentido que debe plantearse que existe representación incluso cuando hay una sola estirpe, pues la omisión de esta declaración significa —como debe interpretarse en el actual texto— que cuando existe una sola estirpe no hay representación y la sucesión es por derecho propio⁽¹⁵⁸⁾.

(158) En abono de esta propuesta, el Doctor Ferrero (FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 15 a 17) señala lo siguiente:

«Hemos creído que debe haber representación cuando se da una sola estirpe, pues de no reconocerse ella, ocurren las siguientes situaciones:

1. La sucesión es por derecho propio y los nietos de una rama excluyen a los bisnietos de otra, por el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más remotos.
2. Se da el derecho de acrecer entre todos los herederos del mismo grado de parentesco, y no entre los herederos de la misma rama.
3. Se limita la capacidad de libre disposición del causante.

Analizando las dos soluciones, Borda se inclina porque prevalezca la idea de la representación de existir una sola estirpe, por mostrarse más fecunda, aun en la hipótesis de que se trate de un solo nieto o de varios nietos hijos de un mismo padre. Califica la solución contraria como injustísima, expresando que se priva al causante de disponer libremente de su cuota de libre disposición, y se despoja al donatario o legatario, 'por un artificio lógico-jurídico, de bienes cuya propiedad le correspondía, no solamente en justicia, sino también por aplicación de los principios normales que rigen la sucesión de los bienes'. De igual manera, interpretando el Derecho argentino, Zannoni expresa que no se puede arribar a la misma conclusión que en Francia, procediendo la representación 'en todos los casos, aun cuando los descendientes que actualizan su llamamiento por premuerte del titular de la vocación directa pertenezcan a una única estirpe'. Maffia es de la misma opinión, manifestando que un examen superficial del tema podría llevar a la afirmación contraria; y, Fornieles, igualmente, expresa que es la solución más justa.

En este mismo sentido, el artículo 469 del Código Civil italiano dispone que también hay representación cuando hay unidad de estirpe, al igual que el Código portugués (artículo 2045).

Interpretando el Derecho español, Vattier opina que a pesar del silencio del Código debe haber representación cuando hay una sola estirpe, porque el artículo 925 indica que la representación tiene lugar en la línea recta 'siempre'. Igual opinión expresa Albaladejo, señalando que sucederá 'no en atención a que por su relación con el causante le toca el turno después de aquél, sino en atención a que, por su relación con éste se le quiere para el puesto que él no ocupó».

Resulta interesante apreciar que el sistema que niega la representación

Artículo 683.— «En la línea colateral, los descendientes de los hermanos tienen derecho de entrar en su lugar y grado a recibir la herencia que a éstos correspondería si viviesen, o la que hubieran renunciado o sido excluidos por indignidad. Esta representación operará hasta los parientes del cuarto grado de consanguinidad.»

Fundamento.— Esta modificación y su fundamento no nos pertenecen. Corresponden al Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁵⁹⁾. En adelante su razonamiento al respecto:

«Pensamos que la representación en la línea colateral debería estar imbuida de la misma característica de la representación en la línea descendente, que es infinita. Claro está que en esta línea el parentesco es ilimitado, lo que no ocurre en la línea colateral en que está limitado al cuarto grado. Precisamente, en esta situación están los sobrinos nietos, a quienes debería extenderseles el derecho de representación.

Sería más conveniente abandonar el sistema español (que limita la representación en la línea colateral al caso de los hijos de hermanos del causante cuando concurren con sus tíos), para afiliarse a la fórmula que rige en Francia, Italia, Argentina y Chile (en que el derecho de representación se extiende a los hijos de los hermanos y sobrinos del causante).

Como nos dice Somarriva para destacar la extensión de la representación en la vía colateral, 'la importancia estriba en que como consecuencia de esto, los sobrinos, sobrinos-nietos, etc., excluyen a todos los otros colaterales aunque sean de grado más cercano'.

En realidad, los sobrinos nietos, que son parientes del cuarto grado, excluirían así a los tíos, que son del tercero.

en una sola estirpe, como el francés, tiene opiniones respetuosas por la tesis opuesta, como la de Planiol y Ripert.

En la idea de que la representación debe operar siempre, trátase de varias estirpes o de una sola, se propone el enunciado correspondiente.»

(159) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 17 y 18.

Y así como los sobrinos, que son del tercer grado, excluyen a los tíos que son del mismo grado, excluirían a los tíos abuelos, que son del mismo grado. Así, el cuarto orden sucesorio sería siempre para los parientes colaterales del segundo grado (hermanos) y sus descendientes de tercer grado (sobrinos) y cuarto grado (sobrinos nietos); el quinto orden, para los parientes colaterales del tercer grado (tíos); y el sexto orden, para los parientes del cuarto grado (tíos abuelos y primos hermanos).

Por otro lado, se propone que no se exija la concurrencia de un hermano, corrigiendo a la vez el error del actual artículo que se refiere a los hijos de los hermanos premuertos, extendiéndose claramente a los descendientes de los hermanos renunciantes e indignos.»

Artículo 684.-

Artículo 685.-

SECCION SEGUNDA **Sucesión testamentaria**

TITULO I **Disposiciones generales**

Artículo 686.- «Por el testamento una persona puede disponer de su patrimonio, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento aunque el acto se limite a ellas.

Ninguna disposición testamentaria surtirá efectos antes de la muerte del testador.»

Fundamento.— En primer término, variamos la expresión «sus bienes», pues la materia de la sucesión no versará sólo sobre bienes sino sobre el íntegro del patrimonio del causante, el mismo que eventualmente podría estar compuesto, además de bienes por créditos, deudas y otros derechos distintos a los créditos y a los bienes.

En segundo término, se elimina, tal como sugiere el Doctor Lohmann⁽¹⁶⁰⁾, la palabra «propia», ya que resulta evidente que el testador (futuro causante) sólo puede ordenar su propia sucesión, pues no podrá disponer u ordenar sobre sucesión ajena (ya que resultaría jurídicamente imposible), razón por la cual sobra la palabra «propia».

Finalmente, hemos procedido a agregar un tercer párrafo al artículo bajo análisis, que disponga que las cláusulas del testamento sólo podrán surtir efecto a la muerte del testador. Hemos hecho esta aclaración ya que ella es congruente con la naturaleza del testamento, de ser un acto de última voluntad del testador. En tal sentido, cualquier disposición o cláusula testamentaria, tenga o no contenido patrimonial, nunca podrá hacerse valer en vida del testador, pues cabe la posibilidad de que antes de morir revoque las referidas disposiciones del testamento anterior.

Se discute en teoría y práctica esta situación, sobre todo referida a dos casos muy concretos. El primero de ellos relativo al reconocimiento de una obligación por parte del testador, en un testamento que llega «por alguna circunstancia» a manos de su acreedor.

En lo personal, pienso que dicho acreedor no podría hacer valer el referido reconocimiento en vida del testador o, incluso después de muerto este último, en caso haya otorgado posterior testamento en el cual revoque expresamente ese reconocimiento de deuda, revocación que sí constituiría la última voluntad del causante y que puede obedecer a las más diversas circunstancias, dentro de las cuales podrían encontrarse el haber descubierto que ya pagó la deuda o haber llegado a la convicción de que no debía, sólo por citar dos eventualidades.

(160) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Página 64.

El segundo caso que se cita a menudo, es el relativo al reconocimiento de un hijo a través de un testamento, acto que revestiría –según algunos abogados– validez, incluso en vida del testador, tanto como el reconocimiento de una deuda.

Somos opuestos a esta manera de pensar, dada la naturaleza del testamento como acto de última voluntad.

Artículo 687.– «Son incapaces de otorgar testamento:

1. Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
2. Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3 y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.»

Fundamento.– Compartimos lo señalado por Lohmann⁽¹⁶¹⁾ cuando sostiene que el inciso tercero de este numeral es superfluo, pues el legislador pretende no dejar cabos sueltos en lo que toca a falta de idoneidad, de manera que los supuestos no comprendidos en otros incisos queden incursos en esta especie de cajón de sastre.

Es superfluo también, pues la carencia de lucidez mental, está cubierta por las demás previsiones generales que de alguna o de otra manera aluden a un raciocinio imperfecto. Si esa no fue la intención del legislador, sino la de prever otros casos que entorpecieran la sana formación de decisiones, estamos en presencia de los vicios de voluntad, que merecen un tratamiento más profundo.

Resulta también superfluo respecto de la carencia de libertad. La falta de libertad que perturba la formación volitiva, distorsionándola o forzándola, nada tiene que ver con el concepto de incapacidad; por el contrario, está cubierta por la violencia e intimidación, reguladas en el artículo 809, no teniendo caso repetirla aquí.

(161) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 111 y 112.

Por todo lo antes establecido, no hemos incluido el inciso tercero del texto original del artículo 687.

Artículo 688.— «Son nulas las disposiciones testamentarias de orden patrimonial, en favor del notario o cónsul ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.»

Fundamento.— De acuerdo con Lohmann⁽¹⁶²⁾, el dispositivo sólo ha querido contemplar los casos de las disposiciones, es decir estipulaciones, órdenes, instrucciones, cláusulas, por las cuales el testador establezca un beneficio económico en favor de tales personas. Las disposiciones de pura liberalidad patrimonial son a las que se refiere el texto de la ley, pudiendo contemplarse algunas, tales como nombramiento de tutor o de albacea y otras de tal especie.

Siguiendo el mismo pensamiento, aunque el precepto se refiera solamente a notarios que son quienes específicamente han recibido dicho título y encargo, debe incluirse a los cónsules, pues de acuerdo al artículo 721 del propio Código, éstos cumplen las funciones de notario público.

Es obvio que la norma sólo se refiere al caso de otorgamiento de testamento por escritura pública, desde que dice «... ante el cual se otorga testamento». Hacemos esta observación porque la prohibición de designar en favor del notario y de los testigos testamentarios, excluye la forma cerrada.

Artículo 689.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— En primer término, consideramos que lo prescrito por el artículo 689, en cuanto a que las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos se aplican a las disposiciones testamentarias, resulta una afirmación incompleta, al

(162) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 114 y siguientes.

referirse sólo a las disposiciones sobre modalidades, cuando, en principio, al ser el testamento un acto jurídico, no tendrían por qué dejar de ser de aplicación al mismo (en tanto no se opongan a normas de carácter especial de materia testamentaria) la generalidad de disposiciones sobre actos jurídicos.

Por otro lado, resulta reiterativo lo dispuesto en la segunda parte del artículo bajo análisis, en el sentido de que se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a normas imperativas de la ley, pues ello ya se encuentra contemplado tanto en el Título Preliminar del Código Civil como en las Disposiciones Generales del Libro de Acto Jurídico.

Artículo 690.-

TÍTULO II **Formalidades de los testamentos**

CAPÍTULO PRIMERO **Disposiciones comunes**

Artículo 691.- «Los testamentos ordinarios son: el otorgado por escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el de los navegantes.»

Fundamento.- En primer término modificamos la palabra «en» por la expresión «por», ya que la consideramos de mayor propiedad para referirse a los testamentos otorgados a través de escritura pública.

En segundo lugar, hemos variado la expresión «testamento marítimo» por «testamento de los navegantes», debido a dos razones, recogidas de una Ponencia de la Doctora Verónica Zambrano Copello:

La primera, que la expresión «marítimo» circunscribe el

otorgamiento de estos testamentos a quienes navegan en mares, excluyendo a quienes lo hacen en embarcaciones que surcan ríos o lagos; la segunda, estriba en que en nuestros días resulta tanto o más frecuente la aeronavegación que la navegación por vía acuática, no estando previsto o regulado este tipo de testamento en la ley civil peruana.

Por lo demás, estimamos resulta adecuada la denominación «testamento de los navegantes», pues comprende tanto a aquellos que lo hacen por vía acuática, como a quienes lo hacen por vía aérea, no debiendo distinguir ninguno de estos supuestos pues no habría razón para ello.

Pero a pesar de lo señalado, resultaría casi improbable recurrir a un testamento aéreo, por las razones que anotamos —más adelante— al abordar el tema.

Artículo 692.—

Artículo 693.—

Artículo 694.— «Los mudos, sordomudos, ciegosordos y ciegosordos que puedan expresar indubitadamente su voluntad y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, sólo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo.»

Fundamento.— En primer término, hemos procedido a agregar dentro de la relación del artículo 694 a los ciegosordos y ciegosordos, acogiendo el planteamiento que al respecto formula el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁶³⁾, quien señala que sólo por escrito pueden estos incapacitados dar a conocer su voluntad, porque públicamente no lo pueden hacer. Es así que, aunque la norma vigente resulta adecuada, cabe ampliar aún más su alcance, pues la misma no contempla los casos de ciegosordos y

(163) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Páginas 264 a 266.

ciegomudos a quienes perfectamente son aplicables las consideraciones formuladas, razón por la cual hacemos nuestro el citado planteamiento.

Por otra parte, hemos preferido (aunque por una interpretación sistemática ello pudiera no resultar necesario) precisar que estas personas deben poder expresar de manera indubitable su voluntad, ya que -caso contrario- el acto sería nulo.

Artículo 695.— «Las formalidades de todo testamento son que se otorgue por escrito, que consten la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697.»

Fundamento.— Hemos procedido a suprimir la segunda parte del artículo 695, que prescribe que las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a las de otra, ya que ello no siempre será cierto, teniendo como contraejemplo más notorio, la posibilidad contemplada en el artículo 763 del Código Civil, en el sentido que si el juez comprueba que la cubierta de un testamento cerrado está deteriorada de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

CAPITULO SEGUNDO

Testamento por escritura pública(*)

(*) Hemos procedido a efectuar un ligero cambio en el nombre de este Capítulo.

Fundamento.— La sustitución de la palabra «en» por la expresión «por» obedece a las razones expresadas al comentar nuestra modificación al artículo 691, analizado oportunamente.

Artículo 696.— «Las formalidades esenciales del testamento otorgado por escritura pública son:

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el

principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles, salvo lo dispuesto en el artículo 698.

2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad.
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.»

Fundamento.— En primer lugar, modificamos la expresión «en escritura pública» por la frase «por escritura pública».

De otro lado, en consideración a que las formalidades impuestas en el artículo 696 para el testamento otorgado por escritura pública son de carácter esencial, ello va contra la excepción establecida en el numeral 698, precepto que señala que si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede

hacerlo, los testigos y el notario; agregando que para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los mismos testigos, si pueden ser habidos, u otros en caso distinto.

Esta excepción justifica la salvedad que efectuamos en el texto del inciso 1 del artículo 696, bajo comentario.

Artículo 697.-

Artículo 698.-

CAPITULO TERCERO **Testamento cerrado**

Artículo 699.- «Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1. Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el documento sin rotura o alteración de la cubierta.
2. Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene un documento donde consta su voluntad testamentaria. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
3. Que el notario extienda en la cubierta del documento un acta en que conste su otorgamien-

to por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.

4. Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.»

Fundamento.— Las modificaciones efectuadas a este numeral se basan en los argumentos esgrimidos por el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁶⁴⁾, cuando sostiene que se confunde al testamento con el documento que lo contiene. El testamento cerrado sólo es tal desde que se cumplen las formalidades; mientras tanto es un documento del que el testador dice contener sus disposiciones de última voluntad. Pero tales disposiciones en nada valen —salvo que tengan las características de ser ológrafas— como testamento cerrado, hasta que la totalidad de las exigencias legales haya sido satisfecha. Por lo tanto, en el inciso 1 se alude erradamente a «testamento», debiendo ser «documento». Lo mismo ocurre con los incisos 2 y 3.

No obstante lo señalado, debemos decir que esta modificación resultaría accesoria y hasta prescindible.

Artículo 700.—

Artículo 701.—

Artículo 702.— «Presentado el testamento cerrado, el juez, con citación de las personas indicadas en el artículo 701, procederá de conformidad con el Código Procesal Civil.»

(164) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 309 y siguientes.

Fundamento.— La modificación anotada obedece a que —como sabemos— el cuerpo legal adjetivo vigente desde el 28 de julio de 1993 ya no es el Código de Procedimientos Civiles sino el Código Procesal Civil.

Artículo 703.—

CAPITULO CUARTO

Impedimentos del notario y de los testigos testamentarios

Artículo 704.— «El notario que sea ascendiente, descendiente, o pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o sea su cónyuge, está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado.»

Fundamento.— A nuestro entender el artículo 704 del Código Civil, en su texto vigente, adolece de dos graves omisiones: la primera, el haberse referido a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, mas no haber mencionado a los ascendientes y descendientes quienes también son parientes del testador y en grado más cercano.

Por otra parte, recogemos la sugerencia efectuada por el Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁶⁵⁾, en el sentido de que la norma bajo análisis ha omitido la mención del cónyuge, quien no es pariente, pero por razones obvias debería haber sido incluido en los impedimentos del artículo 704.

Al respecto, Ferrero recuerda lo siguiente:

«En su Tratado de Derecho de Sucesiones, Lanatta advirtió que el vínculo matrimonial, que no constituye parentesco, es también causal obvia de impedimento; y que, por lo tan-

(165) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 19 y 20.

to, debió ser mencionado como tal. No obstante, en su Anteproyecto omitió expresarlo, adoleciendo el nuevo Código del mismo defecto que el anterior al no señalar esta causa como impedimento. Pensamos que al no haberlo hecho, el cónyuge del notario podrá otorgar testamento ante él, pues los impedimentos no se presumen. Como anota el mismo Lanatta, éstos deben ser expresamente señalados por la ley. Además, la hermenéutica jurídica aconseja que las leyes que establecen excepciones o restringen derechos deben interpretarse de manera restringida.

En consecuencia, la reforma debe señalar expresamente este impedimento.»

Artículo 705.— «Están impedidos de ser testigos testamentarios:

1. Los que son incapaces de otorgar testamento.
2. Los sordos, los ciegos y los mudos.
3. Los analfabetos.
4. Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.
5. El cónyuge del testador y los que tienen con este último los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior.
6. Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria.
7. El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios.
8. Los cónyuges en un mismo testamento.»

Fundamento.— La modificación efectuada al inciso 5 del artículo

bajo análisis tiene su fundamento en el hecho de que al no ser el cónyuge pariente del testador podría interpretarse equivocadamente que se encuentra excluido, pues las personas que tienen con el testador vínculos de relación familiar son únicamente los ascendientes, descendientes y hermanos, que son los parientes mencionados en el inciso 4 del artículo 705 del Código Civil.

Artículo 706.-

CAPITULO QUINTO **Testamento ológrafo**

Artículo 707.- «Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador, además de que sea protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de cinco años contados desde la muerte del testador.»

Fundamento.- Nuestra propuesta de modificación al numeral bajo análisis, se basa en el razonamiento del Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁶⁶⁾.

El citado profesor expresa que la regla de este artículo supedita la eficacia del testamento ológrafo, a su comprobación y protocolización, lo que no es correcto. La inobservancia de este requisito no es sancionada con nulidad, entonces dichas formalidades sólo cumplen una función probatoria. No cabe duda que el legislador se equivocó, o tal vez su intención fue otra; pudiéndose concluir en que si el artículo 811 sanciona con nulidad al testamento que infrinja lo dispuesto en el artículo 707, la validez del testamento ológrafo depende de la comprobación y protocolización del mismo -eso debió haber sido lo lógico-.

En lo que se refiere al plazo, el mismo resulta estrecho,

(166) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 663.

como lo ejemplifica Lohmann: «el depositario de documentos del difunto no tiene por qué saber que entre ellos, o en un sobre sin referencia, figura un testamento. Es también estrecho si el testador ha sido declarado muerto por presunción legal, lo que equivale a decir que se necesitará por lo menos dos años desde la desaparición y fecha de la probable muerte (artículos 63 y 65 del Código Civil) para declarar efectivamente muerta a una persona. Lo saludable debió haber sido establecer un plazo de tres años para compatibilizar el plazo determinado por los artículos señalados.»

Artículo 708.-

Artículo 709.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- A pesar de no haber sido derogado expresamente, este artículo ha sido abrogado por los numerales 817 a 825 del Código Procesal Civil de 1993⁽¹⁶⁷⁾.

(167) Los referidos numerales tienen el siguiente texto:

Artículo 817.- «Se tramita conforme a lo dispuesto en este Subcapítulo la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su ulterior protocolización notarial.

Está legitimado para solicitar la comprobación:

1. Quien tenga en su poder el testamento;
2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal;
3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y,
4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.»

Artículo 818.- «Además de lo dispuesto por el artículo 751 en cuanto sea aplicable, a la solicitud se anexará:

1. La copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador, y certificación registral de no figurar inscrito otro testamento;
2. Copia certificada, tratándose del testamento cerrado, del acta notarial extendida cuando fue otorgado o, en defecto de ésta, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia;
3. El documento que contenga el testamento ológrafo o el sobre que presuntamente lo contenga; y,
4. Constancia registral de la inscripción del testamento conforme al artículo 825, en los casos de testamento militar, marítimo o aéreo que hubieran sido entregados al Juez por la autoridad respectiva.

En virtud de estas consideraciones resulta consecuencia natural derogar expresamente el artículo bajo análisis, para evitar cualquier duda respecto de su vigencia.

Artículo 710.— «Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del español, el juez nombrará un traductor oficial. Además, si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario del juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado.

En todos los casos previstos anteriormente se indicará el nombre, domicilio de los herederos o legatarios.»

Artículo 819.— «Cuando se trate de testamento cerrado y siempre que conste la inscripción de otro testamento, el Juez ordenará al notario que lo presente al Juzgado, con el acta respectiva, en su caso, dentro de cinco días de notificado.

Cuando el testamento fuera cerrado o el ológrafo presentado estuviera contenido en sobre cerrado, el Juez procederá a su apertura en presencia del notario o del solicitante, según corresponda, pondrá su firma entera y el sello del Juzgado en cada una de las páginas y certificará el estado del sobre o cubierta, que se agregarán al expediente, de todo lo cual se extenderá acta en la que, si es el caso, se dejará constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.

Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano (sic), se procederá conforme lo establece el artículo 710 del Código Civil.»

Artículo 820.— «Si después de efectuada la constatación a que se refiere el artículo 819, el Juez advierte que existen sucesores designados por el testador no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de la misma para que dentro del tercer día indique al Juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento.

Si el domicilio se ignora o el solicitante no lo indica en el plazo indicado, el Juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique por tres veces, con intervalos de tres días, en la forma prevista en el artículo 168.»

Artículo 821.— «Tratándose de testamento cerrado, sólo se admite como medio probatorio el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. En defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, son admisibles como medios probatorios solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.

Tratándose del testamento ológrafo sólo son admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia. De no poder actuarse estos

Esta disposición es aplicable también en la comprobación del testamento cerrado.»

Fundamento.— A pesar de que en la práctica se puede confundir al idioma Español con el Castellano, ello no significa que sean sinónimos.

El Español es en realidad nuestro idioma, compartido no sólo con España —su país de origen— sino con el resto de pueblos iberoamericanos.

Artículo 711.— «Comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente.

Protocolizado el testamento, el notario deberá cursar los partes correspondientes al registro de testamentos para su inscripción.»

Fundamento.— La propuesta anotada se inspira en las ideas del Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁶⁸⁾.

medios, es admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. Los testigos no serán menos de tres ni más de cinco, mayores de treinta años, vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento y sin relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.»

Artículo 822.— «Las contradicciones que conciernan a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes.»

Artículo 823.— «Si el Juez considera auténtico el testamento y cumplidos los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del Juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, observando, cuando corresponda, lo dispuesto en el artículo 703 del Código Civil.

La resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.»

Artículo 824.— «Si la solicitud de comprobación de testamento fuera rechazada en forma definitiva, puede ser nuevamente intentada en un proceso de conocimiento dentro de un plazo no mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final.»

Artículo 825.— «El Juez que reciba de la autoridad correspondiente un testamento militar, marítimo o aéreo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.»

(168) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 381 y siguientes.

CAPITULO SEXTO

Testamento militar

Artículo 712.– «Pueden otorgar testamento militar los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas; y los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas.

Los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo tienen el mismo derecho, conforme a las Convenciones Internacionales.»

Fundamento.– Al momento en que se promulgó y entró en vigencia el Código Civil de 1984, el texto constitucional de 1979, así como las normas legales respectivas contemplaban la existencia de tres Fuerzas Policiales: la Guardia Civil, la Guardia Republicana y la Policía de Investigaciones del Perú.

Durante el régimen aprista (1985 – 1990) y, previa modificación de su nomenclatura, las antiguas Fuerzas Policiales pasaron a constituir la denominada Policía Nacional.

Esta unificación, que pasó por modificar la Constitución Política de 1979, se ha mantenido en la Constitución de 1993, hoy vigente. De ahí la necesidad de modificar –en ese extremo– el contenido del artículo 712.

Artículo 713.– «El testamento militar puede ser otorgado ante un oficial, o ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial, o ante el médico o el capellán que lo asistan, si el testador está herido o enfermo, y en presencia de dos testigos.

Son formalidades de este testamento la forma escrita, la fecha de otorgamiento, el nombre del testador y su firma; además el nombre de la per-

sona ante la cual es otorgado, de los testigos y que sea firmado por todos ellos.»

Fundamento.— Consideramos que el segundo párrafo del artículo 713 podría ser mejorado en su redacción, además de establecer como requisito de validez del testamento militar, el que sea otorgado consignando los nombres tanto del testador, de la persona ante quien se otorga, así como de los dos testigos que dan fe del acto, ya que en la actualidad sólo resulta obligatorio que se consigne la firma de todas las personas mencionadas, mas no así sus nombres, omisión que resulta peligrosa.

Artículo 714.— «El testamento militar se hará llegar, a la brevedad posible y por conducto regular, al respectivo Cuartel General, donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual ha sido otorgado. Luego será remitido al Ministerio al que corresponda, que lo enviará al juez civil de la capital de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio. Tratándose de un prisionero de guerra extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores será quien remita el testamento a las autoridades pertinentes de su país de origen.

Si en las prendas de algunas de las personas a que se refiere el artículo 712 y que hubiera muerto, se hallara un testamento ológrafo, se le dará el mismo trámite.»

Fundamento.— Todos los casos contemplados en el artículo 713 no pueden tener el mismo tratamiento. Lo que queremos decir es que debido a tales circunstancias lo más inteligente debió haber sido legislar teniendo en consideración cada situación en particular. En efecto, tratándose de prisioneros de guerra, si éstos fueran extranjeros, carece de sentido remitir el documento a un Ministerio y luego al juez del domicilio del prisionero; frente a esto, como señala Lohmann⁽¹⁶⁹⁾, la entrega debe hacerse al Mi-

(169) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 396.

nisterio de Relaciones Exteriores para que a través de él sea remitido a las autoridades pertinentes del país de origen del prisionero.

Artículo 715.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— A pesar de que el testamento militar se otorga dentro de particulares circunstancias, las mismas que hacen temer al otorgante un fundado temor de morir en cualquier momento, si desea proceder a otorgarlo y así lo hace, no vemos razón alguna para que cesada la situación de peligro, empiece a correr un plazo de caducidad, expiración, invalidez, ineficacia o cualquier otra consecuencia que conduzca a que dicho testamento quede sin efecto.

Por el contrario, si el militar o el policía deja de estar en campaña y llega a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias y no lo hace, entendemos que ello significará que desea mantener como acto de última voluntad lo expresado en el testamento militar.

Resulta obvio que si alguna, algunas o todas las estipulaciones de dicho testamento ya no correspondieran a la actual voluntad del testador, dicha persona procedería a modificarla(s) o a derogarla(s) lo antes posible.

Por lo demás, resultará innecesaria la norma del último párrafo del artículo 715, que establece que si el otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador. Ello, no sólo por ser contrario al principio que combatimos sino porque si se tratara de un testamento militar otorgado bajo las leyes peruanas, las formalidades del mismo nunca podrían hacerlo valer como ológrafo, pues deberá ser firmado, además del testador, por el jefe militar (o por el médico) y por dos testigos.

Tal situación únicamente sería susceptible de presentarse en caso que el testamento militar haya sido otorgado en país extranjero donde las formalidades impuestas por su ordenamiento legal, permitan que dicho testamento valga como ológrafo, de acuerdo a la ley peruana.

CAPITULO SEPTIMO

Testamento de los navegantes(*)

(*) Se cambia el nombre de este Capítulo.

Fundamento.— La variación en la nomenclatura de «testamento marítimo» a «testamento de los navegantes» obedece a las razones expuestas en nuestra modificatoria del artículo 691.

Artículo 716.— «Pueden otorgar testamento, durante la navegación acuática, los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano.

El mismo derecho tienen durante la navegación, los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica, en cuanto fuera pertinente, a la navegación aérea.»

Fundamento.— Tal como pueden presentarse casos de testamentos otorgados por navegantes en embarcaciones acuáticas, lo propio podría ocurrir entre quienes realizan travesías aéreas.

Entiendo que las razones fundamentales que pueden llevar a una persona a otorgar testamento en una embarcación acuática, pueden girar desde el propio y natural interés en hacerlo (tal y como si estuviese en tierra firme) hasta el fundado temor de que la embarcación zozobre durante la travesía.

Esas mismas razones podrían presentarse en un viaje aéreo, pero a pesar de ser teóricamente posible asimilar al mismo las reglas del testamento de los navegantes acuáticos, ello —en la práctica— resultaría casi imposible de presentarse, dada la rapidez y escasez de tiempo que imponen a los tripulantes de un avión o helicóptero sus recargadas labores, y, sobre todo, ante la casi nula posibilidad de acción que se da frente a una emer-

gencia aérea, en la que –demás está decirlo– se requeriría (en el mejor de los casos) que todos los oficiales y la tripulación en pleno se dediquen a remontar dicha situación de emergencia y ninguno de ellos pueda distraer valiosos segundos (menos minutos) de su tiempo para asistir a un pasajero o a un compañero de trabajo a otorgar testamento en esta modalidad.

En un viaje en avión o helicóptero, lo normal será que la persona interesada en otorgar testamento, lo haga en forma ológrafa, vale decir, de su puño y letra, más allá del papel en el que lo escriba (el mismo que –lo más probable– será una servilleta de papel, si se trata de un vuelo comercial).

De ahí que incluir el tema del testamento relativo a la navegación aérea sea un complemento teóricamente válido, pero –en realidad– innecesario.

Artículo 717.– «El testamento de los navegantes será otorgado ante quien tenga el mando de la nave o aeronave o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. El testamento del comandante de la nave o aeronave de guerra o del capitán de la embarcación mercante será otorgado ante quien le siga en el mando.

Son formalidades de este testamento que conste por escrito, que consigne los nombres y firmas del otorgante, de la persona ante la cual es otorgado y de los testigos.

Se extenderá, además, un duplicado con idénticas formalidades que el original.

El testamento será anotado en el diario de bitácora, de ser esto posible, de lo cual se dejará constancia en ambos ejemplares con el visto bueno de quien ejerce el mando de la nave, y se conservará con los documentos de éste.»

Fundamento.– Aparte de ampliar el ámbito de este tipo de testamentos a la navegación aérea, hemos efectuado determinadas precisiones en cuanto a nomenclatura. Así, se ha cambiado la

palabra «barco» por el término «nave», ya que podríamos estar en presencia de una embarcación que –por su pequeña envergadura– no pueda llegar a ser calificada como «barco».

Finalmente, en lo que respecta al diario de bitácora, la anotación del hecho del otorgamiento de testamento en el mismo, sólo será posible en determinados casos, evidentemente cuando exista dicho diario y/o cuando el tiempo y circunstancias lo permitan.

Artículo 718.– «Si antes de regresar al Perú la nave o aeronave arriba a un puerto o aeropuerto extranjero donde hubiera agente consular, el comandante o capitán de la nave o aeronave le entregará, bajo cargo, uno de los ejemplares del testamento. El referido agente lo remitirá al Ministerio de Defensa, si el testamento hubiese sido otorgado en una nave o aeronave de guerra, a la Dirección General de Capitanías, si fue otorgado en una nave mercante, o a la Dirección General de Transporte Aéreo, si fue otorgado en una aeronave comercial, para los fines a que se refiere el artículo 719.»

Fundamento.– En primer lugar, como puede apreciar el lector, hemos incluido en este artículo a las aeronaves y a los aeropuertos.

Por otra parte, la referencia –vigente– al Ministerio de Marina, debe entenderse hecha al Ministerio de Defensa, al haberse unificado desde hace años los antiguos Ministerios de Guerra, Marina y Aviación en el de Defensa.

De otro lado, si se trata de una aeronave comercial, la dependencia pertinente para que se entregue el testamento será la Dirección General de Transporte Aéreo del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Finalmente, creemos útil recordar lo anotado en este sentido por el Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁷⁰⁾:

(170) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 20 y 21.

«Nuestro ordenamiento ha previsto el testamento aéreo en la Ley 24882, de Aeronáutica Civil, cuyo artículo 55 otorga al comandante de la aeronave funciones notariales, disponiendo su obligación de inscribir en el libro correspondiente los testamentos **in extremis** y responsabilizándolo de remitir oportunamente copia autenticada del registro llevado a cabo a la autoridad competente del Estado de matrícula de la aeronave. El Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo 054-88-TC, reitera simplemente en su artículo 102, que el comandante deberá registrar el acto en el registro de a bordo.

Finalmente, el nuevo Código Procesal Civil señala en su artículo 817 que este testamento, al igual que el cerrado, ológrafo, militar o marítimo, debe ser protocolizado notarialmente. Pensamos que este enunciado se contradice con las funciones notariales que le otorga la Ley de Aeronáutica Civil al comandante de la aeronave, pues éstas, precisamente, implican que ejerce las atribuciones del notario.

En ese caso, sus potestades son las mismas que las del cónsul cuando el testamento es otorgado en el extranjero. Es decir, podrá otorgarse ante él tanto el testamento en escritura pública como el cerrado, debiendo cumplirse en cada caso con los requisitos y formalidades exigidos en el Código Civil.»

Artículo 719.— «Al retorno de la nave o aeronave al Perú los dos ejemplares o el ejemplar restante en el caso del artículo 718, serán entregados al Ministerio de Defensa, si la nave o aeronave es de guerra; o a la Capitanía del Puerto de destino para su remisión a la Dirección General de Capitanías, si la nave es mercante, o a la Dirección General de Transporte Aéreo, si se trata de una aeronave de tal naturaleza. Cualquiera que fuere el supuesto, la autoridad respectiva enviará un ejemplar al juez civil de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio y archivará el otro. Si el testador fuere extranjero y no estuviera domiciliado en el Perú, un

ejemplar será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores.

En caso de muerte del testador durante el viaje, se agregará a cada ejemplar una copia certificada del acta que acredite la defunción. En igual caso, si se encuentra entre las prendas del difunto un testamento ológrafo, éste será guardado con los papeles de la nave o aeronave, agregándosele copia certificada del acta que acredite la defunción y se le dará el mismo curso indicado en el párrafo anterior.»

Fundamento.— Hemos procedido a adecuar el ámbito de aplicación del artículo 719 a lo dispuesto por nuestro artículo 718.

Por lo demás, se ha variado la referencia al «juez de primera instancia» por «juez civil», dada la normatividad procesal vigente.

Artículo 720.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Los fundamentos que inspiran la derogatoria del artículo 720 son los mismos en que se basa nuestra derogatoria del artículo 715 del Código Civil.

CAPITULO OCTAVO

Testamentos otorgados en el extranjero

Artículo 721.—

Artículo 722.—

TITULO III

La legítima y la porción disponible

Artículo 723.— «La legítima constituye la parte del patrimonio hereditario de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.»

Fundamento.— Creemos que la legítima es la parte del patrimonio hereditario sobre la que no cabe disponer si se tienen herederos forzosos.

Es evidente que ella se refiere al patrimonio hereditario, entendido como el resultado de cuantificar los bienes, derechos, créditos y deudas que deja el causante al momento de su muerte.

No resulta necesario establecer —en el plano legislativo— la manera o forma como se calcula la legítima, pero ella se obtendrá —evidentemente— luego de efectuar la referida operación.

Artículo 724.—

Artículo 725.— «El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de su patrimonio hereditario.»

Fundamento.— Con la modificación anotada buscamos efectuar una necesaria precisión en la terminología empleada por este artículo, además de concordar la redacción de la norma con nuestro numeral 723.

Artículo 726.— «El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de su patrimonio hereditario.»

Fundamento.— El mismo que sustenta nuestra modificación del artículo 725.

Artículo 727.— «El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de su patrimonio hereditario.»

Fundamento.— El mismo que sustenta nuestra modificación del artículo 725.

Artículo 728.—

Artículo 729.— «Las disposiciones de la sucesión intestada rigen la participación, concurrencia o exclusión de los herederos forzosos.»

Fundamento.— Esta propuesta no nos corresponde. Pertenece al Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁷¹⁾, pero la hacemos nuestra por considerarla acertada, ya que —como explica el citado profesor— es necesario no confundir los conceptos, como actualmente lo hace el artículo 729.

El Doctor Ferrero señala además lo siguiente:

«Como decía Troplong, la legítima es de Derecho natural y la cuota hereditaria de Derecho civil. La legítima de cada heredero necesario nada tiene que ver con la cuota que le corresponde en la sucesión **abintestato**. Para comenzar, la cuota en ésta se calcula sobre la totalidad del patrimonio del causante, mientras la legítima es sólo la parte intangible de ésta; o sea, la que no es de libre disposición. En segundo lugar, la legítima no varía según sean uno o varios los herederos forzosos de la misma clase. Pensamos que el error de identificar la legítima con una cuota de la herencia viene del Código anterior, cuando el artículo 704 señalaba que la legítima del cónyuge era una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal. Por las razones explicadas, ello no es así. En la Exposición de Motivos, Lanatta explica que la norma proyectada tenía por objeto cubrir un vacío, determinando que las disposiciones sobre

(171) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 23 a 25.

la legítima tienen como complementarias o supletorias a las contenidas en la sucesión intestada. Señala que otros Códigos tienen una solución análoga. Ello es cierto, pero sólo en cuanto a la fórmula remisiva, no mencionándose en otros ordenamientos la equivalencia entre la legítima y la cuota del heredero legal. Así, el artículo 3592 del Código argentino declara que «tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado»; y el artículo 1183 del Código chileno prescribe que «los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada». Por ello, pensamos que la primera parte del artículo 729 es equivocada y no tiene sentido. No así la segunda, que está de acuerdo con las legislaciones citadas y otras, y que persigue que los legitimarios resuelvan su participación, concurrencia y exclusión, de acuerdo a las normas de la sucesión intestada. En *Luces y Sombras del Código Civil*, Max Arias-Schreiber Pezet ha expresado que está de acuerdo con nuestra crítica, señalando que deberá ser tenida en cuenta al momento en que se modifique el Código Civil o se dicte uno nuevo.»

Artículo 730.- ⁽¹⁷²⁾.

(172) Tentación académica vencida:

Confesamos que desde siempre hemos compartido el parecer expresado por el Doctor Guillermo Lohmann (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 509 y siguientes), cuando afirma que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales fenece, entre una de sus causas, por muerte de uno de los cónyuges. Si esto es así, a cada uno de ellos corresponde la mitad del valor que resulta de la liquidación. Esa porción es la que pasa a formar parte de la masa hereditaria junto con los bienes propios de cada cual. Entonces, cuando el causante estuvo casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, deberán hacerse dos liquidaciones separadas; por una parte la de la sociedad de gananciales y por otra la sucesoria. Se ve, así, que la parte que le corresponde al cónyuge supérstite no entra a tallar en el fenómeno sucesorio que se produce a la muerte de su cónyuge.

Lo que equivale a decir que el propósito de esta norma es simplemente aclarativo, pudiendo haberse prescindido de ella.

Sin embargo, nosotros no proponemos derogar este numeral, pues cumple una finalidad aclaratoria ante la reiterada confusión que la mayoría de personas -incluyendo a algunos abogados- tienen sobre el tema.

Artículo 731.— «Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros sucesores y sus derechos por concepto de gananciales, si los tuviere, y de legítima no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, podrá ejercer el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa, aun cuando esté judicialmente separado, siempre que sea por hecho imputable al causante. Este derecho recae sobre todo el bien y no afecta la participación en la propiedad del mismo de los sucesores, quienes estarán sujetos a dicho derecho real.»

Fundamento.— El texto de nuestro artículo 731 se sustenta, fundamentalmente, en el pensamiento del Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁷³⁾, salvo en lo que respecta a fijar límites al valor del inmueble, para que sea efectivo ese derecho.

En tal sentido, hacemos nuestras las consideraciones esgrimidas por el citado profesor:

«El artículo 731 del Código no ha tenido una redacción feliz ni clara, habiéndose apartado del texto original sugerido por Lanatta. Holgado Valer ha llegado a sostener que el cónyuge que solicita la posesión de la casa que le sirvió de hogar conyugal pierde su legítima hereditaria, lo cual no es correcto. En efecto, debe entenderse que el cónyuge no pierde sus gananciales, ni tampoco su cuota hereditaria. Resulta así copropietario con los herederos con los que concurre, por la parte de sus gananciales y de su cuota. La circunstancia que plantea la norma está referida al caso de que los derechos mencionados que le corresponden al cónyuge no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal. El Anteproyecto Lanatta (artículo 73) expresaba que producida dicha situación, el cónyuge tendría sobre la referida casa el derecho real de habitación, en forma vitalicia y gratuita, texto que fue reproducido en los proyectos de las Comisiones Redactora y Revisora (artículos 779 y 731, respectiva-

(173) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 25 a 30.

mente). Sin embargo, el Código emplea la expresión podrá optar, creando la confusión, pues no expresa claramente si se trata de un derecho independiente como fue formulado en su origen, es decir, copulativo a los gananciales y a la herencia, o de un derecho alternativo, como deja entrever el vocablo optar, que significa escoger entre dos o más posibilidades. Creemos que la utilización de esta voz es un error del legislador, que se advierte por los antecedentes y por la segunda parte del artículo. Si fuera opción de acuerdo a ese concepto, el cónyuge perdería sus gananciales y su cuota hereditaria, lo cual contradiría lo dispuesto en el artículo 730 y el ordenamiento en general. En todo caso, la correcta interpretación del término optar podría ser en el sentido de que el cónyuge puede elegir (optar) entre ejercer el derecho o no ejercerlo. Pero de acuerdo a ello, todos los derechos son optativos. Por lo expuesto, insistimos en que la norma induce innecesariamente a confusión, no debiéndose haber apartado el legislador de la clara orientación de Lanatta.

Asimismo, el artículo 731 debió referirse a la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, y no mencionar sólo a los herederos. En efecto, de concurrir con legatarios, el derecho de habitación subsistirá igual. Debió seguir la redacción argentina, que se refiere a 'otras personas con vocación hereditaria o como legatarios', o la italiana, que habla de la concurrencia 'con otros llamados'. No obstante la omisión de los legatarios en nuestro artículo, pensamos que obviamente se aplica el instituto cuando el cónyuge concorra con ellos; inclusive, con mayor razón. Más aun, cuando el mismo dispositivo señala que 'la diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición', que es sobre la cual se pagan los legados.»

Artículo 732.— «Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización de todos los herederos, y, de no contar con ella, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos

inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731.

Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, inicia una unión de hecho o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.»

Fundamento.— La primera modificación anotada, en el sentido que no se requiere de autorización judicial si el cónyuge heredero supérstite cuenta con la autorización de todos los demás herederos, corresponde a una propuesta del Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁷⁴⁾, cuando sostiene que resulta excesiva la exigencia de tener que conseguir autorización judicial para arrendar el inmueble que sirve de habitación al cónyuge supérstite. Sostiene que el requisito se justifica si es que los demás herederos no están de acuerdo, lo que implicaría iniciar un proceso contencioso porque existiría una controversia.

Nuestra segunda modificación está dirigida a cambiar la terminología de «concubinato» por «unión de hecho», para que el artículo bajo análisis concuerde con el numeral 326 del propio Código, en el que se trata acerca de las «uniones de hecho», que no siempre consistirán en concubinatos propiamente dichos, pues dentro de la diversidad cultural de nuestro país, dicha unión de hecho puede revestir una modalidad diferente.

Esta sugerencia la hemos tomado del Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁷⁵⁾.

(174) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 532 y siguientes.

(175) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Página 30.

Artículo 733.— «El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le concede el artículo 731, ni renunciar el cónyuge a éste antes del fallecimiento del causante.»

Fundamento.— En primer término, debemos decir que se ha adoptado una solución que recoge —mayoritariamente— lo sugerido por el Doctor Augusto Ferrero, a la vez que una atingencia formulada por el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁷⁶⁾.

El Doctor Ferrero sostiene lo siguiente:

«El artículo 733 agrega que sobre la legítima el testador no puede imponer gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. La modalidad está referida a la condición, el plazo y el cargo, que son las modalidades del acto jurídico. La negación de la sustitución significa que el testador está impedido a imponer otro heredero como sustituto, sobre esa parte. En cuanto al gravamen, no nos parece que el legislador ha utilizado el término apropiado, pues si el testador puede disponer a título oneroso de todos sus bienes, igualmente puede gravarlos. Esta terminología viene del Código derogado (artículo 705), el cual la tomó del Código español (artículo 813), y probablemente se refiere al cargo, pero al ser éste una modalidad del acto jurídico, se incurre en redundancia por estar ya mencionada ella. El Código de 1852 era más preciso cuando en su artículo 713 expresaba que el testador no tenía facultad de imponer condiciones sino sobre la porción disponible. Finalmente, el artículo 733 comentado indica que tampoco podrá el testador privar a su cónyuge del derecho de habitación vitalicio y gratuito, salvo en los casos de desheredación e indignidad. Se ha agregado que no cabe la renuncia anticipada de este derecho, pues al no formar parte de la herencia, debe consignarse expresamente la prohibición, pues de lo contrario sería posible.»

(176) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 31 y 32; y LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 547.

La salvedad a que hemos hecho referencia, mencionada por el Doctor Lohmann, constituye una crítica al artículo 733 vigente, el mismo que concluye señalando que el testador tampoco puede privar a su cónyuge sobreviviente de los derechos que le confieren los artículos 731 y 732, salvo en los referidos supuestos. Según Lohmann, la norma establece que si sucedieran tales casos, la privación será válida; sin embargo, no indica ningún caso de posible privación, ni a su vez lo hacen los artículos 731 y 732. Bajo este razonamiento, el citado profesor propone –en criterio que compartimos– omitir la expresión relativa a esos «referidos casos», a fin de evitar confusiones y malas interpretaciones, que antes que aclarar el sentido de su contenido, lo confunden más.

TITULO IV

Institución de herederos y legatarios

Artículo 734.– «La institución de heredero o legatario debe recaer en persona determinada o determinable, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763, y ser hecha sólo en testamento.»

Fundamento.– No vemos impedimento teórico o práctico para que sean designados herederos o legatarios personas susceptibles de determinación (es decir, que resulten determinables, de acuerdo a lo dispuesto por el testamento), siempre y cuando –y ello va implícito en su calidad de «determinables»–, que se haya expresado claramente en el testamento la forma o manera de efectuar la determinación.

Con ello también se despejaría cualquier duda respecto a que el **nasciturus** (el que está por nacer) y el **concepturus** (el que todavía no ha sido concebido, pero que puede serlo), puedan ser instituidos en calidad de herederos o legatarios.

Artículo 735.– «La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es

a título particular y se limita a determinados bienes, derechos o créditos, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.»

Fundamento.— La institución de legatario no tiene por qué circunscribirse al legado de bienes, pudiendo comprender también derechos distintos a los bienes o incluso créditos, tal como se precisa en nuestra modificatoria del artículo 735.

Artículo 736.—

Artículo 737.—

Artículo 738.— «El testador puede instituir legatarios, con la parte disponible si tiene herederos forzosos, y no teniéndolos, hasta con la totalidad de sus bienes, derechos y créditos, y señalar los que asigna a cada uno de los legatarios.

El testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.»

Fundamento.— El mismo que inspira nuestra modificatoria del artículo 735.

Artículo 739.—

Artículo 740.—

Artículo 741.— «Los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas modalidades que el instituido, a menos que el testador disponga otra

cosa, o que las modalidades sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido.»

Fundamento.— Hemos procedido a sustituir la expresión «condiciones y cargos» por la palabra «modalidades», ya que en el texto vigente se está haciendo referencia a las modalidades del acto jurídico, y, como es obvio, se excluye indebidamente a los plazos.

Por lo demás, ya que tanto la condición de heredero como la de legatario requieren, para surtir efectos, de la aceptación del eventual beneficiario, hemos eliminado la palabra «impuestos», en tanto no existe imposición alguna.

TITULO V

Desheredación

Artículo 742.—

Artículo 743.—

Artículo 744.— «Son causales de desheredación de los descendientes:

1. Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor.
2. Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.
4. Llevar el descendiente una vida públicamente deshonrosa o inmoral, siempre que perjudique la imagen y el buen nombre del testador.»

Fundamento.— Estimariamos conveniente la modificatoria del inciso 4, ya que la causal señalada respecto de la desheredación de los descendientes por llevar una vida deshonrosa o inmoral nos preocupa, sobre todo teniendo en consideración que las diferencias generacionales pueden llevar a diversas concepciones sobre esta materia, vale decir, respecto de lo que significan la honra y la moral.

Por lo demás, no por el hecho de ser descendiente de una persona se le puede coactar su libertad, o al menos restringirla (ya que existiría una eventual sanción ante el incumplimiento del «deber» de conducta). Independientemente de nuestro parecer, cada persona es libre (en tanto no afecte a los demás y al ordenamiento jurídico en su conjunto) de hacer con su vida lo que mejor le parezca, mientras no dañe la imagen y el buen nombre del testador.

De otro lado, buscamos que esta causal de desheredación no se preste siempre a ser contradicha en juicio y que el tema de la probanza de la misma resulte menos penoso y difícil.

Artículo 745.—

Artículo 746.—

Artículo 747.— «El testador debe fundamentar la desheredación en las causales específicas de ésta, enumeradas en los artículos 744 a 746, y en las de indignidad señaladas en el artículo 667.»

Fundamento.— Estimamos que la fundamentación de la causal de desheredación o indignidad invocada, debería constituir una obligación del testador que procediera en ese sentido. De ahí que hemos sustituido la expresión «puede» por la palabra «debe».

Pero, por lo demás, ello sigue siendo facultad del testador, en la medida que en caso no lo hiciere, tal omisión no acarrearía sanción de nulidad alguna, salvo que el eventual desheredado se encontrara en una mejor posición para hacer valer judicialmente sus derechos.

Nuestra modificatoria obedece a las interrogantes anotadas con ocasión del análisis del inciso 4 del artículo 744 del Código Civil.

Artículo 748.-

Artículo 749.-

Artículo 750.- «El derecho de contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años, contados desde la muerte del testador o, en todo caso, desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento.»

Fundamento.- Estimamos conveniente aclarar el precepto. Además, creemos en la bondad de los plazos dobles.

Artículo 751.-

Artículo 752.-

Artículo 753.-

Artículo 754.- «Revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos distintos, no invocados por el testador al momento de efectuar la revocación.»

Fundamento.- Consideramos que la redacción del actual artículo 754 del Código Civil resulta incompleta, en la medida que sólo permite volver a desheredar por hechos posteriores sobrevenidos al momento en que fue revocada la desheredación.

Podría tratarse de hechos anteriores, pero que no hayan sido invocados como causales de desheredación, ya sea porque quien efectúa la desheredación no los conocía o, teniendo cono-

cimiento de los mismos, hubiese preferido invocar sólo alguno de ellos, por considerarlo de mayor gravedad o evidencia. Como vemos, lo importante no es que sean hechos posteriores, sino que no estemos en presencia de la misma causal que motivó la desheredación ya revocada.

Artículo 755.— «Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes que sean incapaces.»

Fundamento.— Hemos procedido a modificar la parte final del artículo 755, porque en él existe una reiteración, ya que cuando el Código se refiere a los descendientes menores de edad y luego a los incapaces, si bien resulta obvio que está aludiendo a los incapaces mayores de edad, hubiera bastado con el empleo de la palabra «incapaces», pues ella comprende tanto a los incapaces menores de edad como a aquellos incapaces mayores de 18 años.

TITULO VI

Legados

Artículo 756.— «El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, derechos o créditos, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.»

Fundamento.— Consideramos que el concepto de legado debería ampliarse más allá de los bienes (materiales e inmateriales), tanto a los derechos que no constituyen bienes (como podría ser el derecho hereditario del testador sobre la sucesión ya causada de un tercero) y a los créditos, vale decir, a la posibilidad de legar la calidad o condición de acreedor en una obligación civil. Estimamos que ampliar el tema de los legados a estos derechos y a los créditos no desnaturalizaría —en lo absoluto— el alcance de esta figura propia del Derecho Sucesorio.

Artículo 757.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– No encontramos razón alguna que dé sustento a una norma como el vigente artículo 757.

Nos explicamos.

Si una persona en su testamento legara un bien, derecho o crédito futuro o ajeno, nada impediría que al legatario le correspondiera la calidad de acreedor que el causante podría haber tenido en vida sobre los mismos; y que precisamente en tal calidad pueda hacerse en el futuro del derecho de propiedad sobre el referido bien o lograr hacer efectivos el derecho o crédito.

Por lo demás, a nadie debe ya escandalizar el hecho de que nos encontremos en presencia del legado de un bien que no existe al momento de la muerte del causante o que a tal tiempo todavía no pertenezca a su patrimonio, ya que lo peor que podría ocurrir es que el legatario nunca se haga de la propiedad de dicho bien, ya sea porque el mismo no llegue a tener la existencia deseada o porque era de un tercero que nunca se lo transfirió.

En estos casos, el legado no es que sea inválido; simplemente será ineficaz, vale decir, que no tendrá la capacidad de surtir efecto alguno.

Finalmente, debemos expresar que el tema de las obligaciones contraídas sobre bienes futuros o ajenos está clarificado en doctrina y nuestro propio Código Civil ha asumido respecto al mismo una posición bastante decidida en favor de su validez, tal como queda en evidencia luego de la lectura del artículo 1409 del referido cuerpo legal.

Artículo 758.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– En primer lugar, el artículo 758 del Código Civil restringe la validez del legado de un bien indeterminado o incierto, ajeno al caso de los bienes muebles, no existiendo razón alguna para excluir de la norma a los inmuebles. Pero estimamos que esta norma sigue enmarcada dentro de la línea restrictiva que criticamos al analizar el artículo 757.

Dentro de tal orden de ideas, los argumentos que sostienen la derogatoria del artículo 757 son los mismos que imponen similar proceder respecto al artículo 758.

Por lo demás, no es novedoso su contenido ya que resultará evidente que para efectuar dicha elección se tendría que proceder de conformidad con lo dispuesto en los preceptos generales de Derecho de Obligaciones, específicamente los artículos 1143, 1144 y demás normas que resulten pertinentes en cuanto a la obligación de dar bienes inciertos.

Artículo 759.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Estimamos que el tenor del numeral bajo análisis resulta evidente, razón por la cual es innecesario, en virtud de la máxima que proviene del Derecho Romano en el sentido que nadie puede disponer de más derechos de los que tiene.

Por otra parte, la norma en cuestión resulta peligrosa y contradictoria con los principios que rigen las obligaciones de dar bienes ajenos en nuestro Derecho positivo, tema sobre el cual ya nos hemos ocupado extensamente en obras anteriores.

Artículo 760.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- La evidencia de la solución contenida en el numeral 760 resulta palmaria.

Es claro que si el testador lega el bien que se encuentra gravado por derechos reales de garantía (prenda, hipoteca o anticresis), dicho bien necesariamente pasará al legatario con los gravámenes que tuviere.

En tal sentido, también resulta claro que el servicio de amortización e intereses de la deuda serán de cargo del testador hasta el día de su muerte (pues no podría estar obligado al pago de los mismos después de muerto). También es claro que una vez fallecido, la obligación será de cargo de los herederos del causante.

Artículo 761.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Consideramos que el artículo 761 del Código Civil resulta innecesario y la solución otorgada por el mismo se deduce claramente de las normas generales de Derechos Reales y de Registros Públicos.

Artículo 762.— «El heredero está obligado a entregar al legatario el título del crédito que le ha sido legado.»

Fundamento.— Consideramos excesiva la redacción actual del artículo 762 del Código Civil.

En primer lugar, porque resulta evidente que si lo que se lega es un crédito, tal legado tendrá efecto sólo en cuanto a la parte del mismo que subsiste en el momento de la muerte del testador, ya que la parte del crédito que hubiese sido pagada al momento de la muerte del testador, simple y llanamente no es un crédito. Habrá obligación (por tanto crédito y deuda) siempre que no se haya procedido a su extinción por alguno de los medios extintivos de las obligaciones.

Por otra parte, cuando el Código hace referencia al «legado de liberación», se está refiriendo simple y llanamente a la condonación **mortis causa**, tema regulado como uno de los medios extintivos de las obligaciones, en los artículos 1295 a 1299 del propio Código Civil.

Además resulta claro que el legado condonatorio de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la sucesión. Jamás podría entenderse que comprende aquello que se adeuda a la fecha del testamento, ya que si dicho testador aceptó pagos en el lapso comprendido entre la fecha de otorgamiento del testamento y el momento de su muerte, dichos pagos serán muestra evidente de que, en cuanto a las cantidades canceladas, no existió jamás voluntad condonatoria.

Artículo 763.—

Artículo 764.—

Artículo 765.-**Artículo 766.-****Artículo 767.-****Artículo 768.-****Artículo 769.-** Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- La norma establecida por el artículo 769 del Código Civil es evidente, razón por la cual estimamos convendría su derogatoria.

Por lo demás, la solución que impone este numeral se deduce de la simple lectura del artículo anterior.

Artículo 770.- «Si el valor de los legados excede de la parte disponible del patrimonio hereditario, éstos se reducen a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados.

El legado hecho en favor de alguno de los coherederos no está sujeto a reducción, salvo que el patrimonio hereditario fuere insuficiente para el pago de las deudas.»

Fundamento.- El cambio de nomenclatura efectuada en el artículo 770 obedece a las razones que nos condujeron a modificar lo dispuesto en el artículo 668.

Artículo 771.- Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.- Como se sabe, el artículo 771 del Código Civil regula el tema de la denominada «cuarta falcidia».

Existe un criterio mayoritario en la doctrina peruana con-

sultada, en considerar que esta figura debe desaparecer de nuestro Derecho positivo.

Así, el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁷⁷⁾ estima que la cuarta falcidia, pese a su tradición histórica, hoy carece absolutamente de justificación y puede calificarse de anacronismo completo y disposición ajena a la esencia de nuestro Derecho Sucesorio.

Por su parte, el Doctor Augusto Ferrero también opina que esta institución debe desaparecer del ordenamiento positivo⁽¹⁷⁸⁾, si bien es cierto propone mantener el numeral 771 con otra redacción, que disponga que el testador que tenga la libre disponibilidad de los bienes puede instituir herederos voluntarios y legatarios, o designar unos u otros sin reserva, ni limitación alguna, disposición que estimamos devendría en innecesaria, en estricta aplicación del principio jurídico que establece que toda persona puede hacer aquello que la ley no prohíbe; pero independientemente de este matiz de opiniones, hacemos nuestros los argumentos propuestos por el Doctor Ferrero, los mismos que reproducimos a continuación:

«La institución de la cuarta falcidia, que establece que los herederos voluntarios no herederán menos de la cuarta parte de la herencia, establecida en el artículo 771, debe su nombre al tribuno romano Cayo Falcidio, quien inspiró en el Derecho romano la Ley Falcidia, por la cual se otorgaba el derecho a la cuarta parte de la herencia al heredero voluntario instituido junto a legatarios. En tal virtud, se limitaba al testador a dar en legados no más de las tres cuartas partes de su patrimonio cuando instituía heredero voluntario.

Esta institución ya estaba plasmada en el Código de 1852, y así pasó al Código de 1936, en su artículo 728. En su Tratado de Derecho de Sucesiones, Lanatta explicaba que la finalidad de esta institución fue de que el heredero instituido que concurriera con legatarios tuviera el aliciente necesario para aceptar la herencia, pues si no lo hacía el testamento respectivo dejaba de producir sus efectos, según el

(177) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Página 97.

(178) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 34 y 35.

régimen sucesorio de aquella época. Pero agregaba que, en el Derecho actual, esta figura carecía de la importancia que tuvo en el Derecho romano, no teniendo razón de ser; pues es contraria al principio según el cual no teniendo el testador herederos forzosos y pudiendo, en consecuencia, instituir los herederos voluntarios o los legatarios que desee, o unos y otros, nada debe impedirle señalarles en su herencia la participación que desee, pues tiene la libre disposición del total de sus bienes; parecer con el que concordamos.»

Artículo 772.— «Caduca el legado:

1. Si el legatario muere antes que el testador.
2. Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa.
3. Si el testador enajena el bien legado o éste se pierde sin culpa del heredero.»

Fundamento.— Al ser el perecimiento uno de los supuestos de pérdida de un bien, preferimos ampliar los alcances de la expresión, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1137.

Artículo 773.—

TITULO VII
Derecho de acrecer

Artículo 774.—

Artículo 775.—

Artículo 776.—

Artículo 777.-**TITULO VIII**
Albaceas**Artículo 778.-**

Artículo 779.- «El nombramiento de albacea debe constar en testamento, bajo sanción de nulidad.»

Fundamento.- Si bien el texto del artículo 779, respecto al nombramiento de albacea, resulta ser una norma imperativa, dicho numeral no establece cual sería la sanción al incumplimiento de lo prescrito en la misma, razón por la cual deviene en necesario establecer que dicho incumplimiento acarrearía la nulidad del nombramiento de albacea.

Artículo 780.- «Cuando hay varios albaceas nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos hagan de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría. En caso de empate, decide el juez.»

Fundamento.- En primer lugar, hemos procedido a eliminar la palabra «testamentarios» que el artículo 780 en su texto vigente agrega al sustantivo «albaceas». Nuestra supresión se basa en que dado el contenido de nuestro artículo 779 no resulta posible el nombramiento de un albacea por acto distinto al testamento, razón por la cual hablar de «albacea testamentario» resulta un pleonasma.

En segundo término, si bien es cierto que el Código Civil prevé, en la parte final del texto vigente del artículo 780, que en caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría de los albaceas, no se contempla el caso en el cual, dado el número de albaceas nombrados por el testador, exista un empate. Es para

este supuesto que regirá lo preceptuado en nuestra adición efectuada al numeral bajo comentario.

Artículo 781.— «Es indivisible y solidaria la responsabilidad de los albaceas que ejercen conjuntamente el cargo, salvo disposición distinta del testador.»

Fundamento.— Hemos establecido que la responsabilidad de dichos albaceas, además de ser solidaria sea indivisible, ya que la responsabilidad indivisible y solidaria resulta ser la más gravosa para los codeudores incumplientes y la más beneficiosa para el acreedor perjudicado.

No obstante ello, admitimos que esta modificatoria resulta prescindible.

Artículo 782.—

Artículo 783.—

Artículo 784.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Cuando en el artículo 778 se establece que el testador puede encomendar a una o varias personas el cargo de albacea, no distingue entre personas naturales y personas jurídicas, motivo por el cual se entiende —en aplicación del viejo principio de que no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue— que comprende tanto a unas como a otras. Por ello, estimamos inútil lo dispuesto en el artículo 784.

Finalmente, el texto del referido numeral se refiere a que pueden ser albaceas las personas jurídicas debidamente autorizadas por ley o por su estatuto. Ello es obvio, ya que de no estar facultadas para tales efectos, no podrían aceptar ser albaceas.

Artículo 785.—

Artículo 786.-**Artículo 787.-** «Son obligaciones del albacea:

1. Atender a la inhumación del cadáver del testador o a su incineración si éste lo hubiera dispuesto así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13.
2. Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes, derechos y créditos hereditarios.
3. Hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento.
4. Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador, hasta que sean entregados a los herederos o legatarios, salvo disposición diversa del testador.
5. Pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos.
6. Pagar o entregar los legados.
7. Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados.
8. Procurar la división y partición de la herencia.
9. Cumplir los encargos especiales del testador.
10. Sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apersonamiento que, en tal caso, corresponde a los herederos.»

Fundamento.— Hemos procedido a agregar lo anotado en relación al ejercicio, por parte del albacea, de las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los derechos (que no sean bienes hereditarios), al igual que respecto de los créditos hereditarios, notoria omisión del artículo 787, sobre todo si la confrontamos con lo establecido en el inciso 5 del citado numeral, norma que establece la obligatoriedad del albacea de pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos.

Artículo 788.—

Artículo 789.—

Artículo 790.—

Artículo 791.—

Artículo 792.—

Artículo 793.—

Artículo 794.—

Artículo 795.—

Artículo 796.—

Artículo 797.—

TITULO IX

Revocación, caducidad y nulidad de los testamentos

CAPITULO PRIMERO

Revocación

Artículo 798.—

Artículo 799.—

Artículo 800.— «Si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, las disposiciones del primero no reviven, a menos que el testador exprese lo contrario en el último testamento.»

Fundamento.— Consideramos carente de toda lógica el principio recogido por el artículo 800 del Código Civil.

En tal sentido, hacemos nuestra la propuesta de modificatoria planteada por el Doctor Augusto Ferrero⁽¹⁷⁹⁾, la misma que se basa en los argumentos que reproducimos seguidamente:

«El artículo 800 del Código actual establece la regla de que si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria. Como explica Cicu, en este caso puede interpretarse que el testamento vuelve a existir tal cual era o bien que el acto de revocación de la revocación da nueva vida a sus disposiciones, inclinándose por la primera tesis. Igualmente, Messineo opina que en este caso, el testamento vuelve a ser como era antes de la revocación, siendo válido **ab origine**, toda vez que le es restituida la validez. Estamos de acuerdo con el criterio expuesto. Precisamente, ello es posible por ser el testamento un acto **mortis causa**. Tratándose de un acto intervivos, o del caso de la ley que se deroga que se

(179) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 36 a 39.

explica más adelante, ello no es posible pues significaría admitir la vigencia de dos instrumentos incompatibles simultáneamente. Así, las disposiciones del testamento revivido no tendrán eficacia a partir de su reviviscencia sino, por el contrario, desde su otorgamiento. Lo expuesto es importante para tener en cuenta la capacidad del testador así como la prioridad entre el testamento revivido y otros que puedan existir.

Se trata, como señala el ponente, de una presunción **juris tantum**. En el Código Bello, la presunción es a la inversa: 'no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria' (artículos 1214 del Código Civil de Chile y 1272 del Código Civil de Colombia). Con la misma sabiduría, el artículo 1758 del Código portugués derogado consagraba el principio de que el testamento anterior recobraba su fuerza si el testador, revocando el posterior, declaraba que era su voluntad que el primero subsistiera.

Nuestra norma expone –en cierta forma– un sentido contrario al principio que informa el tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar, el cual señala que por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado. Lo expuesto en este último artículo resulta lógico. La derogatoria de una norma no implica la revivificación de la primera ley, como nos enseña León Barandiarán en la Exposición de Motivos. Simplemente, agrega el Maestro, la materia respectiva deja de ser normada. Ello quiere decir que la regla es que la primera ley no revive. La excepción, que se permite, es que la tercera ley exprese que la primera recobra vigencia, lo cual equivale, en realidad, a promulgarla de nuevo.

Pensamos que el legislador debió guardar concordancia con este principio al tratar la revocación del testamento, pues aquella es a éste como la derogatoria a una ley. Y es que en Derecho las vinculaciones jurídicas nacen en virtud de una voluntad; que es legal cuando proviene del legislador expresada en una norma; y que es particular cuando es manifestada por una persona con el deseo de crear una consecuencia jurídica. Por ello, somos de opinión que la solución legislativa en uno u otro caso debió ser la misma. Máxime,

aún, cuando la disposición referida a la voluntad de la ley se encuentra en el Título Preliminar, en el cual se enuncian los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento. La regla respecto a la voluntad legal es que derogada ésta no recobra vigencia aunque la norma derogatoria sea derogada, a su vez. Ello no obsta para que ocurra lo contrario, es decir, para que recobre vigencia la ley primigenia. Pero para ello la tercera ley debe declararlo, como señala León Barandiarán. Resulta pues, en este caso, la excepción a la regla. El artículo 800, que comentamos, enuncia una disposición al contrario; o sea, que si un testamento es revocado por otro, renace el anterior a aquél. Es la regla. La excepción es que no reviva. ¿Cuándo? Cuando el testador exprese su voluntad contraria. Ello implica que el legislador está reconociendo que el silencio importa, en este caso, manifestación de voluntad, caso al que se refiere el artículo 142 respecto a la teoría general del acto jurídico. Pero siendo esta imputación más endeble que la manifestación tácita –ni qué decir de la expresa– no resulta lógico aplicarla al testamento, en el cual la voluntad no sólo debe ser escrita sino solemne. Por ello, concluimos en que es un error del legislador reactualizar, mediante el silencio, una voluntad testamentaria revocada.

La fuente de la nueva norma la encontramos en el Código Civil argentino, que en su artículo 3831 señala que la retractación del testamento hace revivir las primeras disposiciones; y en el Código Civil italiano, cuyo artículo 681 destaca que si se revoca total o parcialmente un testamento, reviven, a su vez, las disposiciones antes revocadas.

En resumen, hacemos la invocación para que la solución respecto a la reviviscencia del testamento guarde concordancia con la norma sobre la recuperación de vigencia de la ley contenida en el Título Preliminar.»

Artículo 801.–

Artículo 802.–

Artículo 803.-**Artículo 804.-****CAPITULO SEGUNDO**
Caducidad

Artículo 805.- «El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero:

1. Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan, o que desconociera tenerlos, o que creyéndolos muertos, resulten vivos; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.
2. Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio.
3. Si el heredero pierde la herencia por declaración de indignidad o por desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo.»

Fundamento.- El texto vigente del inciso 1 del artículo 805 del Código Civil sólo contempla el caso de una persona que hubiera otorgado testamento instituyendo heredero a alguien, por no tener herederos forzosos que vivan.

Sin embargo, a la muerte del testador ya han sobrevenido tales herederos forzosos (como sería el caso en el cual el testador, soltero y cuyos ascendientes hubiesen fallecido al momento de otorgar testamento, haya contraído matrimonio o procreado hijos).

Pero el referido inciso no contempla el caso en el cual el testador haya instituido heredero en la equivocada creencia de que había muerto el heredero forzoso que tenía; así como tampoco contempla el supuesto en el cual simplemente desconocía tener herederos forzosos (como sería el caso de aquel testador que otorga testamento creyendo tener la libre disposición de todo su patrimonio sin saber que ha procreado un hijo, que luego es judicialmente declarado como tal).

Artículo 806.-

Artículo 807.-

CAPITULO TERCERO **Nulidad**

Artículo 808.- «La nulidad y anulabilidad del testamento se rigen por lo dispuesto en los artículos 219 a 225, en cuanto resulten aplicables, además de lo dispuesto en este capítulo.»

Fundamento.- Tal como fue expresado por nosotros en los conceptos generales de la Segunda Parte de esta obra, estimamos que una de las variaciones sustanciales que debía operarse en el Código Civil es la de que cada vez con mayor amplitud sean aplicables las disposiciones generales del Título Preliminar y de los Libros de Acto Jurídico y Derecho de Obligaciones.

En tal sentido, consideramos conveniente que los rubros de nulidad y anulabilidad de los testamentos se rijan precisamente por las disposiciones generales de nulidad y anulabilidad (que para el caso que nos ocupa resultan ser los artículos 219 a 225), en lo que fueren aplicables.

Dentro de tal orden de ideas, procedemos también a derogar la mayoría de normas del Capítulo Tercero del Título IX.

Es claro que el artículo 809 resulta prescindible, al referirse a supuestos de vicios de la voluntad que afectan a los testamentos.

Por otra parte, el tema regulado por el artículo 810, que hoy es un supuesto de nulidad, pasa a ser –dentro de nuestras convicciones– un supuesto de caducidad testamentaria, al haber sido incluido dentro de los casos contemplados en el inciso 1 del artículo 805.

De otro lado, debe decirse que el artículo 811 no aporta nada nuevo, ya que –en otras palabras– lo que establece es que el testamento es nulo cuando se incumpla con cualquiera de los requisitos esenciales prescritos por la ley para cada uno de los testamentos ordinarios; y dichas nulidades se deducen claramente de cada uno de los supuestos ahí señalados. Lo mismo podría decirse de la nulidad de los testamentos especiales (artículo 813). Por lo demás, la regulación del tema de la anulabilidad testamentaria por defectos en la forma, regulada en los artículos 812 y 813, más que aclarar las cosas, las confunden. El único artículo del Capítulo Tercero que hacemos subsistir con su redacción original es el 814, que establece la nulidad del testamento otorgado en común por dos o más personas.

Artículo 809.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El anotado con ocasión del análisis del artículo 808.

Artículo 810.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El anotado con ocasión del análisis del artículo 808.

Artículo 811.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El anotado con ocasión del análisis del artículo 808.

Artículo 812.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El anotado con ocasión del análisis del artículo 808.

Artículo 813.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— El anotado con ocasión del análisis del artículo 808.

Artículo 814.—

SECCION TERCERA Sucesión intestada

TITULO I Disposiciones generales

Artículo 815.—

Artículo 816.— «Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto orden, los hermanos y sus descendientes; del quinto y sexto órdenes, respectivamente, los demás parientes colaterales del tercero y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.»

Fundamento.— Al haber hecho nuestra la idea del Doctor Augusto Ferrero en relación al artículo 683, cuyos fundamentos reprodujimos oportunamente, nos corresponde también asumir

sus consideraciones sobre el artículo 816⁽¹⁸⁰⁾, respecto del cual anota que el cambio del cuarto orden sucesorio deviene en concordancia indispensable con el texto que él propone para el artículo 683.

Artículo 817.-

TITULO II

Sucesión de los descendientes

Artículo 818.- «Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres.»

Fundamento.- Hemos suprimido la parte del artículo 818 que establece que esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.

Esta supresión obedece a diversas razones.

En primer término, lo anotado constituye una enumeración de todos aquellos que tienen la condición de hijos, materia perfectamente delimitada por las normas de Derecho de Familia.

En segundo lugar, la nomenclatura empleada por el artículo 818 resulta actualmente discriminatoria en razón de que inconstitucionalmente se procede a clasificar a los hijos, según su origen, punto con el que estamos en pleno desacuerdo y hemos procedido a suprimirla. Y, por último, cuando el actual artículo 818 hace alusión a que los derechos sucesorios se refieren a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, ello resulta de una evidencia palmaria, ya que si fuesen hijos o descendientes de solamente uno de los padres, sus derechos

(180) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Página 43.

sucesorios se limitarían a aquél del cual son descendientes; jamás se extenderían al otro.

Artículo 819.— «La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza o por estirpe, cuando se da la representación.»

Fundamento.— Nuestro texto se basa en la modificatoria a este numeral planteada por el Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸¹⁾, la misma que se sustenta en los siguientes fundamentos:

«El cambio de redacción es necesario al no haber optado el legislador —lo cual nos parece correcto— por la fórmula ideada por Lanatta según la cual no operaba la representación sucesoria cuando los descendientes tuvieran el mismo grado de parentesco. La nueva redacción es coherente con lo establecido en el artículo 682, en el sentido de que la representación es ilimitada en la línea de los descendientes.»

TITULO III

Sucesión de los ascendientes

Artículo 820.—

Artículo 821.—

TITULO IV

Sucesión del cónyuge

Artículo 822.—

(181) FERRERO COSTA, Augusto, Op. cit., Páginas 43 y 44.

Artículo 823.— Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.— Teniendo en cuenta la existencia de los beneficios que otorgan al cónyuge supérstite los artículos 731 y 732 por sobre los demás herederos forzosos, nos parece redundante el beneficio que se le otorga en el actual artículo 823, cuando concurriendo con hijos o con otros descendientes del causante, pueda optar entre heredar una parte igual a la de un hijo (una «hijuela») o por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los citados artículos 731 y 732.

Pensamos que la opción que se otorga al cónyuge en el artículo 823 es injusta, pues lo coloca en una posición de preeminencia por sobre los demás herederos forzosos, quienes no gozan de tal prerrogativa.

Artículo 824.— «El cónyuge que concurra con los padres hereda una parte igual a la de uno de ellos, y si concurre con otros ascendientes hereda la mitad de la herencia.»

Fundamento.— La modificación anotada no nos pertenece. Corresponde al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸²⁾, quien la sustenta en los fundamentos que se transcriben seguidamente:

«El artículo 824 expresa que el cónyuge que concurre con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos.

Nosotros nos permitimos criticar esta disposición desde que conocimos su formulación en los Proyectos, pues no encontramos lógico ni equitativo que cuando el cónyuge concurra con dos padres, herede la tercera parte, y que cuando concurra con cuatro abuelos herede la quinta parte. Efectivamente, cuanto más lejano es el parentesco de los ascendientes con el causante, menor debería ser la participación que les corresponda cuando concurren con el cónyuge, siguiendo toda la sistemática del Derecho Sucesorio. El legis-

(182) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 44 y 45.

lador ha optado por lo contrario. En el hipotético caso de concurrencia con ocho bisabuelos, la herencia del cónyuge se reduciría a la novena parte de la herencia.

En este sentido, más congruencia guardaba el ordenamiento anterior, el cual declaraba que si había padres, el cónyuge heredaba una parte igual a uno de ellos (artículo 767), y que si había otros ascendientes solos o con hermanos, o éstos solos, la porción del cónyuge era igual a la mitad de la herencia (artículo 768).

La solución dada por el nuevo Código está inspirada en la que formuló Vélez Sarsfield en el artículo 3571 del Código argentino, disponiendo que el cónyuge viudo concurría con los ascendientes por cabeza. Lafaille criticó la notoria falta de equidad de la norma, expresando que con ella se llega 'a esta conclusión inaceptable: a medida que se aleja el grado de los otros candidatos, se reduce la porción del esposo, lo que no está ni dentro del orden de la familia, ni dentro del afecto presunto, ni dentro de la lógica'. En razón de ello, la reforma de la Ley 17.711 plasmó una solución más justa –siguiendo la expresión de Maffia– igual a la que planteó nuestro Código de 1936 en su artículo 768 para el caso de concurrencia del cónyuge con hermanos y los demás ascendientes distintos a los padres, por la cual el viudo recibe la mitad de la herencia cuando concurre con otros ascendientes distintos a los padres.

Comprendemos que se trata de una remota posibilidad, pero abogamos para que las disposiciones tengan una lógica irreductible, como formulación consecuente del legislador, que deben guardar relación con todo el ordenamiento.»

Artículo 825.–

Artículo 826.–

Artículo 827.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– Estimamos que si se produce la nulidad del ma-

rimonio por haber sido celebrado por persona que estaba impedida de contraerlo, tal situación deberá acarrear todas las consecuencias de una nulidad, independientemente de la eventual buena fe con que haya actuado el otro cónyuge, no existiendo razones jurídicas para establecer —como lo hace el artículo 827— que tal buena fe haría que no se afectasen los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo en tales condiciones, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante.

Esta norma además ignora que con tal disposición eventualmente se estarían afectando los derechos sucesorios de otros herederos, quienes podrían concurrir con dicho cónyuge (cuando en realidad deberían excluirlo de la sucesión, como es el caso de los descendientes o ascendientes del causante).

TITULO V

Sucesión de los parientes colaterales

Artículo 828.—

Artículo 829.—

TITULO VI

Sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas

Artículo 830.—

SECCION CUARTA

Masa hereditaria

TITULO I

Colación

Artículo 831.—

Artículo 832.— «La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente quien hace la liberalidad en el título de ésta o en su testamento.»

Fundamento.— La modificación del artículo 832 del Código Civil no nos corresponde. Pertenece en redacción y fundamento al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸³⁾, el mismo que reproducimos a continuación, por considerarlo de plena pertinencia:

«La dispensa debe ser expresa, siendo su título, por disposición del artículo 832, el testamento u otro instrumento público.

Si bien la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública (artículo 1625), la de cosas muebles puede verificarse verbalmente cuando verse sobre objetos de pequeño valor, que el Código fija hasta en un monto equivalente al 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (artículo 1623, modificado por la Ley 26189). Si excede este límite, la donación se hará por escrito de fecha cierta, bajo pena de nulidad (artículo 1624). El Código expresa que, en este caso, en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.

Lo expuesto indica que si el acto de liberalidad comprende una cosa mueble cuya donación no requiere instrumento público, éste tendrá que otorgarse obligadamente en el acto de la donación o con posterioridad para que opere la dispensa. Esta exigencia no tiene sentido si comprobamos, por otro lado, que la dispensa puede otorgarse simplemente por testamento; vale decir, no sólo por el de escritura pública sino también por el cerrado e inclusive por el ológrafo.

En conclusión: pensamos que si puede dispensarse la colación mediante un testamento ológrafo, igualmente debería poder hacerse en el acto en que se otorga la liberalidad sin necesidad de que constituya instrumento público. Así lo estableció el ponente en su Anteproyecto, al expresar el artículo 173 del mismo que la dispensa debía establecerla

(183) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 45 a 47.

quien hacía la liberalidad, en el título de ésta o en su testamento; texto que fue recogido del artículo 737 del Código italiano, que, con más propiedad aún, indica que la dispensa puede otorgarse por testamento o en el mismo acto de donación. En efecto, al hablar de acto en lugar de título incluye la donación verbal, que no consta físicamente. Por ello, Forchielli ha anotado que no es improbable que cualquier intérprete se sienta alarmado por la posibilidad de una dispensa meramente verbal. El texto propuesto por Lanatta fue ratificado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, en su artículo 879.

Este fundado criterio, que en nuestro concepto la reforma debe consagrar, fue modificado por la Comisión Revisora, estableciendo en su Proyecto la misma exigencia del Código derogado (artículo 832), siendo recogida así por el Código vigente (artículo 832).»

Artículo 833.-

Artículo 834.-

Artículo 835.- «Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el valor y la importancia de dichos bienes al momento de la liberalidad, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado en proceso sumarísimo, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.»

Fundamento.- Nuestra primera modificación apunta a tener en cuenta el valor, la importancia o calidad de los bienes que fueron objeto de los actos de liberalidad por parte del causante en favor de algún heredero forzoso.

Esto, pues cabe la posibilidad no sólo de que el bien haya disminuido o aumentado de valor, sino incluso de que ya no existan similares monedas, créditos o títulos en circulación al tiempo de la apertura de la sucesión.

Nuestra segunda modificación es de orden meramente procesal, sustituyendo la referencia a la vía incidental (trámite de los incidentes) del Código de Procedimientos Civiles de 1912, por el proceso sumarísimo del vigente Código Procesal Civil de 1993.

Artículo 836.— «No son colacionables los bienes que por causas no imputables al heredero, se hubiesen perdido antes de la apertura de la sucesión.»

Fundamento.— Buscamos dar congruencia a la norma con el texto del artículo 1137.

Artículo 837.—

Artículo 838.—

Artículo 839.— «Cuando el causante haya celebrado contratos a título oneroso con el heredero, se colacionarán los beneficios que se consideren actos de liberalidad a favor de éste.»

Fundamento.— La autoría de la modificación anotada no nos corresponde, pero la asumimos.

Pertenece en redacción y fundamento al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸⁴⁾, quien al respecto sostiene lo siguiente:

«El Código agrega un concepto más que no contenía el de 1936, al declarar en su artículo 839 que 'no son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de contratos celebrados con el causante, siempre

(184) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 49 y 50.

que éstos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos'.

En nuestro concepto, esta inclusión era innecesaria, pues rompe el esquema de la colación, referida a actos a título gratuito otorgados por el causante antes de su fallecimiento. El término 'utilidades', además de parecernos impropio (no se sabe si se refiere a la contraprestación patrimonial o al beneficio que excede ésta), denuncia un contrato a título oneroso. Y de éste sólo deberá colacionarse la parte que tenga la calidad de liberalidad otorgada por el **de cujus**. La norma se remite a la donación remuneratoria u onerosa, las cuales como nos dicen Planiol y Ripert, son colacionables 'pero sólo en la medida en que ostenten un carácter verdaderamente gratuito, o sea, en cuanto al exceso neto del valor del bien donado sobre el valor del servicio prestado o de la carga impuesta'. En el mismo sentido y refiriéndose a la donación remunerativa, Echecopar expresaba que debía ser materia de colación con la reserva de tener en cuenta, en favor del donatario, el monto de la remuneración que corresponda a sus servicios.

La intención de la norma es expresar que los beneficios serán colacionables en la medida en que un contrato celebrado por el heredero con el causante perjudique a los demás herederos. Es decir, la excesiva onerosidad del causante en beneficio de un heredero afectando a los demás se considera como una liberalidad a favor de aquél.

Troplong manifiesta que esta clase de donación no es novedad, narrando que los corintios, deseando gratificar a los atenienses con veinte naves, no podían hacerlo en virtud de una ley que impedía la donación, optando por convertir ésta en una venta a cinco dracmas la pieza.»

Artículo 840.— «Los intereses y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables pertenecen a los herederos como copropietarios desde la apertura de la sucesión.»

Fundamento.— La autoría de la modificación anotada no nos corresponde, pero también es asumida por nosotros.

Pertenece en redacción y fundamento al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸⁵⁾, quien al respecto sostiene lo siguiente:

«El artículo 840 indica que 'los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión', es decir, desde la muerte del causante. En nuestra opinión, la redacción de este artículo es errada. Si bien se entiende que la intención del legislador es colacionar el bien y no los frutos percibidos por el heredero anticipado antes de la muerte del causante, debemos aclarar que los que se devenguen o produzcan a partir de la apertura de la sucesión mal pueden integrar la masa hereditaria, la cual deja de incrementarse a la muerte del causante. A partir de ese instante, dichos frutos serán percibidos directamente por los herederos, en copropiedad. Este error viene del Código de 1936, cuyo artículo 783 contenía la misma regla. Su antecedente es el artículo 1049 del Código Civil español. Tal como recalcan Planiol y Ripert, solamente deben comprenderse en el caudal los frutos civiles ya vencidos y los frutos naturales o industriales ya percibidos al tiempo de la muerte, pues los frutos percibidos después del fallecimiento, civiles o naturales, posteriores a la muerte, nunca han entrado en el patrimonio del **de cujus**, perteneciendo a los herederos en su carácter de copropietarios y no a título de herederos legítimos. Por tanto, no han de incluirse en el caudal. Como el bien donado constituye el objeto principal siendo los frutos los accesorios, es importante determinar desde qué momento estos últimos aumentan la masa hereditaria. La respuesta la da el artículo en comentario.

Al haberse referido el Código a los frutos, no debió remitirse a los intereses legales, pues el interés es fruto. Esta reiteración es repetición del artículo del Código español citado, la cual fue criticada por De Buen por considerar ambos conceptos como dos cosas distintas, cuando la palabra intereses es equivalente a frutos civiles. En todo caso, la referencia deberá ser únicamente a los intereses, por cuanto la parte de los mismos que exceda la tasa legal también debe pasar a los herederos desde el fallecimiento del actor.»

(185) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 50 y 51.

Artículo 841.-

Artículo 842.-

Artículo 843.-

TITULO II

Indivisión y partición

CAPITULO PRIMERO

Indivisión

Artículo 844.- «Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario del patrimonio hereditario, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.»

Fundamento.- Como hemos dicho en ocasiones anteriores, la herencia no está compuesta solamente por los bienes que el causante deje al morir, sino también por los demás derechos, créditos y deudas de los que sea titular. De ahí que lo correcto sería referirse al «patrimonio hereditario» y no a los «bienes de la herencia», como expresa el texto vigente.

Artículo 845.-

Artículo 846.- «El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.»

Fundamento.- Al haber operado en el Perú, desde 1991, severos cambios en lo que respecta a la vigencia de la normatividad privativa en materia agraria, especialmente por la promulgación del Decreto Legislativo N° 653, de fecha 1 de agosto de 1991, y,

en forma particular con la derogatoria del artículo 883 del Código Civil de 1984, que establecía que los derechos reales sobre predios rústicos se regían por la legislación de la materia, carece de sentido que la ley civil continúe estableciendo la distinción que actualmente hace el numeral 846 del Código Civil en torno a las explotaciones agrícolas y ganaderas.

De ahí la derogatoria del segundo párrafo de este artículo.

Artículo 847.-

Artículo 848.-

Artículo 849.- «En los casos de indivisión se pagará a los herederos que no la acepten, el valor actual de su porción.»

Fundamento.- Aparte de un asunto de redacción, consideramos necesario dejar claramente establecido que aquello que deberá pagarse al heredero que no acepte el régimen de indivisión, será el valor actual de esa porción, lo que no queda claro del texto de la norma en vigencia.

Artículo 850.-

Artículo 851.-

CAPITULO SEGUNDO

Partición

Artículo 852.-

Artículo 853.-

Artículo 854.-**Artículo 855.-**

Artículo 856.- «La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la porción correspondiente del patrimonio hereditario, en cuanto tenga necesidad de alimentos.»

Fundamento.- Nuestra modificación obedece a que la madre no disfruta de la herencia, sino del patrimonio hereditario; y no en su integridad, sino solamente en proporción al porcentaje o cuota que le corresponda al hijo concebido.

Artículo 857.- «Puede también diferirse o suspenderse la partición respecto de todo el patrimonio hereditario o de parte de él, por acuerdo de todos los herederos o por resolución judicial y por un plazo no mayor de dos años, cuando la ejecución inmediata pueda ocasionar notable perjuicio al patrimonio hereditario, o si es preciso para asegurar el pago de deudas o legados.»

Fundamento.- Hemos procedido a sustituir la alusión actual a los bienes, pues no se trata de la partición (o suspensión de la partición) de los bienes, sino de todo o parte del patrimonio hereditario, el mismo que comprende tanto a bienes como a otros derechos, créditos y deudas.

Artículo 858.-**Artículo 859.-****Artículo 860.-**

Artículo 861.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El principio contenido en este numeral, si bien implica una buena intención, no es certero, en la medida que la división y partición de la masa o patrimonio hereditario deberá efectuarse teniendo en cuenta el resultado de apreciar –en su conjunto– los bienes, derechos, créditos y deudas.

Artículo 862.–

Artículo 863.– Este artículo podría ser derogado.

Fundamento.– El mismo que sustenta nuestra derogatoria del artículo 861.

Artículo 864.–

Artículo 865.–

Artículo 866.– «Vencido el heredero en un proceso sobre los bienes que se le adjudicaron, tendrá derecho de solicitar a sus coherederos, en forma proporcional, los pagos que corresponden de conformidad con el artículo 1495. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide.»

Fundamento.– La modificación y su fundamento no nos corresponden. Pertenecen al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸⁶⁾, con cuyo sustento –que transcribimos a continuación– estamos plenamente de acuerdo:

«Es principio reconocido que cuando el adquirente de un bien pierde la propiedad del mismo, en forma total o parcial, por un derecho de un tercero anterior a la transfe-

(186) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 52 a 54.

cia, en virtud de una resolución judicial, el transferente está obligado a responder por la evicción.

Por ello, en el subcapítulo de los derechos y obligaciones de los copropietarios en el Libro de los Derechos Reales, el artículo 982 establece la responsabilidad mancomunada de los propietarios, al declarar que están recíprocamente obligados al saneamiento en caso de evicción, en proporción a la parte de cada uno. Quiere decir que no tienen responsabilidad solidaria frente al adquirente si enajenan el bien, respondiendo en todo caso proporcionalmente. Este artículo corrige la equivocada redacción del artículo 921 del Código derogado, que declaraba que los condóminos estaban recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno.

Es en base a este principio que el artículo 866 dice a la letra: 'Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide'. Es decir, el heredero propietario puede repetir contra cada coheredero proporcionalmente, para que respondan por el valor de los bienes al momento de la pérdida del mismo. Si uno resulta insolvente, la indemnización que a éste le correspondía será repartida proporcionalmente entre los demás, incluido el adjudicatario perjudicado.

En nuestra opinión, esta disposición adolece de dos defectos. En primer lugar, se refiere únicamente a la indemnización, cuando ésta es sólo uno de los siete conceptos -y el último- que el adquirente puede pedirle al transferente en virtud del saneamiento, conforme lo dispone el artículo 1495; y solamente en el caso de que el transferente haya incurrido en dolo o culpa al celebrar el contrato. Los otros son el valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; los intereses legales desde que se produce la evicción; los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien; las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas; los tributos y gastos del con-

trato que hayan sido de cargo del adquirente; y las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente. Así, podrá apreciarse que en el caso de la partición sucesoria a que se refiere el artículo 866 citado, lo que procede es que el transferente entregue al adquirente el valor del bien y los demás conceptos señalados; mas no así una indemnización. Indudablemente, el término 'indemnizarán' ha sido usado impropriamente por el legislador en lugar de la voz 'pagarán' o 'entregarán'.

En segundo lugar, aunque la disposición no lo dice, debe interpretarse que el heredero vencido puede exigir a sus coherederos el saneamiento, a prorrata, con exclusión de su parte, y no la totalidad. Por ejemplo, si la partición se hizo sobre 100 y eran cinco herederos con igual derecho y cinco bienes de igual valor, cada uno recibió un bien por valor de 20. Si uno pierde el bien, los otros cuatro deberán compensarlo no por el valor de 20, que sería la totalidad, sino sólo por 16; es decir, descontando del pago la parte del heredero vencido, pues la pérdida del bien implica una disminución de la masa hereditaria, que debe afectar a todos por igual. De esta manera cada uno recibe igual valor; en el ejemplo, 16. De otra forma, si el saneamiento se entendiera por el total, el afectado recibiría 20, o sea toda su cuota hereditaria, y los demás verían reducida la suya a 15. La norma comentada yerra al no aclarar tan importante asunto. Dice sólo, a continuación, que el heredero vencido también asume la responsabilidad del insolvente, junto con los demás. Pero no solamente participa en la parte del saneamiento que no puede cubrir el insolvente, sino también en la proporción en que ha participado él mismo en la partición, por el pago que le toca recibir. El error de técnica de redacción viene del artículo 793 del Código anterior, del cual es transcripción literal.

Si el bien se pierde en juicio por causa expresamente excluida de la partición, o posterior a ésta o por culpa exclusiva del heredero, no hay saneamiento por evicción (artículo 867); y, en consecuencia, el heredero propietario no recibirá compensación alguna.

Consideramos importante tomar en cuenta estos aspectos en la forma que están recogidos en el artículo planteado.»

Artículo 867.-**Artículo 868.-**

TITULO III
Cargas y deudas de la herencia

CAPITULO PRIMERO
Cargas

Artículo 869.- «Son de cargo de la masa hereditaria:

1. Los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente.
2. La retribución de los albaceas, los honorarios de los abogados y los gastos judiciales en que fuese necesario incurrir con respecto a la sucesión.»

Fundamento.- La idea de modificar el inciso 2 del artículo 869 del Código Civil no nos pertenece. Corresponde al Doctor Augusto Ferrero Costa⁽¹⁸⁷⁾, pero la misma es compartida plenamente por nosotros y se basa en los argumentos que reproducimos a continuación:

«El concepto de los gastos provenientes de la última enfermedad del causante como carga de la herencia –a que se contrae el inciso 2 del texto actual de este artículo–, rompe el esquema de que sólo las obligaciones posteriores a la muerte constituyen las cargas, siendo nuevo en nuestro ordenamiento. Y en realidad, debería haber sido considerado como deuda; es más, como obligación de la sociedad de gananciales, en vista de que el artículo 316, inciso 1, expresa que es de cargo de ésta el sostenimiento de la familia.

(187) FERRERO COSTA, Augusto. Op. cit., Páginas 55 a 57.

Este error conceptual puede provenir de la legislación chilena posterior al Código Civil, pues las Leyes 5427 y 1627 consideran entre las bajas generales de la herencia a los gastos de última enfermedad. En relación a este concepto, el profesor Somarriva se inclina por la norma primigenia del Código, que no consideraba como tales a estos gastos, expresando que en el fondo éstos no son sino deudas hereditarias, a diferencia de los gastos de entierro, que se producen una vez fallecido el causante. El Anteproyecto Lanatta constreñía este enunciado a un período cierto, refiriéndose a la enfermedad hasta por seis meses anteriores al fallecimiento, lapso que eliminó la Comisión Revisora.

Debe observarse que el Código no distingue entre gastos efectuados y pendientes a la fecha del fallecimiento del causante, por lo que debemos entender que se refiere a ambos. Esto complica más la figura, pues se trata de deducir como carga de la herencia un concepto que no se encuentra en ella: los gastos realizados. Para que la deducción sea posible, tenemos que agregarla antes idealmente a la masa, para después hacer la imputación del cargo como corresponde. Es decir, afectará la herencia después de deducidos los gananciales del cónyuge supérstite.

Además, llama la atención que se haya eliminado el plazo prudencial de seis meses que, en todo caso, estableció el Anteproyecto Lanatta, pues al no existir éste, la última enfermedad puede tener una duración de veinte años, en cuyo caso los gastos incurridos en ella pueden superar ampliamente el patrimonio del causante al momento de su fallecimiento.

Por todas estas razones, pensamos que esta carga debe ser eliminada de nuestro ordenamiento, debiendo constituir una deuda de la sociedad conyugal.

Respecto al inciso 3 –gastos de administración–, consideramos que es un enunciado demasiado lato. No especifica a qué administración se refiere. Más apropiada nos parece la redacción empleada por Lanatta en su Anteproyecto, remitiéndose a la retribución de los albaceas, los honorarios de los abogados y los gastos judiciales en que fuere necesario incurrir con respecto a la sucesión. Al respecto, los honora-

rios de los abogados pueden considerarse como cargas de la herencia siempre que sean en interés de todos los herederos o haya manifestación expresa de éstos respecto a la actuación de aquéllos; no así si se trata de trabajos realizados en interés de un heredero determinado.

Atendiendo a estos conceptos es que hemos planteado la modificación del artículo.»

Respecto a la crítica al inciso 2 del artículo bajo comentario, el Doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena coincide con las palabras del Doctor Ferrero, al afirmar que nuestro Código también ha catalogado a los gastos de última enfermedad del causante como carga de la herencia, pero eso constituye un grave error, porque tales asuntos corresponden a obligaciones contraídas en vida del causante y precisamente en su favor, pero heredadas por sus sucesores porque no han sido pagadas antes de la muerte.

Artículo 870.—

CAPITULO SEGUNDO

Deudas

Artículo 871.—

Artículo 872.—

Artículo 873.—

Artículo 874.—

Artículo 875.—

Artículo 876.-**Artículo 877.-****Artículo 878.-**

Artículo 879.- «El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, salvo disposición contraria del testador o si las porciones de los herederos no bastaren para ello. De no encontrarse en el último de los supuestos mencionados, si el legatario hubiera pagado alguna deuda debidamente acreditada y que grave específicamente el bien legado, deberá resarcirse por los herederos lo que hubiere pagado.»

Fundamento.- Quien advirtió la deficiencia del artículo 879 del Código Civil fue el Doctor Guillermo Lohmann⁽¹⁸⁸⁾.

El citado profesor anota que tanto los artículos 760 y 761, como el que estamos comentando, se orientan a afirmar que el legatario responde por las obligaciones del causante en la medida que así éste lo haya dispuesto o que el legatario haya aceptado la obligación.

Agrega Lohmann que no es aceptable este planteamiento, puesto que un testador que carezca de herederos forzosos, podría distribuir todo su activo en legados, y que los legatarios se nieguen a pagar a los acreedores del causante, dejándoles sin posibilidad de cobro, argumentando que ellos no heredan deudas, sino sólo bienes singulares. Si esto fuera así, los acreedores quedarían desamparados.

Anota el citado catedrático, en posición que compartimos plenamente, que los únicos artículos que defienden, por decirlo de esa manera, los intereses de los acreedores, son el 790 y el 875; lo cual, de cualquier modo resulta insuficiente. Entonces

(188) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. cit., Tomo I, Página 99.

es necesario preguntarse cuál debe ser el orden de pago de las obligaciones y cargas que afectan a la masa hereditaria. Eso es lo que precisamente propone Lohmann. El primer y prioritario lugar le corresponde a los herederos no legatarios, quienes al sustituirse en la posición de su causante, pasan a ser deudores, con el privilegio de que la deuda debe pagarse preferentemente con cargo al activo de la herencia.

En segundo lugar, de acuerdo al artículo 770, responderán con su legado, los coherederos que al mismo tiempo sean legatarios.

Por último, si quedaran acreedores impagos, sea porque el activo no legado no alcanzó a cubrir el pasivo, sea porque los herederos son insolventes, los legatarios comunes responderán mancomunadamente a prorrata por las obligaciones, pero sólo hasta por el valor de los respectivos legados, y por tanto nunca podría ser el caso del heredero.

Por todo ello es que el heredero responde por las obligaciones de la masa hereditaria, pero ocasionalmente también responden los legatarios en los casos que han quedado expuestos.

Por nuestra parte, hemos preferido optar por una modificatoria del numeral 879, bajo comentario, pero que no presente entrar a detalles, ya que consideramos que la ley no debe dedicarse a la casuística. Si establecemos claramente que existe la excepción a la regla de que los legatarios nunca responden por las deudas de la herencia.

Artículo 880.-

Tentaciones Académicas, Tomo I, se terminó
de imprimir en el mes de junio de 1998
en los talleres gráficos de Editorial e
Imprenta DESA S.A. (eg. Ind. 16521),
General Varela 1577, Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

GIOVANNI ANELLO OLIVA

Historia del reino y provincias del Perú. 1998. 388 p.

FERNANDO ARMAS ASIN

Liberales protestantes y masones. 1998. 302 p.

GISELA CANEPA KOCH

Máscaras. Transformación e identidades en los Andes. 1998. 351 p.

GUILLERMO DAÑINO

Manantial de vino. 1998. 187 p.

PINKAS FLINT BLANCK

La Revolución del Derecho de Seguros y del Derecho Laboral. (Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Vol. 8). 1998. 288 p.

NICHOLAS GRIFFITHS

La cruz y la serpiente. 1998. 384 p.

LUIS GERONIMO DE ORE, O.F.M.

Relación de la vida y milagros de San Francisco Solano. 1998. 80 p.

MIRIAM SALAS DE COLOMA

Estructura colonial del poder español en el Perú: Huamanga (Ayacucho). 1998. 2 t.; 612 p., 572 p. y Anexos.

TOMAS SOBREVILLA ENCISO

El proceso concursal peruano. 1998. 586 p.