

Mario Castillo Freyre

Por qué no se debe reformular el Código Civil

Con la colaboración de
Verónica Rosas Berastain




PALESTRA

 **GARRIGUES**
CÁTEDRA
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mario Castillo Freyre (1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos en dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. Es abogado en ejercicio en el Estudio que lleva su nombre.

MARIO CASTILLO FREYRE

Magíster y Doctor en Derecho; profesor de Obligaciones
y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú,
en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón
y en la Universidad de Lima

POR QUÉ NO SE DEBE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL

Con la colaboración de
Verónica Rosas Berastain

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PALESTRA EDITORES
LIMA – 2007

POR QUÉ NO SE DEBE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL

Mario Castillo Freyre

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright : MARIO CASTILLO FREYRE
© Copyright 2006 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 Lima 18 - Perú
Telf. (511) 243-6664
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
GRANDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

Diagramación: E. ANA CRIBILLERO CANCHO

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert. N.º 2006-10417

ISBN: 9972-224-32-5

N.º de proyecto editorial: 31501000600687

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en el Perú Printed in Peru

ÍNDICE

Palabras Liminares	15
--------------------------	----

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES E HISTORIA DE LA REFORMA

1. El Código Civil Peruano de 1984. Una apreciación personal	
2. ¿Era necesario el Código Civil de 1984?	17
3. Las tentaciones académicas de reformar integralmente el Código Civil Peruano de 1984	21
4. ¿Un Código Civil de contrabando?	54
5. El Anteproyecto de marzo del 2005	62
6. El Proyecto del 11 de abril de 2006	181

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL PROYECTO DE LA

REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL 11 DE ABRIL DE 2006

Título Preliminar	199
· Artículo II	200
· Artículo II-A	202

· Artículo II-B	204
· Artículo II-C	206
Libro I. DERECHO DE LAS PERSONAS	208
Sección Primera. Personas naturales	208
Título II. Derechos de las personas	208
· Artículo 4	208
· Artículo 4-A	237
· Artículo 16-A	240
· Artículo 17	244
Título IV. Capacidad e incapacidad de ejercicio	244
· Artículo 43	245
· Artículo 44	245
Sección Segunda. Personas Jurídicas	249
Título I. Disposiciones Generales	249
· Artículo 78	251
· Artículo 78-A	261
· Artículo 78-B	265
· Artículo 78-C	266
Título III. Fundación	269
· Artículo 102	269
Libro II. ACTO JURÍDICO	271
Título III. Representación	271
· Artículo 148	271
· Artículo 150	273
· Artículo 153	275
· Artículo 156	277
· Artículo 157	285
· Artículo 158-A	286
Título IX. Nulidad del acto jurídico	288
· Artículo 219	288
· Artículo 220	289
· Artículo 226	297
Libro III. DERECHO DE FAMILIA	298
Sección Segunda. Sociedad conyugal	298

Título III. Régimen patrimonial	298
Capítulo Primero. Disposiciones generales	298
· Artículo 295	298
· Artículo 296	300
· Artículo 315	301
Capítulo Tercero. Separación de patrimonios	304
· Artículo 329	304
Sección Tercera. Sociedad paterno-filial	307
Título II. Filiación extramatrimonial	307
Capítulo IV. Filiación por reproducción	307
médicamente asistida	307
· Artículo 417-A	307
· Artículo 417-B	310
· Artículo 417-C	313
· Artículo 417-D	315
· Artículo 417-E	316
Sección Cuarta. Amparo familiar	318
Título II. Instituciones supletorias de amparo	318
Capítulo Segundo. Curatela	318
· Artículo 564	320
· Artículo 569	320
· Artículo 610	321
· Artículo 612	321
· Artículo 566	321
· Artículo 584	322
· Artículo 585	322
· Artículo 586	322
· Artículo 587	323
· Artículo 588	323
· Artículo 589	323
· Artículo 590	324
· Artículo 591	324
· Artículo 592	324
· Artículo 593	325
· Artículo 594	325
· Artículo 613	325

Libro IV. DERECHO DE SUCESIONES	326
Sección Primera. Sucesión en general	326
Título II. Petición de herencia	326
· Artículo 664	326
· Artículo 673	334
· Artículo 679	337
Título V. Representación	340
· Artículo 682	340
· Artículo 683	341
Sección Segunda. Sucesión testamentaria	342
Título II. Formalidades de los testamentos	342
Capítulo Segundo. Testamento en escritura pública	322
· Artículo 696	342
Título III. La legítima y la porción disponible	345
· Artículo 723	345
· Artículo 729	347
· Artículo 771	347
Título VIII. Albaceas	349
· Artículo 788	349
Sección Tercera. Sucesión intestada	350
Título I. Disposiciones generales	350
· Artículo 816	350
Título II. Sucesión de los descendientes	352
· Artículo 819	352
Título III. Sucesión de los ascendientes	353
· Artículo 821	353
Título IV. Sucesión del cónyuge	353
· Artículo 824	353
Título V. Sucesión de los parientes colaterales	354
· Artículo 828	354
Sección Cuarta. Masa hereditaria	356
Título I. Colación	356
· Artículo 833	356
· Artículo 834	358
· Artículo 835	358
· Artículo 840	361

Título II. Indivisión y partición	362
Capítulo I. Indivisión	362
· Artículo 846	362
Capítulo II. Partición	364
· Artículo 865	364
Libro V. DERECHOS REALES	366
Sección Primera. Disposiciones generales	366
· Artículo 882	366
Sección Tercera. Derechos reales principales	368
Título II. Propiedad	368
· Artículo 923	368
· Artículo 950	371
· Artículo 971	374
· Artículo 985	375
· Artículo 988	375
Sección Cuarta. Derechos reales de garantía	377
· Artículo 1066	378
· Artículo 1069	380
· Artículo 1069-A	383
· Artículo 1069-B	383
· Artículo 1084	385
· Artículo 1089-A	385
· Artículo 1089-B	386
· Artículo 1089-C	386
· Artículo 1089-D	387
Título III. Hipoteca	387
· Artículo 1101	387
· Artículo 1106	388
· Artículo 1107	388
· Artículo 1111	389
Libro VI. LAS OBLIGACIONES	393
Sección Primera. Las obligaciones y sus modalidades	393
Título VI. Obligaciones mancomunadas y solidarias	393
· Artículo 1183	393
· Artículo 1194	397

Título V. Transmisión de las obligaciones	399
Capítulo Único. Cesión de derechos	399
· Artículo 1207	399
· Artículo 1209	400
· Artículo 1210	401
· Artículo 1216	402
Sección Segunda. Efectos de las obligaciones	403
Título V. Condonación	403
· Artículo 1296	403
Título VII. Transacción	406
· Artículo 1302	406
Título IX. Inejecución de obligaciones	410
Capítulo Primero. Disposiciones generales	410
· Artículo 1322	410
Capítulo Segundo. Mora	414
· Artículo 1333	414
Libro VII. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	418
Sección Primera. Contratos en general	418
Título I. Disposiciones generales	418
· Artículo 1355	418
· Artículo 1370	420
· Artículo 1372	423
Título II. El consentimiento	425
· Artículo 1398	425
· Artículo 1399	437
Título V. Contrato preparatorios	438
· Artículo 1417	438
· Artículo 1424	439
Título VI. Contrato con prestaciones recíprocas	439
· Artículo 1429	439
· Artículo 1433	446
Título XV. Obligaciones de saneamiento	448
Capítulo II. Saneamiento por evicción	448
· Artículo 1495	448
· Artículo 1501	453

Capítulo Tercero. Saneamiento por Vicios Ocultos	456
· Artículo 1511	456
· Artículo 1512	457
· Artículo 1513	459
· Artículo 1523	459
Sección Sexta. Responsabilidad extracontractual	461
· Artículo 1969	461
· Artículo 1972	465
· Artículo 1973	477
· Artículo 1979	481
· Artículo 1980	484
· Artículo 1981	486
· Artículo 1987	487
Libro IX. REGISTROS PÚBLICOS	491
Título II. Disposiciones generales	491
· Artículo 2008	491
· Artículo 2009	493
· Artículo 2011	494
· Artículo 2014	498
Título II. Registro de Bienes	502
Título III. Registro de Personas Jurídicas	502
· Artículo 2024	502
· Artículo 2025	503
· Artículo 2026	504
· Artículo 2030	505
· Artículo 2032	507
· Artículo 2033	508
· Artículo 2034	509
· Artículo 2036	511
· Artículo 2037	512
· Artículo 2038	512
· Artículo 2039	512
· Artículo 2040	513
· Artículo 2041	513
· Artículo 2042	514

Libro X. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	515
Título I. Disposiciones generales	515
· Artículo 2056-A	515
Título III. Ley aplicable	518
· Artículo 2082	518
Bibliografía	519

PALABRAS LIMINARES

En marzo del 2005 fue publicado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, elaborado por la Comisión Oficial constituida para tal efecto.

Dicho Anteproyecto mereció dos libros que escribimos criticando su dudosa factura. El primero de ellos lo escribí con la colaboración de mi discípula, Verónica Rosas Berastain y lo publiqué en el mes de septiembre del 2005 y llevó por título *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*.

El segundo libro llevó por título *La teoría de los actos propios* y lo escribí con mi también discípula, Rita Sabroso Minaya, habiendo sido publicado en marzo del 2006.

Este tercer libro, que lleva por título *¿Por qué no se debe reformar el Código Civil?*, está referido al estudio del Proyecto publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 11 de abril de 2006.

Estamos seguros de que con su lectura, el lector podrá confirmar, una vez más, que la pretendida reforma no conduciría a nada bueno.

Antes de concluir estas palabras liminares, quiero agradecer la colaboración de Verónica Rosas Berastain, quien, con la brillantez que la caracteriza, me ha vuelto a acompañar en una aventura académica.

Lima, julio del 2006.

Mario Castillo Freyre

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES E HISTORIA DE LA REFORMA

1. EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. UNA APRECIACIÓN PERSONAL.- 2. ¿ERA NECESARIO EL CÓDIGO CIVIL DE 1984?.- 3. LAS TENTACIONES ACADÉMICAS DE REFORMAR INTEGRALMENTE EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.- 4. ¿UN CÓDIGO DE CONTRABANDO? 5. EL ANTEPROYECTO DE MARZO DEL 2005.- 6. EL PROYECTO DEL 11 DE ABRIL DE 2006.

1. EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. UNA APRECIACIÓN PERSONAL

Si bien no nací en el estudio del Derecho con el Código Civil Peruano de 1984, sí puedo decir que di mis primeros pasos con él. Debo afirmar, hoy, veintidós años después de ese comienzo, que se trata de un buen Código. Con esta afirmación no estoy desmereciendo en nada al Código Civil de 1936, que fue derogado por el de 1984, ya que aquel cuerpo normativo 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 Calle y Pero 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 de la evolución de la codificación extranjera, así como también el desarrollo de la doctrina que la sustentaba e interpretaba, hizo que un nutrido grupo de profesores de Derecho considerara aconsejable la elaboración de un nuevo Código Civil. Tal vez por esta razón, la Comisión instalada en 1965 para proponer enmiendas al Código de 1936 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 diecinueve años, con serios paréntesis, sobre todo en la época de la Dictadura Militar de los setenta. 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, Ismael Bielich Flórez, Héctor Cornejo Chávez, Manuel de la Puente y Lavallo, 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, Jorge Avendaño Valdez, y Fernando Vidal Ramírez, entre otros.

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

La Comisión Revisora, conformada por algunos Congresistas de la República (todos ellos abogados) y un número menor de abogados en ejercicio, que no desempeñaban función congresal, tuvo como Presidente al doctor Javier Alva Orlandini y como su más entusiasta propulsor al doctor Jack Bigio Chrem. También estuvo conformada 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 fue promulgado el 24 de julio de 1984, mediante decreto legislativo n.º 295, siendo Ministro de Justicia el doctor Max Arias-Schreiber Pezet, y entró en vigor el 14 de noviembre de ese mismo año.

Este Código, que tuvo la virtud de ser elaborado por destacados abogados y profesores universitarios, como toda obra humana, tiene virtudes –numerosas, por cierto– y defectos –igualmente numerosos–. Pero ello es natural. Todo Código Civil los tiene. 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.

El Derecho de todo país es como una mesa de tres patas que, obviamente, no puede sostenerse si falta una de ellas. Dos no bastan; una menos. Esas tres son: la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. A ellas se suma la costumbre.

En lo que al ámbito del Derecho Peruano se refiere, no son muchas las Ejecutorias Supremas que hayan transformado la interpretación o sentido de una norma legal, como sí ocurre en otros países de nuestra tradición jurídica. El caso más emblemático es el de la Corte de Casación Francesa, la misma que, desde la aparición del Código Napoleón, ha interpretado muchas de sus normas en sentidos absolutamente contrarios a sus tenores literales.

Por otra parte, la producción jurídica en el Perú 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 las nuevas generaciones de académicos carecen del temor reverencial de antaño.

En los últimos tiempos se ha hecho frecuente leer artículos periodísticos o de revistas firmados por alumnos de Derecho, en los cuales se exponen argumentos contra las posiciones de los más reputados profesores nacionales. En lo personal, creo que el mérito de la evolución de la doctrina jurídica peruana es compartido tanto por profesores como por alumnos quienes, con una actitud que en otros tiempos habría sido 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 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 sólo tres.

Pero todo ello no es suficiente.

Existen, veintidós 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 que antes de plantear enmiendas al Código en esas áreas,

los profesores especialistas en las mismas deberían interpretar sólidamente los alcances de las normas vigentes.

Pensamos que la labor de los catedráticos universitarios debería pasar, necesariamente, por dedicar buena parte de su tiempo a la investigación jurídica.

Es indudable que el Código Civil Peruano de 1984 no es la obra cumbre del Derecho. No estamos en la situación de Napoleón cuando manifestó, como relata el profesor Eduardo Dato Iradier¹ –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.

Nos falta mucho camino por recorrer.

Así pues, hay que andarlo.

2. ¿ERA NECESARIO EL CÓDIGO 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 dada a ese cuerpo legal.

1. DATO IRADIER, Eduardo. «Introducción a la obra». En: GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. 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*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909, vol. I, p. V.

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 una prueba irrefutable de sus bondades.

Así, la derogatoria del Código Civil de 1852 fue absolutamente necesaria. El Perú ganó mucho con ella.

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

Especialmente don Manuel Augusto Olaechea de quien, en obras anteriores, ya he manifestado que 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. Él prácticamente las compraba 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 en 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 Memoranda, piezas jurídicas invalorable, 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.

Si bien es cierto que de muchas de las normas del Código Civil de 1936 podía decirse que debían ser perfeccionadas, también es verdad que ello puede sostenerse respecto de cualquier Código Civil del mundo, incluso de aquél que el lector de estas páginas considere como el mejor.

Sin embargo, cuando en 1965 se tomó la decisión de revisar y modificar el Código de 1936, no se advirtieron 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. Durante 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 implicó).

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 traduzca al plano legislativo. No olvidemos que esta Constitución introdujo cambios importantes en aspectos del Derecho de Personas y de Familia.

Pero considero que el tramo final de la 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 Civil²; en tanto que durante el ejercicio ministerial del doctor Max Arias-Schreiber, el 24 de julio de 1984, se promulgó el Decreto Legislativo n.º 295, con las firmas 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 cuarenta y ocho años en que comenzó a regir el Código de 1936, que derogaba³.

2. MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

3. 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.º 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 pro-

poner 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.º 367 del 27 de octubre de 1967 se modificó el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 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, desde hace muchos años, el doctor Felipe Osterling Parodi, su actual Presidente.

Por Resolución Suprema N.º 0043-73-PM/ONAJ de 14 de marzo de 1973, se dispuso la ampliación de la Comisión, con el nombramiento de los doctores Óscar 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.º 0046-78-PM/ONAJ de 1º de marzo de 1978, la doctora Lucrecia Maisch von Humboldt y el doctor Manuel de la Puente y Lavalles 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 Deakey, 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 Muñoz 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 Lavalles, 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 Deakey, la señora Susana Zusman Tinman, los doctores Jorge Muñoz Ziches, Rafael Rosselló de la Puente, Jorge Vega Velasco, Víctor M. Villavicencio Cúneo y el señor Carlos Cárdenas Quirós».

Estimo que las razones que sustentaron el Anteproyecto que dio lugar al nuevo Código⁴, fueron plenamente valederas, sin dejar de reconocer que la decisión de reformar el Código de 1936 no dejaba de representar una simple opción legislativa⁵.

4. OSTERLING PARODI, Felipe. «La Necesidad de la Actualización del Código Civil». Introducción a la obra citada: MINISTERIO DE JUSTICIA-PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

5. 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 forma integral, como directa consecuencia de los profundos cambios ocurridos en todos los órdenes y con el propósito esencial de adecuarlo a dichos 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 período 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 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».

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 —de 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 de otros notables abogados, fueron infructuosos.

Ello resultaba plenamente comprensible porque, 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.

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.
- Eliminar la necesidad del empleo de formalidades excesivamente onerosas, como por ejemplo la notificación judicial, cuando sea posible obtener el mismo resultado con econo-

mía 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 idiosincrasia 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 adecuen ni coincidan con los que la época reclama, sino un Código que se nutra de nuestra problemática y sea fiel reflejo de ella.

Suscribo las líneas rectoras del anterior proceso de reforma, pues ellas eran adecuadas y representaban criterios 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 olvidemos que 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 resultaría equitativo, pero esto sin dejar de lado una comparación que incluya la historia y el contexto de sus épocas. Cada Código fue muestra

cabal del Derecho de su tiempo. Y los dos, uno en 1936 y otro en 1984, fueron buenos.

En la elaboración de ambos cuerpos legales participaron los más renombrados abogados y catedráticos universitarios del momento, 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 señalo 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 diecinueve años de trabajo, estuvieran en la obligación de advertirlas y enmendarlas. Precisamente, para ello fueron nombradas.

Por otra parte, la doctrina de nuestra tradición jurídica había avanzado notablemente; en el Perú ya contábamos, por citar las más notables y representativas, con las obras de los doctores José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez y Manuel de la Puente y Lavalle, cuyos estudios y observaciones respecto de determinados defectos del Código de 1936 eran dignos de tomarse 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 hubiera venido abajo. Por lo demás, las normas de este Código que con el paso de los años devinieron en contrarias a las Constituciones de 1979 y 1993, en Derecho de Personas, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, simplemente habrían quedado derogadas (pues una 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 abste-

nerse 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.

3. LAS TENTACIONES ACADÉMICAS DE REFORMAR INTEGRALMENTE EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El 14 de noviembre de 2005 se cumplieron veintiún años de la fecha en que entró en vigencia el Código Civil de 1984 a través del Decreto Legislativo n.º 295.

En los últimos catorce años mucho se ha escrito acerca de la supuesta necesidad de reformarlo integralmente. No creo en esa necesidad y, por ello, desde 1994 me constituí en el más firme e invariable opositor a esa absurda idea.

Estas páginas servirán para recordar mis razones.

En 1992, cuando asomaba la idea de que debía discutirse la futura revisión del Código Civil Peruano de 1984, en Comisiones de Estudio integradas por profesores de Derecho, comprendí que, más allá de las que se decían en ese entonces, eran las intenciones de los propulsores de la idea, lo que se quería hacer era modificarlo integralmente, de manera tal que ni siquiera íbamos a encontrarnos en el futuro frente a una «Ley de Enmiendas», sino ante un nuevo Código.

También a partir de esa época comenzó la discusión pública acerca del tema y se llegaron a esbozar diversas posiciones, tales como aquella que planteaba modificar sólo lo esencial, otra que proponía derogar el Código Civil de

1984 y poner en vigencia nuevamente el de 1936, y hasta posiciones novedosas, como la que planteaba modificar radicalmente todo el Código Civil de 1984 y empezar el inmediato proceso de elaboración de un Código Civil nuevo, totalmente distinto y hasta «revolucionario» (naturalmente, en el sentido moderno de la palabra). Esta posición fue planteada inicialmente por algunos adherentes del Análisis Económico del Derecho⁶.

Conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión era artificial; iba constatando que al ámbito académico era al único sector de abogados al que realmente podía interesar –o no– emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco, verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera la mayor parte de los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

Pero así, y sin que exista necesidad alguna de llevar adelante un proceso de tal envergadura, ciertos profesores de Derecho, precisamente varios de los que habían conformado la Comisión que elaboró el Código en vigencia, se empeñaron en llevar adelante el intento de reforma integral del Código de 1984 y empezaron a practicar el peligroso juego de dar rienda suelta a sus tentaciones académicas. Muchos abogados y profesores nos encontrábamos atónitos frente a tan temerario proceder.

6. Sobre esta patología jurídica véase CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

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 primeros años de vigencia del Código, en 1994, se nombró una primera Comisión Oficial destinada a «enmendarlo» (¡magnífica conmemoración aquella que buscaba derogar buena parte del «homenajeado»!).

En aras de la pretendida reforma del Código Civil se sostuvieron numerosos argumentos; pero, fundamentalmente, me centraré en los que considero como los más difundidos.

Como primer argumento se señaló que desde 1984 se habían producido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritaban una profunda modificación del Código.

Pero esa afirmación incurría en el error de pensar que ésta 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; sin embargo, 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 a aspectos muy concretos del Código.

Siempre hemos sostenido 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.

Sostengo que deberíamos tender a que las normas sean lo más amplias posibles y, de esta forma, prolongar –de la manera más firme– su vigencia en el tiempo.

Ejemplo de normas que resistieron 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 adoptó, para el tema de los contratos celebrados 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. Es obvio que estas normas eran adecuadas, a la vez que amplias, pues, a pesar de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, los referidos artículos resultaban aplicables, tanto a la contratación por facsímil –medio desconocido en el Perú de 1984– como a aquélla que se pudiera producir por correo electrónico.

Sin embargo, a pesar de esa perfección, el legislador no pudo vencer sus tentaciones académicas, y por Ley n.º 27291, de fecha 24 de junio del año 2000, se agregó al artículo 1374 un peligrosísimo e imperfecto segundo párrafo, en el sentido de que si las comunicaciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo, con lo que se desnaturalizaba el sentido de la norma.

De otro lado, el segundo argumento que se esgrimió en aras de la reforma del Código Civil señalaba que en

todos estos años de vigencia del Código de 1984 se habían producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacían necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Si bien es cierto que desde 1991 se dio una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código, cabría preguntarse si estas modificaciones fueron acertadas o no. Tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales carecieron de una adecuada meditación, en tanto que otras fueron elaboradas por abogados que carecían de una rigurosa formación civilista.

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, 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 a las nuevas, las mismas que pecan por ser excesivamente reglamentarias y por intentar cubrir una serie de hipótesis, muchas de las cuales son contradictorias y otras inexistentes.

Como tercer argumento a favor de la reforma del Código Civil, que fuera promulgado cinco años después de entrar en vigencia la Constitución Política de 1979, se sostuvo que resultaba necesario adecuarlo a la Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil.

Estimo que éste, al igual que los precedentes, resultó ser un argumento que cayó por su propio peso, porque 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) recogieron similar modelo económico: la economía social de mercado.

Además, el Código de 1984 regula 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 normatividad que recibió un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia fue, incluso, elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se señaló que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, lo que resultaba imperativo enmendar para que dicho cuerpo legal no perdiese la calidad que tiene.

Pero quienes sostenían este argumento olvidaban que resulta normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley.

De ninguna manera vamos a esperar que una ley sea absolutamente perfecta. Esto es imposible.

Intentar conseguir un Código Civil perfecto es una fantasía o, peor aún, una utopía. Pero el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar.

Debemos aprender de aquello que ocurrió con el Código Francés, que dio lugar al más luminoso proceso de comentarios de toda la historia del Derecho de la tradición jurídica romano-germánica, tanto por la cantidad, como por la calidad de exégetas que hicieron infinitos aportes al texto de ese cuerpo legal.

Fueron ellos quienes detectaron los 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 integral.

Si bien muchas de las normas de ese Código han sufrido modificaciones en estos 202 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.

Y esta situación no es privativa de Francia, pues se extiende a muchos otros países de Europa y América Latina, como son España, Italia, Alemania y Argentina, por citar sólo a los más representativos.

Pero, independientemente de los argumentos que nos llevaron a desestimar aquéllos que se esgrimieron a favor de la reforma, existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

De ninguna manera pretendemos idealizar la ley, pero sí buscamos señalar que es importante entender 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–, son muy importantes dentro de una sociedad.

Asimismo, debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aún cuando aquello que las impulsa en realidad no es, fundamentalmente, el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

En segundo lugar, estoy convencido de que el Código de 1984 es un buen Código, de modo que resultaría peligroso enmendarlo de manera integral, en un lapso tan corto de vigencia.

Como tercer argumento para no reformar integralmente el Código, sostenemos que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso de discusión doctrinaria que se haya registrado en el Perú, ese proceso 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 solamente 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, repito: 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 asoma y que en el futuro podría afirmarse la solidez de la doctrina peruana.

Por otra parte, debemos resaltar que hoy en día no existe el consenso requerido para modificar integralmente el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico está dividido en diversas posiciones: aquella que encarna la Comisión que busca elaborar una Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición que apuesta por un Código Civil absolutamente novedoso (inicialmente sostenida por los propulsores del Análisis Económico del Derecho y ahora sostenida por otro grupo muy distinto de profesores, fundamentalmente adscritos a la influencia de la doctrina italiana); y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquéllos que estamos convencidos de que la reforma integral es el peor de los caminos y que, por el contrario, el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución.

No obstante, esto no significa que, si hubieren algunos puntos de imperiosa necesidad, no se puedan efectuar

modificaciones muy puntuales; pero sin alterar la estructura orgánica del Código.

De continuar el empeño de modificar todo el Código, nuestro medio jurídico correría el grave riesgo de que, luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo que tengamos, en un breve lapso, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la seguramente defectuosa Ley de Enmiendas.

Sin duda, esta sería una especie de «historia sin fin», que podría contarse innumerables veces.

Y no olvidemos que ni siquiera sería necesario esperar a ese momento, porque hoy en día, con la sola existencia de un Proyecto, elaborado a este respecto por una Comisión oficial, las críticas al mismo han sido y siguen siendo abundantes, dados los infinitos defectos que contiene.

Si la modificación integral del Código Civil de 1984 se hubiera producido, como hubiesen deseado algunos, por poner una fecha tentativa, en noviembre del año 2005, estaríamos hablando de un Código que habría tenido tan sólo 21 años de vigencia. Sin duda, el que un Código dure 21 años no sería un mérito sino un demérito para el país. Sólo por compararlo con el Código Civil de 1936 –al que muchas veces se ha criticado de manera injusta e ignorante–, podríamos decir que el Código Civil de 1984 habría durado menos de la mitad de su predecesor inmediato. Por otra parte, no me cabe duda de que esta vigencia, inusitadamente breve, hubiera hecho que los civilistas de diversos países del mundo, al enterarse del acontecimiento, se empezaran a preguntar cuántas cosas malas tuvo ese Código, cuántas doctrinas equivocadas recogió, cuántos errores se cometieron en su elaboración.

Pero, paradójicamente, los profesores que iniciaron en 1992 la empresa de modificar el Código Civil de 1984 sostenían que era un Código de avanzada, y que había recibi-

do elogios de prestigiosos colegas de muchos países. No dudo de la existencia de los elogios. Es más, creo en varios de ellos. De lo que dudo es del hecho de que esos profesores peruanos –que fomentaron la reforma– hubiesen estado, en el fondo, convencidos del contenido de dichos elogios; pues si los hubieran compartido, de seguro no hubiesen transitado por ese camino.

¿Se acuerda el lector de esa vieja serie de televisión llamada *La Isla de la Fantasía*?

En el Perú, a diferencia de la antigua serie, no tenemos a un simpático enanito, llamado «Tatoo» que se emocionaba cada vez que veía llegar un avión y exclamaba: «¡El avión..., el avión...!». Pero resulta lamentable que haya personas que no puedan vivir ni dormir sin la idea de que cada día se cambie algún artículo del Código; que cada día vengan a esta *Isla de la Fantasía* nuevos pasajeros, nuevos visitantes, conocidos y desconocidos, de otros países (no de fantasía sino de realidad), para que nos digan que nuestras palmeras y nuestras bailarinas son bellas; que nuestro Código es lindo, hermoso; en una palabra, «fantástico».

Pero ello no nos será suficiente, ya que como esos turistas volverán a nuestra *Isla*, nos esmeraremos en presentarles –cuando regresen– un paisaje distinto; vamos a esforzarnos para que nuestras palmeras sean más frondosas, para que los artículos de nuestro Código tengan más párrafos, para que todo esté lleno de plantas, para que todo el Código esté lleno de definiciones; para intentar que todo esté explicado; en buena cuenta, para que el paisaje que ayer vieron, hoy lo noten totalmente renovado.

Pero pienso que hasta el propio actor Ricardo Montalbán, protagonista de *La Isla de la Fantasía*, se empezaría a preocupar si se recargara tanto el paisaje de su isla. Ello, porque se correría el riesgo de que ese agradable paisaje deje de serlo y de que esos jardines se conviertan, por

lo atiborrado de sus plantaciones, en una monstruosa y espesa selva, en donde nada esté claro y en donde reine la más absoluta confusión.

Esa *Isla de la Fantasía* habría dejado de ser bella, se habría convertido en una huachafería a donde nadie querrá volver.

Ni el Perú ni el Código vigente son la *Isla de la Fantasía*. El Código Civil de 1984 es simplemente un Código; pero, el problema estriba en que para algunas personas sí lo es.

Puede que los habitantes de la *Isla de la Fantasía* alguna vez hayan creído en que esa tierra era real; pero, si creían que era la tierra más bonita, estaban equivocados, pues es obvio, al fin y al cabo, sólo era una ficción; ficción que se empeñarán en considerar como cierta y a la vez en tratar de modelar permanentemente, cual mediocre obra de arte frustrada e inconclusa.

Eso es lo que algunos creen que se debe hacer con el Código Civil.

El Código, malo, regular, bueno, muy bueno, o digno del paraíso, no es sino un Código más dentro de la tradición jurídica romano-germánica y el Perú es solamente un país más dentro de esa tradición.

Si se llegara a promulgar una Ley de Enmiendas sobre la integridad del Código Civil, ella habría sido elaborada sin que lo pida ni lo necesite el medio jurídico nacional. Pero sería dicho medio jurídico el que tendría que padecer las consecuencias de una reforma de tal magnitud que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que *saben* más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere imaginable; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el abogado pe-

ruano; y no sólo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos, inútiles.

Muchas de esas teorías son lo que los profesores del siglo XIX denominaban «sutilezas de escuela», de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero –aun así– de manera tangencial, pues harían que si destináramos más tiempo para su debate, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograríamos simplemente que pierdan el tiempo.

Siempre tuve la certeza de que si –dentro de esa óptica equivocada– se llegara a elaborar una Ley de Enmiendas general sobre el Código Civil, ella pecaría al extremo de convertir al Código en un precario y discutible manual de Derecho. Con dicha reforma llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil. La lectura del Proyecto de Ley de Enmiendas, al que hemos hecho referencia, me ha dado toda la razón.

Un Código no puede ni debe cumplir la que es función natural de los libros y aulas de Derecho. Por algo existen Universidades. Ahí se aprende, y quienes lo hacen, si se titulan, serán abogados.

También debemos comprender que el Código Civil no es patrimonio de nadie en especial; ni siquiera de sus autores. El Código Civil es –para bien o para mal– patrimonio de todos los peruanos y de todos los que vivimos en este país.

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene esos errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez don Fernando de Trazegnies, que los Códigos no deben cambiarse a cada rato, porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

Nunca me he sumado a esa pereza interpretativa.

Desde 1986 he dedicado buena parte de mis días a interpretar el Código de 1984 y el Derecho Civil, y creo que ésa debe ser la labor de los profesores de Derecho, para que el medio jurídico siga conociendo sus verdaderos alcances y limitaciones.

Por otra parte, debemos recordar que luego de haber tenido una notoria actividad durante el gobierno de Alberto Fujimori, la Comisión de Reforma del Código Civil quedó desactivada al caer ese gobierno.

Sin embargo, en diciembre del año 2002 se recompone la Comisión Oficial de Reforma del Código Civil, nombrándose al Doctor Jorge Avendaño Valdez como su Presidente.

Pocos días después, y ante algunas declaraciones mías en contra de la reforma, el Doctor Avendaño y yo fuimos invitados a debatir en el Programa televisivo «La Hora N», que conduce Jaime de Althaus.

A continuación transcribimos el tenor de dicha entrevista, la misma que ilustra lo que pasaría en los años siguientes.

«**Jaime de Althaus:** Y bien, estamos ahora con los Doctores Jorge Avendaño y Mario Castillo Freyre. Ambos son expertos; entre otras cosas, son expertos en Código Civil. Buenas noches, ¿cómo están, cómo les va, qué tal?»

Mario Castillo Freyre: Bien, muchas gracias.

Jorge Avendaño Valdez: Bien, muchas gracias.

Jaime de Althaus: Y los hemos invitado, en particular, al Doctor Avendaño, porque él ha sido designado recientemente, mediante una Resolución Ministerial, Presidente de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, y entonces éste es el tema sobre el cual vamos a conversar.

El Código Civil vigente es un Código Civil, que yo recuerde, fue promulgado en el año 1984 y ahora se está elaborar (sic) un nuevo Código Civil. Entonces la discusión o la pregunta

sería, ¿por qué es necesario elaborar un nuevo Código Civil? Considerando que el actual, que no es muy antiguo, por decirlo así. Pero, antes que todo yo quisiera preguntarle al Doctor Avendaño que nos explique por qué éste es un tema, pues, casi esotérico para el común de los televidentes. ¿Por qué es importante, qué cosa es un Código Civil?

Jorge Avendaño Valdez: Ya, con todo gusto Jaime, pero una precisión. La Comisión está integrada por trece personas, de los cuales cinco hemos sido nombrados por el Congreso y ocho por el Ejecutivo. Pese a que la Resolución Ministerial agrupa a los trece, ¿me explico? pero nuestro nombramiento de cinco emana del Congreso.

Jaime de Althaus: Es una invasión de fueros. El Poder Ejecutivo en esta Resolución Ministerial se mete, incorpora al Congreso. Debería protestar el ...

Jorge Avendaño Valdez: Bueno, ésta es una Comisión que existe ya hace varios años, ah, no la misma, pero la Ley que creó esta Comisión existe desde el CCD.

Ahora, ¿qué es el Código Civil? Se sostiene que es la segunda ley más importante del país. La primera sería la Constitución y la segunda sería el Código Civil.

El Código Civil, en realidad, regula todo en la persona. Regula los derechos de la persona desde antes de nacer, literalmente desde que está en el seno materno, hasta después de muerto. Y, entonces, regula el nacimiento, los derechos de la persona como tal, después su vida en familia, después regula su vida ya en la vida contractual, en las relaciones con otras personas, después regula los derechos con las cosas.

Jaime de Althaus: ¿El Derecho Comercial no está dentro del Código Civil?

Jorge Avendaño Valdez: No, pero en parte sí. Porque los contratos antes estaban parte en el Derecho Civil y parte en el Código de Comercio, pero hoy día todos los contratos ya han sido incorporados al Derecho Civil.

Y, finalmente, para terminar con lo otro, un día esa persona se muere y el Derecho Civil regula su sucesión. O sea, es

muy importante el Derecho Civil. Este Código Civil que tiene cerca de dos mil, más de dos mil artículos.

Jaime de Althaus: Bueno, eso le iba a preguntar, porque estábamos hablando en el programa, en la primera parte, la hemos dedicado al tema de la reforma judicial, el problema de ya la necesidad perentoria, pues, de tener un número organizado, un Poder Judicial eficiente, probo, etc. Parte de eso tiene que ver con la legislación. Si las leyes, digamos, se cambian muy a menudo en algo tan importante como el Código Civil y tan complejo, es bien difícil estabilizar, digamos, un Poder Judicial, ya que los jueces van a tener que aprender un nuevo Código Civil. ¿Tendrán capacidad, tiempo, en fin? ¿Cuál es la necesidad, entonces, ésa es la pregunta, de cambiar, de elaborar un nuevo Código Civil?

Jorge Avendaño Valdez: Bueno, mi tesis es que no se debe cambiar el Código Civil. Y esa fue la tesis que esbozamos, desde que esta Comisión se instaló el año 1996 ó 1995.

Jaime de Althaus: Pero, ¿a usted lo han nombrado Presidente para elaborar un Anteproyecto?

Jorge Avendaño Valdez: No, no, no, no. Es una ley de enmiendas, es una ley que proponga cambios.

Yo no creo que se deba hacer un nuevo Código Civil y eso lo voy a plantear en la primera sesión de la Comisión que va a ser el primer lunes, el lunes 6 de enero y tenemos que definir eso muy claramente. No se va a hacer un nuevo Código Civil. Yo estoy en contra de eso.

Lo que pasa es que la tentación es grande. La vez pasada, se discutió y se dijo: sí hay que hacer una ley de los cambios necesarios, indispensables. Pero, a la hora de los loros, comenzamos a redactar un nuevo Código Civil y eso creo que está mal, porque además la tarea se vuelve eterna y no se justifica. Y creo que en eso voy a coincidir con Mario. Podemos desarrollar más, pero quizás él nos pueda ...

Jaime de Althaus: Mario, ¿cuál es su punto de vista sobre esto?

Mario Castillo Freyre: Bueno, yo no soy partidario de haber iniciado el camino –una vez más– de tratar de reformar el Código Civil a través de una comisión *ad-hoc*.

El Código Civil tiene muchas reformas. Este Código, que es de 1984, tiene fundamentalmente, yo diría, un 10% de normas, modificadas, derogadas, o en cierta forma tocadas, si se puede decir por diversas normas, desde la Constitución hasta normas de inferior jerarquía.

Pero, la idea es que el Código se puede ir perfeccionado conforme existen necesidades en la sociedad.

Pero, cada vez que en el Perú se ha intentado la reforma del Código Civil a través de Comisiones como ésta, el tema ha sido que los integrantes de las Comisiones, con muy buena fe, y no dudo que la tiene el Doctor Avendaño, y de acuerdo a lo que ha manifestado, él no es partidario de un nuevo Código –lo que me parece muy bien–. Pero el problema es que el Doctor Avendaño no tiene el voto de los trece miembros de la Comisión. O sea el Doctor Avendaño es un voto y es el Presidente dentro de esos trece miembros de la Comisión.

Y hay algo que no va a poder frenar el Doctor Avendaño, ni nadie, que son las tentaciones académicas de todos los que somos profesores de Derecho.

Jaime de Althaus: Es decir, todos se sienten Demiurgos, autores de un nuevo mundo, creadores de la humanidad.

Mario Castillo Freyre: Es decir, se parte de la idea de tratar de poner en ley todo aquello que uno cree como doctrina más eficaz o como doctrina más adecuada al pensamiento de uno, con lo cual esta Comisión, en primer lugar, se remonta a sus antecedentes del año 1994, luego a la del 1996, que concluyó prácticamente sus funciones con el régimen de Fujimori, pero básicamente esta última Comisión, como dijo el Doctor Avendaño, desembocaba ya, si no es por el cambio de gobierno y porque, en fin, una serie de problemas adicionales, desembocaba en la idea de hacer un nuevo Código Civil. Es decir, ya no se podía frenar la tentación de que esa ley de enmiendas tuviese seiscientos, setecientos u ochocientos artículos, con lo cual, más allá de llamarlo reforma, es nuevo Código. Y eso a mi modo de ver, justamente por la importancia del Código Civil, traería serios problemas, tanto para su utilización con los magistrados, los abogados en ejercicio, los estudiantes de Derecho.

No es una broma.

Yo siempre digo. La Constitución, claro, es la norma jerárquicamente más importante. Pero el Código Civil es para el común de la gente, más importante que la propia Constitución. A mucha gente no le interesa si hay bicameralidad o unicameralidad. Pero, a todo el mundo le interesa que sus contratos se cumplan, que las sucesiones tengan un trámite ordenado, la propiedad de las cosas de uno. Entonces, el Código está mucho más cerca de la gente, incluso que la propia Constitución Política. De ahí la importancia de llamar la atención en esta nueva etapa de inicio de una nueva reforma, para que no desemboque en lo que no debe desembocar; y esta posición que estoy expresando en este momento, es una posición compartida por un número muy grande de colegas.

Jaime de Althaus: ¿Por qué es que no debe procederse a una enmienda global? ¿Por qué sería muy complicado volver a aprender todo? ¿Porque hay que volver a instruir a todos los jueces?, ¿por qué?

Mario Castillo Freyre: No, no. Fundamentalmente, el peligro de la reforma se basa en varios puntos. El primero de ellos es que no existe, si usted hace una encuesta entre los abogados en ejercicio, no existe una necesidad abrumadora, la gente no clama por las calles ¡vamos a cambiar el Código Civil, vamos a hacer uno nuevo!

Entonces, tanto esta Comisión como las anteriores nace por iniciativas de quienes desean reformar el Código Civil. Es obvio que quienes no deseamos reformar el Código Civil no vamos a tratar de que nos nombren miembros de ninguna Comisión, porque no tratamos de reformarlo.

Jaime de Althaus: Pero, debe de estar ahí, para hacer la contra, para decir no, esto no se necesita reformar.

Mario Castillo Freyre: No, creo que nuestra labor es una labor crítica y, sinceramente, me siento muy bien desde mi posición de abogado en ejercicio y académico y no inmerso dentro de una Comisión en cuyos propósitos yo no creo.

Jorge Avendaño Valdez: Dos o tres cosas, Jaime, perdón.

Jaime de Althaus: Vamos a ir a una muy breve pausa y regresamos con Jorge Avendaño.

Jaime de Althaus: Seguimos conversando con los Doctores Jorge Avendaño y Mario Castillo Freyre acerca de si es necesario o no reformar el Código Civil.

Jorge Avendaño Valdez: Esto, dos o tres precisiones. La tentación existe de hacer un nuevo Código o una reforma integral, etc. Pero, yo ya he conversado con varios miembros de la Comisión. De todos he recogido la opinión –de los que he consultado– de que el día lunes seis de enero vamos a decidir las reformas indispensables y no un nuevo Código.

Tampoco una reforma de todo el Código, sino de las partes que resulten indispensables.

Ese día vamos a tomar la ...

Jaime de Althaus: Ese día van a decidir cuáles son.

Jorge Avendaño Valdez: No, no, no, vamos a tomar la decisión de trabajar así. Y luego se va a comenzar a trabajar Libro por Libro y yo voy a encargar, se me ha ocurrido, a determinadas personas, por sus especialidades, que propongan en su Libro cuáles son las modificaciones indispensables.

Por ejemplo, en el Libro de Reales, en los derechos sobre las cosas yo sé qué es lo indispensable en él, indispensable ...

Jaime de Althaus: ¿Hay cosas indispensables de ser modificadas?

Jorge Avendaño Valdez: Entre otras cosas para adecuarlas a la Constitución. Pero yo creo que hay cosas como ...

Jaime de Althaus: Pero la Constitución ni siquiera ha salido, la nueva Constitución...

Jorge Avendaño Valdez: Está, pues, avanzando, pero ya sabemos en qué línea.

O sea, que yo no creo; hay Libros que no necesitan mucha reforma; el Libro de Sucesiones mismo, el Libro de Acto Jurídico, el Libro de Obligaciones. En cambio, Contratos sí

requiere. Hay contratos nuevos, contratos que no están regulados en el Código Civil de hoy, que podrían regularse. Entonces, se trata de una Ley de Enmiendas que actualice el Código Civil, no que lo cambie, sino que lo actualice.

En otras partes del mundo hay Comisiones que permanentemente están estudiando la actualización del Código Civil.

Y otra precisión. El que sabe Derecho Civil, cuando se dicte un nuevo Código, no tiene que ir a la Universidad, porque sabe Derecho Civil. Eso es lo importante, saber Derecho Civil.

Jaime de Althaus: O sea las nociones jurídicas.

Jorge Avendaño Valdez: Yo estudié con el Código de 1936, no tuve ningún problema en trabajar en la reforma de 1984 y luego aplicar el otro de 1984. Entonces, y algunos profesores míos estudiaron con el Código de 1852 y no tuvieron ningún problema en aplicar después el de 1936.

De manera que yo creo que no hay que temerle a la actualización del Código.

Mario Castillo Freyre: Bueno, yo no temo a la actualización. Creo que la actualización del Derecho Civil, a lo que no hay que confundir con el Código Civil, se da permanentemente y se da por los libros que escribimos los profesores de Derecho, se da por los artículos publicados en revistas de Derecho, que hacen que el Código se pueda difundir, criticar, como muchas veces yo lo he criticado en mis publicaciones, pero de esa forma el Código y su aplicación se complementan. El Derecho no es sólo la ley. El Derecho es la jurisprudencia que lo aplica, el Derecho es la doctrina que lo comenta y lo difunde. Entonces, reducir la visión del Derecho Civil a la modificación periódica de la ley, sin darle el valor que tiene a la jurisprudencia y a la doctrina, a mí me parece peligroso.

Ahora, en torno al tema de los límites, yo quisiera ser tan optimista como el Doctor Avendaño en cuanto a las fronteras que se van a poner sobre la reforma. ¿Por qué? Porque si nosotros tres fuésemos, digamos, los miembros de una Comisión y a nosotros tres nuestro Presidente nos dice, bueno,

a ver Jaime propón las cuestiones esenciales de modificar en el Libro tal, «X». Mario propón las cuestiones esenciales en el Libro «Y» y don Jorge, proponga usted las cuestiones esenciales en el Libro «Z».

De repente, para Jaime son esenciales setenta artículos en el Libro «X», para Mario cincuenta en el Libro «Y» y para el Doctor Avendaño son cuarenta en el Libro «Z».

De tal manera que como no son tres libros, sino diez libros, tranquilamente podríamos tener, sin caer más allá de lo que se pueda considerar esencial –concepto por demás subjetivo– podríamos caer en el transcurso del año o año y pico, no sé, que duren las funciones de la Comisión, podríamos caer precisamente en lo que se quiera o se quiere evitar, desde la primera sesión. O sea, yo no estoy hablando en el aire. Estoy basándome en los procesos anteriores que han ocurrido en el Perú y hago votos para que eso no ocurra, pero es mi deber decir qué es lo que ha pasado siempre. Empezando por algo que se podrá cuestionar si fue indispensable o no, que fue el hecho de que el Código Civil de 1984 –no hay que olvidar– nació de un encargo de 1965 para reformar el Código de 1936. Y, claro, Constitución de por medio y todo lo demás, pero terminó siendo el Código Civil de 1984; es decir, no hubo una norma que ordenara a la Comisión que estudiaba el Código de 1936, la elaboración de un nuevo Código, pero al final se terminó dando un nuevo Código. Entonces, creo que la experiencia en el Perú nos demuestra eso.

Y para finalizar, si me permites, y es lo siguiente: yo creo que deberíamos aprender de ejemplos muy cercanos. La inmensa mayoría de países, no voy a hablar de Europa, sino de América Latina, tienen estabilidad jurídica en materia de Derecho Civil.

Los Códigos Civiles de la mayoría de países de América Latina son del siglo pasado, del siglo XIX, perdón: Ecuador, Colombia, Argentina, Uruguay de 1868, Chile de 1857, el Código Boliviano es de 1976, el Paraguayo de 1987; es decir, allí no se está en un constante proceso de cambiarlo todo por cambiarlo todo.

En el Perú somos campeones en cambiar Constituciones. Yo lo que estoy pidiendo es un poco de calma y no tentar el campeonato de cambiar cada día el Código Civil.

Jaime de Althaus: Sí, pues, Doctor Avendaño ...

Jorge Avendaño Valdez: Dos o tres cositas. En primer lugar, yo coincido plenamente, el Derecho no es la ley, no es la ley solamente; por supuesto que es la jurisprudencia, o sea los fallos de los jueces, es la costumbre, es la doctrina, lo que escriben los conocedores de los temas; es todo un contexto que va creando el Derecho; eso es el Derecho.

De manera que yo no pretendo que el Derecho sea solamente la ley, uno ¿no?

Segundo, he admitido que la tentación existe.

Tercero, espero que seamos muy rígidos y que cumplamos con lo que debemos hacer.

Nosotros no vamos a hacer un nuevo Código. Por lo menos, estoy seguro por los que he consultado. Vamos a hacer las enmiendas indispensables, una actualización del Código. Pensamos terminar nuestro trabajo el año entrante. Esa es otra de las cosas. Hacer el Código de 1984 nos tomó, no me acuerdo, pero cerca de quince años, sino un poco más, creo que diecisiete. Entonces, esto no va a ser igual. Aquí el próximo año tenemos que entregar un anteproyecto de enmiendas, las indispensables del Código para ponerlo al día y eso se publicará y habrá un debate en las Universidades, en las instituciones jurídicas diversas.

Jaime de Althaus: Ahora, ¿cómo se procesa una preocupación como la de Hernando de Soto, por ejemplo, en estos temas? Él señala que hay un Derecho actuante, real en la sociedad que no es recogido por las leyes y por eso es que muchas veces las leyes no se pueden aplicar, no funcionan o se legisla y no, simplemente la realidad va por otro lado y, entonces, al final, ni siquiera el Poder Judicial puede resolver nada o se compra, pues, simplemente la justicia, porque el juez no puede aplicar una ley que es inaplicable. En fin, todo lo que hemos escuchado.

Jorge Avendaño Valdez: Bueno, esa preocupación de Hernando de Soto se aplica menos al Código Civil y más al

Derecho que se llama regulatorio, o sea las normas que regulan instituciones y conductas, generalmente, leyes específicas, ¿correcto?

Jaime de Althaus: No, pero también, por ejemplo, todo lo que es propiedad, que es el tema favorito de Hernando de Soto, no hay derecho de propiedad en la realidad, en las poblaciones, no sólo en las comunidades indígenas, también en los pueblos jóvenes, etc., que no están recogidos.

Jorge Avendaño Valdez: Por eso hay que actualizar propiedad, pues, justamente, ésa es una de las ...

Jaime de Althaus: Pero, ¿van a hacer un estudio de campo, se van a meter, los abogados se van a volver sociólogos?

Jorge Avendaño Valdez: Claro, no, no, no necesariamente sociólogos, pero se harán estudios de campo.

Jaime de Althaus: Va a usted a recorrer los pueblos jóvenes, Doctor Avendaño... usted ahí ...

Jorge Avendaño Valdez: Bueno, ése es un tema, pues, por ejemplo, ¿la propiedad en los pueblos jóvenes debe estar regulada en el Código Civil? hoy no lo está. Hoy día hay legislación aparte. En una época también hubo legislación aparte en el campo, hoy día no. En el campo, en el agro rige el Código Civil hoy día.

Pero, en fin, ahí hay temas, pues. Luego el estímulo del crédito, la organización de las garantías, en fin, todo eso; hay que tener un sentido de la realidad, totalmente de acuerdo, pero eso hay que actualizarlo.

Jaime de Althaus: Ya para terminar, Doctor Castillo, ¿cómo redondearía usted el tema?

Mario Castillo Freyre: Bueno, yo creo que el movimiento se demuestra andando. En realidad, lo que me corresponde como a varias personas, profesores de Derecho y abogados en ejercicio que piensan como yo, es dar la voz de alerta en el momento debido y estar vigilantes y poder dar nuestra opinión, conforme se desarrollan los trabajos de esta Comisión, a la cual nosotros no pertenecemos, ni tampoco quisiéramos pertenecer. Y, bueno, velar porque ...

Jaime de Althaus: Usted debería estar ahí, pues, para precisamente ser un Defensor del Pueblo, en ese tema. Es decir, oigan señores es indispensable, es un control de calidad, un filtro, ¿es indispensable o no? A ver, demuéstreme usted qué es indispensable, debería haber una fundamentación.

Mario Castillo Freyre: No, no, no, no, Jaime, yo te voy a decir, te voy a decir algo. Cuando ... no ..., cuando en 1996 se me convocó como asesor por el Diario El Peruano, de la Comisión, de la Segunda Comisión, creo que fui la única persona que por escrito y al día siguiente, envió una carta a quien era Presidente de la Comisión en ese momento, no aceptando y fundamentando las razones por las cuales no aceptaba ser miembro de la Comisión. Así que, vocación de ser miembro de ninguna Comisión tengo.

Jaime de Althaus: No, no se trata de ser miembro, sino precisamente, pues, de estar ahí. Tendría que haber, pues, alguien que diga, eso no, eso sí.

Mario Castillo Freyre: No, creo que ..., es que el decir eso no, eso sí no sólo se dice de adentro, también uno lo puede decir de afuera y creo que ésta ha sido una tribuna magnífica para decirlo.

Jaime de Althaus: Bueno, yo les agradezco su participación a nuestros amigos, los Doctores Avendaño y Castillo Freyre, expertos en Derecho Civil, que es diferente del Código Civil, según he aprendido hoy día.

Muchísimas gracias por su participación».

4. ¿UN CÓDIGO CIVIL DE CONTRABANDO?

En marzo de 2005 fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia del Perú una parte de las reformas propuestas, las mismas que alterarían notoria y lamentablemente el Título Preliminar del Código Civil, cuya aplicación supletoria se extiende a muchas áreas del Derecho; el Libro de Derecho de Personas, en donde se pretende introducir peligrosas innovaciones en Personas Naturales y engorrosas reformas en Personas Jurídicas; el Libro del

Acto Jurídico, en el cual se pretende trastocar conceptos fundamentales de la materia y se ignora las doctrinas más calificadas al respecto; el Libro de Derechos Reales, en el cual se plantea modificar innecesariamente la clasificación de los bienes y se introduce para los bienes inmuebles y sin ningún parámetro el pacto comisorio⁷; y la Sección de Responsabilidad Extracontractual, en donde se cambiaría la claridad por la ambigüedad.

Y eso que no habían sido publicadas todavía las reformas que se pretende hacer en cuanto a las importantísimas materias de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho de Obligaciones y Contratos, las mismas que, como se pudo ver en abril del 2006, no superaron la poca calidad de las publicadas en marzo del 2005.

Comparado con el Código vigente de 1984, el Anteproyecto era notoriamente más defectuoso y no respondía a las necesidades reales del medio jurídico, sino a otros intereses⁸.

Por otra parte, dicho proyecto no había sido objeto de discusión pública alguna y, por primera vez en la Historia del Perú, se pretendía modificar radicalmente un Código Civil por el solo trabajo de una Comisión Reformadora, sin que su labor sea posteriormente analizada en detalle y fiscalizada con pulcritud por una Comisión Revisora designada por el Congreso de la República, como sí ocurrió cuando se modificó el Código Civil de 1852 y cuando se modifi-

7. Recién incorporado en la legislación nacional a partir del 22 de marzo de 2006, a través de la Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas y el 30 de mayo de 2006, con la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677, pero restringida a los bienes muebles.

8. Lo que puede constatare fácilmente en nuestro libro *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso* (CASTILLO FREYRE, Mario. Palestra, Lima, 2005. Con la participación de Verónica ROSAS BERAISTAIN).

có el Código Civil de 1936; ello, a pesar del notable nivel que tuvieron esas Comisiones.

En ese sentido, si se hubiese aprobado el Proyecto de Ley, el Congreso hubiera hecho fe de algo que no la merece y que hubiese alterado notablemente el ordenamiento jurídico peruano. Se hubiese tratado, en buena cuenta, de un Código Civil de contrabando.

Este inusitado proceder del Poder Ejecutivo, mereció –en noviembre y diciembre del año 2005– el rotundo rechazo del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Notarios de Lima, de la Junta de Colegios de Notarios del Perú y de la Cámara de Comercio de Lima, instituciones que publicaron sendos comunicados en los principales diarios de la Capital de la República, invocando al Congreso a que no otorgue al Poder Ejecutivo las facultades solicitadas y exhortando a que las materias que se pretende modificar sean discutidas públicamente.

En tal sentido, los temas que merecieron la mayor atención y preocupación por parte del medio jurídico peruano, fueron los siguientes:

- En el Título Preliminar del Código Civil se quiere introducir como principio del Derecho la teoría de los actos propios, que es atentatoria contra la libertad de las personas de poder cambiar de opinión, siempre y cuando ese cambio de opinión sea conforme a Derecho.
- En el mismo Título Preliminar se intenta introducir un cambio muy peligroso, al suprimir a la doctrina su calidad de fuente del Derecho, la misma que hoy ostenta –sin que exista norma alguna que regule el tema–, junto a la ley, la jurisprudencia y la costumbre.
- Por otra parte, se pretende suprimir el deber que hoy tienen los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.
- Asimismo, se pretende derogar el deber que hoy tienen la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el

Fiscal de la Nación de dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación; deber compartido por los jueces y fiscales, respecto de sus correspondientes superiores.

- Causa honda preocupación las modificaciones que se pretende realizar en cuanto a las personas naturales, como es el caso de las innecesarias y sombrías modificaciones sobre el régimen de la capacidad e incapacidad.
- Asimismo, se busca regular el tema del vientre de alquiler, optando por señalar en una norma legal, que tendrá la condición de madre, aquella persona que gestó al niño, sin otorgar protección alguna a la madre biológica.
- Asimismo, resulta en extremo engorroso el régimen propuesto para las personas jurídicas, en donde se abusa del reglamentarismo.
- En lo que respecta a las personas jurídicas, preocupa el proyectado artículo 78, en el cual se instauraría como regla la posibilidad de levantar el velo societario en las personas jurídicas que han sido constituidas con responsabilidad limitada, cuyo ejemplo más notorio son las sociedades anónimas.

Con ello se pretende que, so pretexto de supuestos actos fraudulentos, se pueda levantar el velo societario y que los acreedores puedan cobrar las deudas de la empresa a los socios o accionistas.

En buena cuenta, esta situación resultaría en extremo peligrosa, ya que de aprobarse, haría que dé lo mismo constituir una empresa o no constituir la.

- De igual modo, el Anteproyecto de Enmiendas abusa de la solidaridad, intentando instaurarla como regla en las relaciones de las personas jurídicas con terceros, comprendiendo dentro de tal solidaridad, no sólo a sus socios, sino a los directivos y funcionarios de todas las personas jurídicas.
- De igual forma, se quiere instaurar la solidaridad como regla general en Derecho de Obligaciones y Contratos, ya que hoy el tema funciona perfectamente cuando las partes pactan la solidaridad.

- Asimismo, nos parece indebida la propuesta de suprimir las arras, mecanismo muy útil y difundido en la contratación.
- También causa extrañeza la idea proyectada de cambiar la regulación de los bienes muebles e inmuebles, por registrados y no registrados, alterando notoriamente la materia, no sólo en la legislación civil, sino en todas las áreas del Derecho.
- Asimismo, preocupa el hecho de que se pretenda aprobar el denominado pacto comisorio, que no es otra cosa que el principio por el cual, incumplida una obligación, el acreedor pueda quedarse automáticamente con la propiedad del bien hipotecado, sin verificación alguna por parte del Estado de los requisitos formales de dicha adjudicación.
- De igual modo, preocupa que, en el artículo 156 que se propone modificar, se establezca que para enajenar bienes por poder sólo se requiere documento de fecha cierta y no escritura pública como en la actualidad, lo que implica un grave riesgo, considerando lo común que resultan las falsificaciones de documentos en el Perú.
- También preocupan las reformas que se pretende hacer en una serie de materias que todavía no habían sido publicadas, pero sobre las cuales teníamos conocimiento extraoficial, como es el caso del Derecho de Familia, del Derecho de Sucesiones (en donde se pretende eliminar la legítima y las restricciones a la libre disposición testamentaria); del Derecho de Obligaciones y del Derecho de Contratos.

En realidad, muchas veces me he preguntado a mí mismo por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es porque desde 1994 cuando me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos

igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

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

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

Muchas veces mis alumnos o los auditorios de Derecho que me han escuchado hablar sobre este tema habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de personas que no conocían a fondo los entretelones de este «proceso» de reforma y que no lo habían seguido de cerca, como yo sí lo he seguido.

Hasta marzo del 2005, yo no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente cambió, en la medida de que –como ya lo hemos señalado– ese mes y año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia la primera parte del Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil. Esta primera parte comprendía el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

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

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

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

Me apena que éste haya sido el resultado de la labor de la Comisión. Me apena que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero otro no podía ser el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de reforma del Código Civil no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de muchos profesores de Derecho, que –como ya hemos señalado– buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida de que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y, resulta claro

que las figuras más representativas del Derecho Civil Peruano no están acompañando el proceso de reforma.

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

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

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

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

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

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

Creo que estoy realizando una especie de Servicio Cívico Obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre este

particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

5. EL ANTEPROYECTO DE MARZO DEL 2005

El debate relativo a la reforma del Código Civil se reactualizó a raíz de que con fecha 25 de febrero de 2005, se promulga la Resolución Ministerial n.º 130-200-JUS, que autorizó la publicación de parte del Anteproyecto que venía trabajando la Comisión, publicación que –como hemos dicho– se produjo en marzo del 2005 en la página web del Ministerio de Justicia.

El texto de la referida Resolución Ministerial fue el siguiente:

«RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 130-2005-JUS

Lima, 25 de febrero de 2005

CONSIDERANDO:

Que, por Ley n.º 26394, modificada por Ley n.º 26673, se creó la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, integrada en la forma que estableció dicha Ley;

Que mediante Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS, se designó a los representantes de la referida Comisión;

Que, mediante comunicación de fecha 24 de febrero de 2005, el Presidente de la mencionada Comisión, señor doctor Jorge Avendaño Valdez, remite al Despacho del Ministro de Justicia, las propuestas de la Comisión que preside, respecto al Título Preliminar y a los Libros de Personas, Acto Jurídico, Reales y Derecho Internacional Privado, así como a la Sección Sexta, Responsabilidad Extracontractual del Libro de Fuentes de las Obligaciones;

Que, se ha considerado conveniente disponer la prepublicación de las referidas propuestas, en la página web del Ministerio de Justicia, a fin de promover un debate en la comunidad jurídica nacional, sobre las modificaciones al Código Civil que se proponen;

De conformidad con el Decreto Ley n.º 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia;

Se resuelve:

ARTÍCULO ÚNICO.- Disponer la prepublicación de las propuestas de la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, respecto al Título Preliminar y a los Libros de Personas, Acto Jurídico, Reales y Derecho Internacional Privado, así como a la Sección Sexta, Responsabilidad Extracontractual del Libro de Fuentes de las Obligaciones; así como de su exposición de motivos en la página web del Ministerio de Justicia, www.minjus.gob.pe, a fin de promover un debate en la comunidad jurídica nacional, sobre las modificaciones que se proponen al Código Civil.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

(firma)

Carlos Gamarra Ugaz
Ministro de Justicia».

La publicación de esa parte del Anteproyecto en la página web del Ministerio de Justicia, en marzo del 2005, motivó que escribiera el trabajo titulado «Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso», en el que analicé el Anteproyecto en la parte relativa al Título Preliminar.

El referido trabajo salió publicado en dos partes, en «Jurídica» el suplemento de Derecho del Diario Oficial «El Peruano», los días martes 26 de abril y martes 3 de mayo de 2005, en varias páginas completas.

Con estas publicaciones se desató el escándalo, habida cuenta de que era la primera vez que alguien comentaba el Anteproyecto y, además, era absolutamente implacable con respecto a su defectuoso contenido.

Estoy seguro de que a partir de esas publicaciones todo empezó a cambiar.

Además, a los pocos días, otros profesores también escribieron en contra del Anteproyecto.

Así, el martes 31 de mayo de 2005, el profesor Leysser León Hilario escribió en torno a «La responsabilidad extracontractual»; el martes 7 de junio de 2005, los profesores Eric Palacios Martínez y Rómulo Morales Hervías escribieron sobre «Enmiendas al Libro II del Código Civil».

Luego, salió publicado otro artículo mío, titulado «Derecho de Personas: Confundiéndolo todo», en el que criticaba severamente las normas del Anteproyecto referidas a Personas Naturales.

Los siguientes meses están signados por el esfuerzo de la Comisión de avanzar lo más posible su Proyecto y forzar, a la par, el mecanismo de delegación de facultades.

Para ello, contaron posteriormente con el decidido apoyo del Ministerio de Justicia, Sector en el que yo había sido convocado para integrar la Comisión Consultiva, encargo que me fue formulado por Resolución Ministerial n.º 283-2005-JUS, de fecha 1 de julio de 2005, por el entonces Ministro Doctor Eduardo Salhuana Ramírez. Asimismo, mediante Resolución Ministerial n.º 335-2005-JUS, de fecha 25 de agosto de 2005, fui ratificado por el nuevo ministro, Doctor Alejandro Tudela Chopitea.

Durante la gestión del Ministro Salhuana, la Comisión siguió trabajando, pero tuvo un desempeño algo anónimo. Sin embargo, todo cambió cuando Salhuana dejó el Ministerio y fue reemplazado por Tudela y por el Vice-Ministro Jaime Reyes Miranda, quienes «se compraron el pleito» a favor de la Comisión, desoyendo las críticas de quienes nos oponíamos al Proyecto.

Yo, personalmente, hablé con ellos en una sesión de la Comisión Consultiva del Ministerio, en la que les hice saber al Ministro, al Vice-Ministro, a la Directora General y al Jefe de Gabinete de Asesores, cuál era mi posición en torno al particular.

E inclusive les remití una carta a cada uno de ellos, adjuntándoles el libro al que haré referencia seguidamente. Ello, con fecha 30 de septiembre de 2005.

Por otra parte, en el mes de septiembre de ese mismo año publiqué mi libro «Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso», con la valiosa colaboración de mi exalumna y discípula Verónica Rosas Berastain.

Este libro desnudó los defectos del Anteproyecto y fue algo así como un torpedo que impactó en la línea de flotación de un barco que ya hacía agua.

En sus 299 páginas hicimos polvo el Anteproyecto, en lo que respecta a las propuestas referidas a los Libros cuyas reformas ya habían sido publicadas por la Comisión en marzo de ese mismo año en la página web del Ministerio de Justicia.

Ese libro fue todo un éxito y marcó el punto de inflexión de la Reforma. Era evidente que el Anteproyecto, tal como estaba planteado, se había caído por su propio peso (aunque, es verdad, también ayudamos un poco para que se caiga).

La gente empezó a conocer todos los errores del Anteproyecto y cada vez más me encontraba con personas que me daban la razón en la cruzada que había emprendido.

Pero, la Comisión y el Ministerio parecían ser los únicos que no entendían que el Anteproyecto de marzo del 2005 estaba destinado al fracaso.

Es así que desde el Ministerio se tramita que el Poder Ejecutivo solicite formalmente al Congreso de la República la delegación de facultades, a fin de poder promulgar las supuestas enmiendas del Código Civil a través de un Decreto legislativo, sin discusión pública, sin debate abierto y sin una Comisión Revisora que pudiera corregir tantos errores.

El 9 de noviembre de 2005 el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique y el Presidente del Consejo

de Ministros, Pedro Pablo Kuczynski Godart, envían al Presidente del Congreso, Doctor Marcial Ayaipoma Alvarado el Oficio n.º 115-2005-PR, en el cual solicitan las referidas facultades, en los términos ahí expuestos:

«Lima, 9 de noviembre de 2005.

OFICIO n.º 115-2005-PR

Señor Doctor

Marcial Ayaipoma Alvarado

Presidente del Congreso de la República

Presente.-

Me dirijo a usted, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el proyecto de Ley que delega en el Poder Ejecutivo facultades legislativas para reformar el Código Civil.

Mucho estimaré que se sirva disponer su trámite con el carácter de URGENTE, según lo establecido por el artículo 105 de la Constitución Política del Perú.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para renovar los sentimientos de mi estima y consideración.

Atentamente,

(firma)

Alejandro
Toledo

Presidente Constitucional
de la República

(firma)

Pedro Pablo
Kuczynski Godart

Presidente del Consejo
de Ministros».

«LEY QUE DELEGA EN EL PODER EJECUTIVO FACULTADES
LEGISLATIVAS PARA REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1.- Delegación de Facultades

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución Política, deléguese en el Poder Ejecutivo por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Ley, la facultad de legislar mediante Decreto Legislativo las modificatorias al Código Civil aprobado por Decreto Legislativo n.º 295, sobre la base del trabajo elaborado por la Comisión creada mediante la Ley n.º 26394 y modificada por la Ley n.º 26673.

Artículo 2.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ___ días del mes de ___ del dos mil cinco.

Marcial Ayaipoma

Presidente del Congreso de la República

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

(Dos firmas)

Exposición de Motivos

Mediante la Ley n.º 26394, modificada por la Ley n.º 26673, el Congreso de la República constituyó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, la misma que está integrada por representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS, publicada el 3 de diciembre de 2002, se reconfirma la referida Comisión, nombrando a los ocho (8) nuevos representantes del Poder Ejecutivo los cuales se sumaron a los cinco (5) nuevos representantes del Poder Legislativo y se señala la composición completa de la misma.

Luego de ochenticinco (85) sesiones de trabajo, la citada Comisión presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdez ha hecho entrega al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia su propuesta de enmiendas a varios libros del Código

Civil vigente con su correspondiente Exposición de Motivos, continuándose con el estudio de las modificaciones al actual Código Civil, por lo que corresponde aprobar legislativamente la propuesta de las reformas urgentes al citado cuerpo legal, sobre la base del trabajo elaborado por la Comisión creada mediante la Ley n.º 26394 y modificada por la Ley n.º 26673.

En el documento elaborado y ya entregado por la Comisión, se pueden destacar las modificaciones efectuadas al Título Preliminar al incorporarse la doctrina de los actos propios y la del fraude a la ley. Asimismo, en el Libro de Personas se advierte una mejor formulación legislativa en lo referente a la institución de la capacidad. Por otro lado, se han incorporado cambios fundamentales en el libro de Derechos Reales, entre ellos, una nueva clasificación de bienes como registrados y no registrados, entre otros.

Considerando el esfuerzo que representa asumir un encargo de esta naturaleza, y teniendo en cuenta el aporte valioso obtenido de prestigiosos juristas y especialistas en la materia, de conformidad con la propia recomendación de la Comisión, se propone aprobar las reformas urgentes del Código Civil vigente, a través de la expedición de un Decreto Legislativo, de manera similar a otras reformas precedentes de cuerpos normativos como el actual Código Civil, el Código Penal, el Código de Ejecución Penal, el Código Procesal Civil, entre otros.

Análisis Costo Beneficio

Contar con un marco legislativo en materia civil tiene innumerables beneficios para la población, beneficios que, conforme a la naturaleza misma de un cuerpo normativo como el Código Civil, redundan en diferentes ámbitos de la vida del ser humano, desde su concepción, su forma de interrelacionarse, las consecuencias y efectos de sus actos y las reglas que rigen su propia convivencia en sociedad. Asimismo, las modificaciones a este marco, en la medida en que guardan estrecha relación con el desarrollo del ser humano en dichos ámbitos, tienen también un efecto económico que no se puede soslayar.

El principal objetivo de la Comisión que elabora un anteproyecto de ley de reforma de este cuerpo de leyes, es la actualización y revitalización del Código Civil de 1984. Es necesario su

adecuación a los cambios ocurridos en los últimos veinte años, particularmente del avance tecnológico cuya aplicación al tráfico mercantil y a las comunicaciones hacen necesario (sic) una nueva regulación. Se requiere un instrumento más eficaz para los operadores del derecho y ciudadanía en general.

Efecto sobre la Legislación Nacional

La propuesta legislativa tiene por objeto modificar el vigente Código Civil aprobado por el Decreto Legislativo n.º 295.

Lima, 17 de octubre de 2005».

El Ministerio de Justicia se había propuesto, pues, sacar ese defectuoso Anteproyecto, lo más rápido posible y a como diera lugar.

Era evidente que teníamos que hacer frente a tamaño despropósito.

Es así que el Presidente de la Célula Parlamentaria Aprista, Doctor Luis Alva Castro, presentó un Proyecto de Ley alternativo, el n.º 14141/2005/CR, por el cual se proponía la creación de una Comisión Revisora del referido Anteproyecto.

«Proyecto de Ley n.º 14141/2005-CR

PROYECTO DE LEY

El Congresista de la República que suscribe, LUIS JUAN ALVA CASTRO, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y satisfaciendo los requisitos establecidos en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República propone el siguiente Proyecto de Ley:

Proyecto de ley que propone la creación de una Comisión Revisora del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1.- 'Creación de Comisión Revisora

Créase la Comisión Revisora que introducirá las reformas que estimare convenientes al Anteproyecto de Ley de Refor-

ma del Código Civil, elaborado por la Comisión creada mediante Ley n.º 26394 y modificada por Ley n.º 26673.

La introducción de reformas a que se refiere el párrafo precedente será con audiencia de la Comisión que elaboró el citado anteproyecto.

La Comisión Revisora estará conformada por seis (6) congresistas en ejercicio designados por el Pleno del Congreso de la República y por tres (3) abogados en ejercicio, designados de igual forma'.

Artículo 2.- 'Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano'.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ____ días del mes de noviembre del año dos mil cinco.

Exposición de Motivos

Por Ley n.º 26394, del 22 de noviembre de 1994, fue creada la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Posteriormente, mediante la Ley n.º 26673, del 22 de octubre de 1996, fue modificada la conformación de la referida Comisión, estableciéndose que tendría cinco representantes del Poder Legislativo designados por la Comisión de Constitución, uno de los cuales debía presidirla, y ocho representantes del Poder Ejecutivo designados por el Ministerio de Justicia.

Finalmente, por Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS, el 3 de diciembre de 2002, la Comisión fue reconstituida, siendo nombrados los ocho nuevos representantes del Poder Ejecutivo. Actualmente, la Comisión viene concluyendo con el estudio de las modificaciones que propondrá efectuar.

Una revisión histórica permite apreciar que a lo largo de nuestra vida republicana, la introducción de reformas de importancia en la legislación civil, ha merecido no solamente el trabajo de la Comisión Reformadora de la legislación en esta materia, sino su revisión minuciosa y detallada por una Comisión designada por el Congreso de la República, tal como sucedió en los trabajos previos de elabo-

ración de los Códigos Civiles de 1936 y 1984; por lo que ahora se hace necesario proceder en similar sentido.

Adicionalmente, hace medio año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia una parte de las reformas propuestas, las mismas que alteran notoria y lamentablemente el Título Preliminar del Código Civil, cuya aplicación supletoria se extiende a muchas áreas del Derecho; el Libro de Derecho de Personas, en donde se introducen peligrosas innovaciones en Personas Naturales y engorrosas reformas en Personas Jurídicas; el Libro de Acto Jurídico, en el cual se trastoca conceptos fundamentales de la materia y se ignora las doctrinas más calificadas al respecto; el Libro de Derechos Reales, en el cual se modifica innecesariamente la clasificación de los bienes y **se introduce para los bienes inmuebles y sin ningún parámetro el -hoy vetado- pacto comisorio**¹; y la Sección de Responsabilidad Extracontractual, en donde se cambia la claridad por la ambigüedad.

Las reformas que se pretende hacer en cuanto a las importantísimas materias de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho de Obligaciones y Contratos, no han sido publicadas y, de seguro, no superarán la poca calidad de las ya publicadas.

Comparado con el Código vigente de 1984, el proyecto es notoriamente defectuoso y, lo que es peor, no ha sido objeto de ninguna discusión pública y, por primera vez en la Historia del Perú, se pretende modificar radicalmente un Código civil por el solo trabajo de una Comisión Reformadora, sin que su labor sea posteriormente analizada en detalle y

-
1. El Pacto Comisorio es la cláusula de contrato hipotecario que faculta al acreedor, en caso de vencer la hipoteca y no pagarla el deudor, para quedarse con el objeto que constituye la garantía de la obligación. Es innegable que en el Perú, las hipotecas son transadas por debajo de las dos terceras partes del valor de tasación del inmueble –que, por lo general, ya es bastante bajo–, por lo que la introducción del Pacto Comisorio **SIGNIFICARÍA QUE QUIEN HIPOTEQUE UN BIEN, EN REALIDAD, LO ESTÉ TRANSFIRIENDO DIRECTAMENTE AL BANCO, SI ES QUE INCURRIESE EN MORA**. (Nota perteneciente al Proyecto de Ley).

fiscalizada por pulcritud por una Comisión Revisora, como sí ocurrió cuando se modificó el Código Civil de 1852 y cuando se modificó el Código Civil de 1936. Todo ello, a pesar de que el nivel de las Comisiones que los elaboraron era infinitamente superior al de la comisión actualmente en funciones.

Efecto sobre la legislación nacional

La propuesta legislativa tiene por objeto revisar los trabajos de la Comisión encargada de proponer reformas al Código Civil (aprobado por Decreto Legislativo n.º 295), creada por la Ley n.º 26394, modificada por la Ley n.º 26673 e implementada por la Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS.

Análisis costo beneficio

La iniciativa legislativa tiene finalidad cualitativa y, en consecuencia, carece de efectos sobre el presupuesto general de la república ni irroga mayor gasto al tesoro público.

Lima, 25 de noviembre de 2005

Congreso de la República
(firma)

Luis Alva Castro

Congresista de la República».

Dentro de la decisión tomada de hacer frente al propósito de la delegación de facultades, el lunes 28 de noviembre nos presentamos en el Programa de Televisión «Rumbo Económico» de Canal N, entrevistados por David Rivera.

Esa noche se armó el escándalo en el Ministerio de Justicia.

Varios miembros de la Comisión increparon al Ministro que cómo era posible que un miembro de la Comisión Consultiva trabara un proyecto del propio Ministerio.

El Ministro les dio la razón y a través del Jefe de Gabinete de Asesores me solicitó conversar al día siguiente.

El martes 29 de noviembre fui al Ministerio y presenté mi carta de renuncia irrevocable a la Comisión Consultiva.

El texto de dicha carta fue el siguiente:

«Lima, 29 de noviembre de 2005

Señor Doctor

Alejandro Tudela Chopitea

Ministro de Justicia

Scipión Llona 350

Miraflores.-

De mi mayor consideración,

Como es de su conocimiento, mediante Resolución Ministerial N° 283-2005-JUS, de fecha 1 de julio de 2005, fui nombrado miembro de la Comisión Consultiva de Justicia. Asimismo, mediante Resolución Ministerial n.º 335-2005-JUS, de fecha 25 de agosto de 2005, fui ratificado en dicho cargo.

Desde esa fecha he venido prestando mi colaboración más desinteresada con el país, a través de los temas que fueron materia de consulta por parte del Ministerio.

Concretamente, procedí a realizar un estudio acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en relación con los aspectos en que ella colisiona con las normas de la Constitución Política de 1993.

Por otra parte, en la primera sesión de trabajo de la Comisión Consultiva que usted presidió, señor Ministro, y luego de que usted nos manifestara que los miembros de la Comisión Consultiva podíamos dar nuestras opiniones incluso en materias ajenas a aquéllas que eran objeto de consulta oficial por parte del Ministerio, me permití sugerirle a usted, al señor Viceministro, a la señora Directora General, al Jefe del Gabinete de Asesores y a los demás miembros de la Comisión, que había un tema muy importante que deberíamos abordar, consistente en revisar un Anteproyecto de Reforma del Código Civil que viene trabajando una Comisión Ad-Hoc y que había sido objeto de estudio por el suscrito, quien había arribado a la conclusión de que las reformas propuestas no revestían el carácter de necesarias ni urgentes, sino más bien se caracterizaban por ser defectuosas.

Incluso en días posteriores, hice llegar a su Despacho, al igual que a las demás personas antes citadas, un ejemplar de un libro que he publicado recientemente sobre la materia, en el cual analizo –artículo por artículo– el referido Anteproyecto y sustento mi posición adversa a su aprobación.

En días pasados, tomé conocimiento por los medios de comunicación que el Poder Ejecutivo había presentado con fecha 9 de noviembre del presente año, el Proyecto de Ley N° 14040/2005-PE, solicitando se le otorgue facultades delegadas para promulgar el referido Anteproyecto de Reforma al Código Civil.

Vengo sosteniendo –de manera invariable y pública– desde 1994 que las ideas que subyacen a la pretendida reforma de nuestra legislación civil carecen de adecuado fundamento y conllevan serias imperfecciones y abiertas injusticias.

En tal sentido, me he constituido desde esa fecha en tenaz opositor de la referida reforma y es mi deber, en el actual estado de cosas, continuar en esa misma línea, porque –estoy seguro– es lo que más le conviene a mi país.

Dentro de tal orden de ideas, las declaraciones públicas que vengo formulando al respecto son solamente la continuación de mi conducta al respecto, mantenida desde 1994.

En ese sentido, me permito formular a usted, señor Ministro, mi reiterada invocación para que no se siga adelante en este despropósito jurídico y que los temas que contiene el Anteproyecto puedan ser objeto de detenido y riguroso debate público, en donde todo el medio jurídico podrá dar su opinión al respecto.

Pero no deseo que mi condición de miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio pueda hacerlo sentir incómodo a usted por mis opiniones en este tema, así como tampoco deseo que tal condición pueda relativizar mis acciones al respecto.

En ese sentido, agradeciéndole una vez más por la permanente confianza depositada en mí, debo expresarle que formulo renuncia irrevocable al cargo de miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, a partir de la fecha.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos de mi más alta consideración y estima.

(firma)

Mario Castillo Freyre».

Al día siguiente, el Diario «El Comercio» publicó una breve síntesis de mi posición en torno a la reforma del Código Civil:

«FRENTE A PEDIDO DE FACULTADES

Cuestionan ausencia de debate público en reforma del Código Civil

· Anteproyecto presenta generalidades peligrosas para estabilidad jurídica, asegura especialista

El proyecto de reforma del Código Civil, encargado por el Poder Ejecutivo a una comisión de especialistas, adolece de consenso y contiene defectos que afectarían la estabilidad jurídica del país, sostuvo el abogado Mario Castillo Freyre. Por tal motivo, el especialista opinó que el Congreso no debe otorgar las facultades especiales por 180 días solicitadas por el Gobierno para aprobar dicho texto.

Según Freyre, el anteproyecto nunca ha sido puesto a debate ante las entidades especializadas en materia jurídica o la comunidad. 'Es vital un debate, se trata de la segunda norma en importancia luego de la Constitución', estimó.

Generalidad y ambigüedad

En lo referente a derechos reales, Freyre señala una serie de problemas de interpretación que podrían crearse por las generalidades de la nueva redacción del código. Sobre el derecho a la propiedad, el anteproyecto indica que ésta 'debe ejercerse en armonía con el bien común', una expresión ambigua que relativiza tal derecho, ya que no está definido a qué se considera 'bien común'. Además, se deroga el artículo que indicaba que la obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario del mismo, lo que impide flexibilidad en los contratos y la circulación de la riqueza.

Freyre advirtió que, de aprobarse el proyecto, se permitiría el levantamiento del velo societario y se pondría en riesgo el funcionamiento de las personas jurídicas y la seguridad de sus socios. 'En la doctrina existe la posibilidad de levantar el velo societario, pero no debe ser regla. La redacción actual permite lo contrario', dijo.

La Comisión de Constitución del Congreso votará el próximo lunes el pedido de facultades del Ejecutivo. El ministro de Justicia, Alejandro Tudela Chopitea, ha sido invitado a la sesión».

Habiendo tomado conocimiento del apuro del Ministerio de Justicia, la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, presidida por el Doctor Marcos Ibazeta Marino, convocó a la Comisión Consultiva del Colegio que se ocupa de lo relativo a la actualización y reforma del Código Civil.

A dicha sesión, presidida por la Directora de Comisiones y Consultas, Doctora María Luisa Valdivia Bocanegra, acudieron el Doctor Carlos Fernández Sessarego, la Doctora Luz Monge Talavera y los demás distinguidos miembros de la Comisión, además del suscrito.

Esa noche la citada Comisión aprobó un Proyecto de Comunicado que alcanzó a la Junta Directiva y ella lo hizo suyo, habiéndolo publicado en el Diario «El Comercio» y en el Diario Oficial «El Peruano», el día 4 de diciembre de 2005.

El texto del referido comunicado fue el siguiente:

«ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

El necesario debate público en la Reforma del Código Civil

La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, pone en conocimiento de sus agremiados, comunidad jurídica, política y del público en general lo siguiente:

- En días pasados hemos tomado conocimiento de que se encuentra en agenda de las Comisiones de Constitución y Reglamento y Justicia del Congreso de la República, la dis-

cusión del Proyecto de Ley n.º 14040/2005-CR que propone se delegue en el Poder Ejecutivo facultades legislativas para reformar integralmente el Código Civil.

- En tal sentido, el Poder Ejecutivo pretende que el Código Civil se modifique de acuerdo a los lineamientos de un proyecto que viene siendo elaborado por una Comisión Ad-Hoc creada por Leyes n.ºs. 26394, 26673 y por Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS.

- Como sabemos todos los abogados, el Código Civil constituye, después de la Constitución Política del Estado, el cuerpo normativo más importante de la República, en la medida de que regula todos los aspectos de la vida de las personas desde su nacimiento hasta después de su muerte.

- El Código Civil regula materias tan importantes como el Título Preliminar, de aplicación supletoria a diversas áreas del Derecho, el Derecho de Personas (naturales y jurídicas), el Acto Jurídico, el Derecho de Familia, el Derecho de Sucesiones, los Derechos Reales, el Derecho de Obligaciones, el Derecho de Contratos, la Responsabilidad Civil, el Derecho Internacional Privado, la Prescripción y la Caducidad, y hasta los lineamientos generales de Registros Públicos.

- El Ilustre Colegio de Abogados de Lima, nunca ha sido consultado a fin de que dé su parecer en torno al contenido de las proyectadas reformas, las mismas que sólo han sido puestas en conocimiento parcial de la ciudadanía a través de medios electrónicos.

- Asimismo, el citado proyecto de reformas nunca ha sido objeto de discusión pública y debate, a pesar de que, según tenemos entendido, el mismo implicaría la modificación sustancial del Código Civil.

- El Ilustre Colegio de Abogados de Lima, considera que no se debe modificar el Código Civil, sin que previamente se haya procedido a poner en marcha mecanismos de consulta correspondientes a la comunidad jurídica y ciudadanía, más aún si el referido proyecto contiene diversas modificaciones que podrían alterar notoriamente la estabilidad jurídica y el ejercicio de la profesión de abogado.

- En tal sentido, invocamos a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Justicia del Congreso de la Re-

pública, así como al Pleno del mismo a no otorgar las facultades legislativas solicitadas por el Poder Ejecutivo y nombrar una Comisión Revisora que se encargue, de manera imparcial y objetiva, de corregir los defectos y excesos del Anteproyecto de Reforma, previa publicación del mismo y ulterior debate público, debiendo ser convocados para tal efecto, todos los Colegios de Abogados de la República, el Poder Judicial, el Ministerio Público, las Facultades de Derecho, el INDECOPI y todas las instituciones estatales y particulares cuyas actividades tengan relación con la materia en debate, empleando similar procedimiento que aquel que siempre se ha seguido en la Historia del Perú, cuando se modificaron los Códigos Civiles de 1852 y 1936.

Lima, 1 de diciembre de 2005
Junta Directiva».

Y siguiendo el ejemplo del Colegio de Abogados de Lima, algunos días después el Colegio de Notarios de Lima también publicó en el Diario «El Comercio», un aviso con su parecer al respecto, el mismo que coincidió, plenamente, con el del Colegio de Abogados de Lima.

«La Seguridad Jurídica y el proyecto de reforma del Código Civil

La Junta Directiva del Colegio de Notarios de Lima hace de conocimiento de la opinión pública, lo siguiente:

El Colegio de Notarios de Lima ha tomado conocimiento de que ha sido presentado al Congreso de la República, un Proyecto de Ley destinado al otorgamiento de facultades delegadas para promulgar un Decreto Legislativo con numerosas y sustanciales enmiendas al Código Civil.

La Junta Directiva de nuestro Colegio también ha tomado conocimiento del contenido de varias de las enmiendas que se propone realizar al Código Civil, siendo así que muchas de ellas afectarían a la seguridad jurídica, a la contratación, el tráfico comercial de bienes y a materias en las que debe preservarse la seguridad ciudadana en sede notarial y registral.

La Junta Directiva de nuestro Colegio, expresa su más profunda preocupación por la ausencia del debate público necesario que siempre ha sido usual en nuestro país en los diferentes momentos en que se ha pretendido reformas en un Código tan importante como es el Código Civil, y por el hecho de que se pretenda aprobar una reforma integral de tan importante cuerpo normativo, sin que todavía se conozca buena parte de aquello que se pretende modificar.

La seguridad jurídica constituye un elemento esencial en la vida institucional de un país, ya que constituye piedra fundamental en su desarrollo y en la garantía que debe constituir para propiciar y favorecer las inversiones y el desarrollo económico.

En tal sentido, nuestro Colegio considera pertinente que el Congreso de la República nombre una Comisión Revisora integrada por Congresistas y Juristas de prestigio, a fin de que proceda al análisis y estudio con la rigurosidad que el caso requiere, a fin de que la Reforma del Código Civil contenga los aspectos verdaderamente urgentes y necesarios con el resguardo de la estabilidad jurídica y la necesaria seguridad que deben tener todos los actos y contratos, como elemento esencial del interés ciudadano.

Finalmente, la Junta Directiva invoca al Congreso y al Poder Ejecutivo a hacer pública la discusión acerca de tan importante materia, recogiendo las indispensables opiniones de todas las instituciones y personas que tengan relación con este tema.

Lima, 5 de diciembre de 2005
La Junta Directiva».

En la tarde del mismo lunes 5 de diciembre, la Comisión, con la presencia del Ministro y del Vice-Ministro de Justicia, se presentó en una sesión conjunta de las Comisiones de Justicia y Constitución del Congreso de la República.

En la televisión se vio en directo esa sesión, en que los Congresistas recibieron a la Comisión de Reforma del Código Civil con mi libro «Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso», en sus manos.

Seguidamente, el texto completo de dicha sesión, en transcripción oficial del propio Congreso de la República.

«CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO-Sesión del día 05/12/2005

Área de Transcripciones

Congreso de la República

Primera Legislatura Ordinaria de 2005

Sesión Conjunta de las Comisiones

Constitución y Reglamento; y de Justicia y Derechos Humanos

Lunes 5 de diciembre de 2005

Presidencia del señor Claude Maurice Mulder Bedoya

—A las 16 horas y 45 minutos se inicia la sesión.

El señor PRESIDENTE.— Con la presencia de los congresistas Benites Rivas, Ferrero Costa, Santa María Calderón, Lescano Ancieta, Chamorro Balvín, y siendo las cuatro de la tarde con 45 minutos damos inicio a la sesión conjunta de las comisiones de Constitución y Reglamento y de Justicia y Derechos Humanos, acordada en la sesión anterior, para recibir al señor ministro de Estado en el despacho de Justicia, don Alejandro Tudela, y la comitiva encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, para tratar el tema relativo al pedido de facultades que el Poder Ejecutivo formula al Congreso de la República para efecto de dar modificaciones diversas al Código Civil.

Sin más preámbulo le damos la bienvenida al señor ministro, don Alejandro Tudela Chopitea, y le damos el uso de la palabra para que pueda hacer la exposición pertinente sobre el tema de la convocatoria.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA, doctor Alejandro Tudela Chopitea.— Buenas tardes, señor Presidente; muchísimas gracias, señores miembros de la Comisión de Justicia.

En primer lugar, quiero agradecer en representación de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil por esta invitación. Y quisiera, si usted me permite, con su venia, señor Presidente, hacer una pequeña introducción y, luego, cederle el uso de la palabra a los doctores Carlos Cárdenas Quirós y Javier de

Belaunde López de Romaña integrantes de esta comisión, ambos comisionados en representación de los demás integrantes, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo que han conformado esta comisión, para poder aclarar las dudas que puedan haber con relación a esta solicitud de delegación de facultades legislativas y precisar los alcances de límites que tiene esta solicitud o pedido de facultades delegadas.

Quisiera solamente, señor Presidente, si usted me permite, hacer las siguientes precisiones.

En lo que serían los casos de reforma de la codificación civil en la historia republicana del país, sería el primero de ellos, en donde lo que se va a plantear y que se somete a la consideración del Poder Legislativo proviene de una comisión designada por ley.

En segundo lugar, quisiera indicar que esto marca una diferencia importante con relación a los otros dos procesos reformadores o revisores de las codificaciones del Siglo XIX y de la de 1936 y la de 1984.

Y en tercer lugar, quisiera también precisar, no obstante por supuesto respetamos lo que ha sido publicado por el ilustre Colegio de Abogados de Lima con relación a que esta reforma requeriría un debate público previo, que la solicitud como está explicada en la exposición de motivos del proyecto de ley a iniciativa del Ejecutivo, no propone una delegación de reformar íntegramente el Código Civil; en ninguna parte, así se ha indicado en lo que es la exposición de motivos.

Sin más antecedentes o precisiones exclusivamente en cuanto a lo que sería el marco de referencia de la labor realizada por esta comisión quisiera permitirme, señor Presidente, con su venia, y de los señores miembros de la comisión, por cederle el uso de la palabra al doctor Carlos Cárdenas y a continuación al doctor Javier de Belaunde para que se precise exactamente los parámetros que tendría esta solicitud de facultades delegadas.

El señor PRESIDENTE.— Si los congresistas determinan pertinente escuchar las intervenciones de los invitados y después proceder al debate, lo haremos de esa manera.

Tiene por tanto la palabra el doctor Carlos Cárdenas Quirós.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO Civil, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Muchas gracias, señor Presidente.

Quería, en primer lugar, hacer mención a que, como lo ha señalado el señor ministro de Justicia, en el caso de la comisión que integro con el doctor Javier de Belaunde, entre otros, aquí presente, se trata de una comisión que el Congreso por ley decidió crear con ocasión de haber cumplido el Código Civil 10 años de vigencia. Y porque estimé que era necesario revisar su contenido, a efectos de establecer si resultaba indispensable adecuarlo a los tiempos.

Porque no obstante que puede parecer que diez años constituyen un período relativamente corto para decidir una reforma de un código, lo cierto es que entre 1984, en que entró en vigencia el código, y el año 1994 ya se había introducido una serie de circunstancias en todas las órdenes de cosas que podían justificar eso.

De hecho, la comisión durante su primera etapa de funcionamiento estuvo integrada por congresistas con representantes del Poder Ejecutivo, hasta que en la última integración de la comisión el Congreso decidió solamente designar representantes, designados por esta comisión, por la Comisión de Constitución, de donde resultó que, entre otros, se designó al doctor Jorge Avendaño, quien es el presidente de la comisión.

En el seno de la comisión hemos decidido tratar este tema de la reforma del código con especial cautela. El ministro ya ha señalado que efectivamente el propósito no es reformar el código en su integridad, y no obstante que esta comisión formalmente lleva funcionando más de diez años, lo cierto es que en ningún momento su propósito ha sido sustituir el Código de 1984 por uno nuevo, sino introducirle reformas parciales, pero orgánicas.

Porque hasta el momento el código, desde su entrada en vigencia, en noviembre del año 84, ha sido modificado cuando menos en un poco más de 200 de sus artículos. Reformas parciales que en su momento han tenido la intención de ser igualmente orgánicas, pero que no han revisado todos los temas en los que se justifica que medie una reforma.

Acaba de serle repartido a ustedes un listado de algunos de los temas fundamentales, a propósito de los cuales la comisión ha evaluado la conveniencia de introducir reformas.

Quisiera dejar señalado un hecho, y es que la reforma que plantea la comisión está dirigida a dos aspectos fundamentales.

Uno. A actualizar el código en temas sobre los cuales hace falta pronunciarse.

El código, cuando se dictó, no se pronunció por ejemplo sobre las técnicas de reproducción asistida y sobre el fenómeno de la clonación; por citar solo esos dos casos.

Eso en cuanto al aspecto de reformar el código para actualizarlo.

Pero también hace falta reformar el código para corregir el texto.

Lamentablemente en el proceso de formulación del código del 84 el sistema que se utilizó dio lugar a que, con el funcionamiento de la comisión revisora precisamente se introdujeran cambios que le quitaron al texto originalmente propuesto la organicidad que tenía.

Y de hecho el código vigente tiene una serie de errores en su contenido, errores que hace falta corregir. Ya el Congreso ha corregido algunos. Pero lo cierto es que, si tenemos presente el hecho de que los jueces en nuestro país tienen que pronunciarse con arreglo al texto expreso de la ley.

Si el texto de la ley precisamente, en este caso de un artículo del código, no tiene la claridad necesaria, pues, lo cierto es que eso va a ser motivo de conflictos y a originar mayores problemas de lo que se buscó resolver, precisamente regulando las cosas de determinada manera.

Y así se ha detectado en el código una serie de deficiencias que la comisión juzga necesario corregir, para precisamente eliminar esa incertidumbre en cuanto al contenido de los textos.

Diría yo que en términos generales esas son las ideas fundamentales, los lineamientos básicos que tendría la reforma. Reiterando, que el propósito es modificar en el código solo aquello que se juzga absolutamente indispensable. Es decir, la comisión aquí ha dejado de lado

cualquier tentación de orden puramente académico, para introducir reformas que tuvieran un alcance puramente de contenido profesoral o académico, como he dicho. Aquí la idea, no es introducir reformas que no resulten esenciales.

Y en ese sentido la idea, por supuesto no es reformar el código en un número de artículos especialmente sustancial, hemos hecho una evaluación inicial en la comisión y pensamos que no debieran ser más de unos doscientos o trescientos artículos como más, sin que esta cifra sea definitiva, pueden ser bastante menos. Porque la idea es que, como les digo, solo se modifique lo que se estima absolutamente necesario. Y en algunos Libros el número de reformas que se ha de proponer son bastante menores que en otros; otros libros en cambio, como el del derecho de familia o el del derecho de las personas, parece que hace falta modificarlos en mayor medida. Pero sin trastocar el contenido y ni la estructura originales que tiene.

Nada más, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Muchas gracias.

El doctor Javier de Belaunde puede hacer uso de la palabra.

El señor DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA.— Gracias, señor Presidente.

Una anotación muy puntual a lo dicho por el señor ministro y por el doctor Carlos Cárdenas. Creo que en el tiempo que ha transcurrido entre la dación del Código del 84 y hoy ha habido no solamente difusión del Código del 84, sino debate. Y precisamente en muchos de estos debates han aparecido estas deficiencias y esta necesidad de modificatoria.

En este sentido creería que no es pues exacto que todo lo que se está haciendo está exento de debate, yo diría que en alguna manera es fruto de un debate que se ha producido en muchos foros: en Arequipa, en Trujillo, en Lima, en diferentes lugares del país, en los cuales se han recogido precisamente en el ámbito universitario y en el ámbito profesional opiniones y puntos de vista. Ha habido congresos, seminarios, publicaciones de libros, (2) inclusive hubo un evento en Arequipa en la cual se reunió la Comisión del

Código Civil nuestro con la que estaba reformando el Código Civil Argentino y hubo un contraste de posiciones y de puntos de vista.

Incluso, el Congreso de la República el año 2000 ha publicado y ha sacado a debate la propuesta de enmienda hasta donde estaba trabajada en ese momento.

Entonces, esta imagen que aparentemente se ha dado por ahí de una reforma casi en la clandestinidad, no es exacta, es fruto de un debate bastante amplio que, indudablemente, se enriquecerá y se ampliará dentro del período de facultades extraordinarias si es que el Congreso las otorga.

Eso es señor Presidente.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE.— Doctor Tudela, ¿ya terminó?

Abrimos debate.

El doctor Carlos Ferrero.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Señor Presidente, aquí hay dos cuestiones en discusión, un debate muy importante sobre el fondo del asunto, es decir, cuáles son las reformas urgentes que se deben hacer o no.

Sobre este debate de cuáles reformas son urgentes y, por tanto, no debemos pensar en un cambio total del Código y cuáles no, el que habla no está en condiciones de participar, porque yo no he estudiado con el detenimiento debido cuáles son las propuestas urgentes y, por tanto, no tendría elementos de juicio para poder apreciar si eso es urgente y si por tanto debe darse ahora.

En esa parte, señor Presidente, yo lamento no poder contribuir en este debate.

Sí quisiera decir algo sobre la cuestión formal, es decir, si debemos autorizar al Poder Ejecutivo para proceder a que ejerza facultades que nosotros estaríamos delegando.

Sobre ese particular las dos o tres interrogantes que tengo, comienzan de la siguiente manera: La primera, es si nos podrían decir los distinguidos juristas que han venido acompañando al Ministro o el señor Ministro, con un poco más de detalle cuál ha sido el debate público que ha habido.

Según el Colegio de Abogados ha habido un escaso debate público, entonces, cuál ha sido ese debate público. Porque es importante conocer en detalle de qué manera han podido opinar aquellos que el Colegio de Abogados dicen que no han opinado.

En segundo lugar, si no valdría la pena consultar a algunas otras entidades o instituciones que faltarían conocer sus puntos de vista en este debate.

Y lo siguiente no es una pregunta, los señores podrán comentarla o dejarla pasar, pero indudablemente nosotros como congresistas nos queda un mes cuando menos para cerrar esta legislatura y entramos a una nueva legislatura el mes de marzo, la segunda parte.

Y hay un proceso electoral en abril, si bien es cierto, que los congresos deben ejercer sus prerrogativas hasta el último día, hay algunas cosas que los congresos deben proceder con un poco de calma.

En ese sentido, preocupa ver si se ha logrado o no el consenso suficiente como para que estas medidas de reforma puedan pasar casi al final del mandato, no solo del Presidente de la República sino del Congreso, que sí se justificaría que en estas últimas instancias, nosotros procediéramos facultando al Ejecutivo de esa manera.

Claro, la respuesta puede ser: Si nosotros les demostramos a ustedes, congresistas, que esto es urgente, entonces, vale la pena sacarlo adelante. Si no queda demostrado que es urgente, quizás sea mejor continuar con los procedimientos que se han establecido antes.

O sea, que puede haber una comisión que revise lo que hace el grupo de juristas que reforma el Código.

Eso podría darle un balance a lo que parece ser una ausencia de suficiente consenso, es decir, que el Congreso tuviese la oportunidad de poder expresar o a través de otro grupo, lo que siempre ha existido, una Comisión Revisora que analiza un poco las propuestas.

Porque la verdad, también es que a pesar de que hay legisladores muy entendidos y que no deben haber menos de diez o doce abogados, quizás quince en el Congreso, es muy difícil que los congresistas tengan el conocimiento jurídico

especializado que sí tienen quienes están dedicados todo el tiempo a operar el derecho.

Por eso las comisiones revisoras son muy importantes, aunque no estén necesariamente conformadas por legisladores, sino quizá mayoritariamente por personas que no son legisladores.

Entonces, señor Presidente, yo quería concluir reiterando que no puedo opinar sobre la naturaleza misma de las propuestas que se formulan porque no he estudiado el asunto, pero en la forma me preocupa: Uno, que parecería que hay un consenso insuficiente y dos, que tengo dudas si los legisladores en los últimos meses de nuestra gestión podemos darle al Ejecutivo las facultades para que promulguen un Código con estos cambios, siempre y cuando la urgencia así lo justifique.

El señor PRESIDENTE.— Muchas gracias.

Para efectos del registro, damos la bienvenida a la congresista Judith de la Mata, al congresista Benítez, al congresista Santos Jaimes y al congresista José Luis Delgado; con lo cual ambas comisiones, dado que los mencionados son simultáneamente miembros de la Comisión de Constitución y de Justicia, en estos momentos tenemos quórum.

En debate el tema. No se ha solicitado la palabra por parte de ningún congresista todavía.

Congresista Delgado.

El señor DELGADO NÚÑEZ DEL ARCO (PAP).— Gracias, señor Presidente.

Bueno, si bien es cierto, el derecho dinámico tiene que estar de acuerdo con la realidad sobre la que rige para que sea perfectamente aplicable, también es cierto que las instituciones jurídicas en su esencia se mantienen en el transcurso del tiempo y que al actualizarse la norma, se debe tener mucho cuidado, debe demandar mucha seriedad y estudio; pero sobre todo, el anteproyecto de Reforma debe ser publicitado.

Esto es difundido por los medios de comunicación para que toda la ciudadanía tenga en cuenta, tiene que pasar por el Poder Judicial, tiene que pasar por el Colegio de Abogados, por la Facultad de Derecho, etc. con el objeto de que emitan

opinión sobre el trabajo de la Comisión Reformadora y hagan alcances, críticas y aportes que consideren necesario.

Creo que eso es muy importante y sobre todo siempre ha habido una Comisión Revisora.

Creo que aquí falta publicidad, falta opiniones, inclusive el Colegio de Abogados acaba de dar una opinión contraria. Por eso sostengo la tesis de que esto debe seguir las mismas orientaciones anteriores, debe ser publicitado, debe ser discutido en las mismas universidades, en el Colegio de Abogados; es decir, debe ser más tratado el tema.

Esa es mi opinión, señor Presidente, señor Ministro, y señores asesores.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA, doctor Alejandro Tudela Chopitea.— Señor Presidente, sin perjuicio de lo que creo que podría sernos muy útil, sería en la intervención fuera del doctor Cárdenas o fuera del doctor Belaunde, que pudieran exponer ante la Comisión el nivel de difusión o de publicidad que ha tenido a nivel de debate.

Quisiera solamente hacer dos, hasta tres precisiones:

La primera: Reiterando mi respeto al comunicado del Colegio de Abogados, que ha sido mencionado por el señor congresista y al que me referí yo inicialmente.

El comunicado parte de una premisa equivocada que, evidentemente, nos lleva a la necesidad de tener que establecer claramente qué es lo que se pretende en todo caso, reformar.

El comunicado del Colegio pretende presentar esta solicitud de delegación de facultades a favor del Ejecutivo para reformar íntegramente el Código Civil, y así lo pone.

Lo que utiliza, en todo caso, una palabra y no la más feliz que es integralmente, pero en fin, y no es así.

Entonces, es importante dejar bien establecido de que no hay ningún propósito de que aquí de alguna manera quede vaciado el contenido del Código por una innovación absoluta.

Eso de ninguna forma ha sido ni presentado en el proyecto de ley ni tampoco es para nada la intención en esta iniciativa legal.

Lo segundo: A nivel de la difusión, aunque claro, todos estamos muy dados a que los medios de difusión deben ser

fundamentalmente los medios impresos; pero quiero dejar establecido y hacer de conocimiento de vuestras comisiones, que mediante Resolución Ministerial N.º 130-2005 que fue publicada en marzo del 2005, se dispuso la prepublicación íntegramente de las propuestas de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto, en la página WEB del Ministerio de Justicia donde está disponible hasta la fecha. El 2 de marzo de 2005.

Adicionalmente, yo quisiera —porque me parece que es importante sobre todo en aras de la seriedad con que se ha efectuado esta labor que culmina con esta solicitud de facultades delegadas— que el doctor Cárdenas Quirós y el doctor Javier de Belaunde pudieran un poco poner en conocimiento de la Comisión, las formas en que se ha facilitado la difusión, los foros o debates que se han efectuado.

Y reiterar en todo caso, si el ilustrado criterio de la Comisión fuese, que esta delegación de facultades estuviese vinculada con una Comisión Revisora Mixta, en todo caso en principio si esa fuese la posición, evidentemente, que el Poder Ejecutivo no tendría absolutamente ninguna objeción, se allanaría a ellos si eso facilita el que podamos comprender qué hay y cómo lo podrán explicar perfectamente los señores representantes de los comisionados que han integrado esta comisión que ha elaborado el anteproyecto de la Ley de Reforma, la necesidad urgente de efectuar algunas modificaciones, así como así como el Honorable Congreso, a lo largo de varios años, ha efectuado modificaciones parciales al Código Civil.

No sé si el doctor Cárdenas, con su venia, señor Presidente.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Con su venia, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Doctor Carlos Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Yo quisiera mencionar que la ley que creó la Comisión, se dictó cumplidos diez años de vigencia del Código. (3) Y un poco como resultado del trabajo, que durante varios años, para ese momento, venía desarrollándose al interior del Centro de Investigación Jurídica

de la Universidad de Lima, con profesores no solamente de la Universidad de Lima, sino de todas las universidades, que revisaron libro por libro y produjeron un documento en el que se proponía reformas al Código.

Ese mismo año se realizó un Primer Congreso Internacional para revisar esas reformas en la Universidad de Lima. Y en el curso de estos años se han hecho dos más y a lo largo del país se ha organizado conferencias, foros, seminarios no solamente con colegios de abogados, universidades públicas y privadas y Poder Judicial; se ha hecho publicación de las propuestas de reforma a medida que se ha ido elaborando, la última de las cuales, como se ha señalado por el señor Ministro, están en la página web del Ministerio; se ha recibido algunas sugerencias, a propósito de esas reformas.

Pero lo que es muy cierto es que si tenemos presente nada más que cuando estábamos en el proceso de reforma, el Código de 1936, la participación efectiva de interesados en ese proceso resulta siempre inferior a la expectativa que la comisión pueda tener.

La verdad es que cuando estaba a punto de promulgarse el Código de 1984, recién en ese momento los operadores jurídicos alcanzaron a comprender la importancia de la reforma que se venía. Y ahí hubo una participación masiva en foros y conferencias, tardíamente, porque ya la reforma estaba muy avanzada.

Y después, cuando se promulgó y entró en vigencia, la difusión por supuesto, fue muy intensa, pero antes hubo debate, como lo ha habido ahora. De hecho, prueba de ello es que inclusive el propio Congreso de la República estimuló ese debate publicando, en el año 2000, las reformas que hasta ese momento se habían debatido en el seno de la comisión.

Ha habido, entonces, difusión de los textos. Que eso haya sido suficiente para estimular la participación de la gente, es otra cosa. Es decir, lamentablemente, hay que decirlo, se es muy pasivo acá en ese sentido.

Una reforma, como la del Código de 1984, motivó muchos debates, pero no fue un tema, digamos, de alcance popular y de primeras planas.

Un segundo aspecto, que me parece importante dejar sentado, a propósito de lo referido en cuanto a la Comisión Revisora, es que tanto para la comisión, para el proyecto que formuló la comisión nombrada en 1922, como para el caso de la comisión nombrada el año 65 se designó, efectivamente, comisiones revisoras, porque en ambos casos la iniciativa de la reforma integral del Código partió del Poder Ejecutivo. En este caso estamos ante una propuesta de reformas parciales por una comisión integrada por representantes del Congreso y del Poder Ejecutivo.

El Congreso dictó esta ley, como lo expliqué hace un momento, estableciendo que en su integración participaban representantes de este Congreso. Y en un inicio inclusive congresistas, que actualmente todavía están en funciones, participaron de los debates de la comisión.

Después, la Comisión de Constitución entendió que era conveniente designar personas que fueran sus representantes, pero no congresistas. Pero lo cierto es que en el trabajo de la comisión, en un determinado momento, hasta hace algunos años, ha participado intensamente en representación del Congreso.

No conozco yo un caso en que se haya nombrado una Comisión Revisora para definir una propuesta de reformas parciales del Código Civil.

De hecho, cuando, por ejemplo, se debatió el Código Procesal Civil, que introdujo cerca de 60 modificaciones al Código, no hubo Comisión Revisora.

Y, por cierto, la comisión que redactó el Código Procesal Civil tuvo en sus manos la posibilidad de reformar el Código Civil totalmente, en la medida que recibió una delegación de facultades legislativas tan amplias que podrían reformar toda la legislación, salvo la Constitución. Lo que era ciertamente un exceso.

De hecho, muchas reformas introducidas al Código Civil por esa comisión fueron después motivo de observación y duda y comentarios.

Pero lo cierto es que no hay antecedente, en cuanto se refiere al Código Civil, en que una reforma de carácter parcial, en donde haya mediado una delegación de facultades, haya dado lugar a que se designe una Comisión Revisora.

Y de otro lado, en relación con la oportunidad, quisiera referir que, a propósito del Código Civil de 1984, en cuya formulación participé, así que puedo dar cuenta de eso, cuando se decidió delegar facultades al Poder Ejecutivo, el Congreso le otorgó facultades para dictar el Código Civil por todo el período constitucional, con lo cual el Código pudo dictarse hasta julio del año 1985. Y para ese caso, ciertamente sí se designó una Comisión Revisora, en vista que la idea era dictar un nuevo Código Civil; y las facultades delegadas se dieron para eso, la habilitación legislativa se otorgó para dictar un nuevo Código Civil, que no es el caso.

Por eso quería aclarar este asunto vinculado a la Comisión Revisora, que puede tener sentido en una reforma total del Código, pero que al menos, en mi conocimiento, no tiene antecedentes para una reforma parcial.

El señor PRESIDENTE.— Puede hacer uso de la palabra la doctora Judith de la Mata, después el doctor Javier de Belaunde.

Doctora Judith de la Mata.

La señora DE LA MATA DE PUENTE (PAP).— Gracias, señor Presidente.

Por su intermedio, un saludo al señor Ministro de Justicia y a sus ilustres acompañantes.

Señor Presidente, yo siempre he sido de opinión que no debemos delegar al Ejecutivo nuestras funciones, que es la de legislar. Pero hay casos excepcionales, como, por ejemplo, tratándose de este tema que estamos viendo, por cuanto ya hay una comisión que ha sido nombrada por una ley, la que ya tiene un trabajo técnico casi concluido. Y si es que no aprobáramos nosotros la delegación de facultades que está solicitando el Ejecutivo, yo creo que es como dejarlo a un lado, tirar al tacho un estudio, una investigación de tanto tiempo, de tantos años en la que han participado ilustres abogados.

Ahora, respecto a la opinión del Colegio de Abogados, muy respetable, pero yo creo que se puede concordar. Ellos lo que solicitan es de que haya una audiencia pública, de que también se solicite la opinión de Colegios de Abogados, dice de ilustres abogados, pero yo creo que si la comisión está conformado de ilustres abogados y todos los abogados

somos miembros del Colegio de Abogados, del ilustre Colegio de Abogados, creo que está dada las condiciones.

Han sido miembros de este ilustre Colegio de Abogados quienes han participado para hacer las correcciones, modificaciones del Código Civil; sin embargo, también podríamos sugerir a esta comisión a hacer audiencias públicas, podría ser en el Colegio de Abogados o acá invitando a los decanos, etcétera, para que puedan participar y darle los últimos toques a esta reforma que se pretende hacer.

Pero también, considerando que en realidad nos falta pocos meses para concluir nuestro mandato legislativo, ya nosotros no tendríamos tiempo para hacer las revisiones del caso minuciosamente, como lo ha hecho esta comisión.

Entonces, por todas estas consideraciones, señor Presidente, yo creo que sí hay condiciones para poder otorgar esa delegación que nos está solicitando y sin que esto atente absolutamente contra nadie seguir haciendo las recomendaciones del caso para que dé participación a los colegios, no solamente al Colegio de Lima, sino a todos los colegios mediante sus delegados, o también por escrito pueden ellos dar su opinión a esta comisión.

Pero ya es un trabajo que está casi de 90 a 99% de avanzado y yo creo que no podemos desperdiciar este trabajo técnico que se ha venido realizando. Creo que se debe de delegar las facultades que nos están pidiendo, señor Presidente.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE.— Saludamos la incorporación a esta sesión del doctor Hugo Forno, miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Civil.

Puede hacer uso de la palabra el doctor Heriberto Benítez.

El señor BENÍTEZ RIVAS.— Gracias, Presidente.

Creo que, si bien es cierto el Congreso tiene la facultad de legislar, hay determinados temas técnicos, como estos, en los que sí se pueden otorgar facultades para que un equipo de personas que conocen la materia puedan preparar y trabajar estas modificaciones que requiere el Código Civil. Me parece que la vía legal existe, se puede dar.

Discrepo con aquellos que señalan que como el Congreso ya está terminando ya sería mejor que no lo dé, porque el

Congreso tiene las funciones en plazo determinado. Así sea el primero o el último día, si puede hacerlo debe realizarlo, porque de acuerdo a esa lógica el Congreso sólo funcionaría tres años, porque el primer año los parlamentarios dirían recién están conociendo y el último año ya se están yendo; entonces, tendríamos un Congreso de tres y no de cinco años. Entonces, yo creo que el Congreso funciona, funciona, si puede otorgar facultades las da y si puede legislar lo hace.

Pero lo que sí creo, Presidente, es que sería necesario tanto para la Comisión de Constitución como para la de Justicia es, por ejemplo, al otorgar las facultades delegadas tener algunas precisiones como cuando se habla del acto jurídico, o cuando se habla del derecho de sucesiones, que se habla de ampliar los porcentajes de libre disposición de los patrimonios.

Creo que ahí hay temas que pueden terminar afectando no a nosotros tal vez, pero sí al justiciable, al ciudadano que permanentemente acude al Poder Judicial, como también esta figura de permitir otorgamiento de testamento por videos; o sea, se pone a una persona, entiendo yo, se le graba, da su testamento y sobre lo que dice se podría comenzar a disponer de los bienes. Y ya todos sabemos, sobre todo los abogados, que por experiencia hay situaciones difíciles cuando se presentan videos, ya hemos visto que han aparecido hasta denuncias con videos y después terminan cambiándolas porque fueron presionados o cambiados.

Entonces, creo que sería saludable para poder otorgar esta facultad, al menos no sé si en esta sesión o en otra de trabajo, que algunos puntos vinculados al acto jurídico, a las sucesiones o a otros temas pueda explicarse algo más estas innovaciones que se hacen, que los colegas, que son expertos en el tema, las han ubicado en la práctica y han visto que son necesarias y que cuentan con la seguridad jurídica y que en el futuro no va a originar de repente otros conflictos; porque litigios van a existir toda la vida y todos sabemos que hay muchos abogados que son creativos en derecho y que buscan siempre una palabra, un inciso para buscar que cambiar toda la situación del Código.

Con esa observación, Presidente, personalmente estaría de acuerdo con otorgar las facultades, pero creo que algunas

precisiones que nos aclaren las innovaciones que puedan querer hacerse en esta materia.

Nada más, señor. (4)

El señor PRESIDENTE.— Ahora sí, doctor Javier de Belaunde.

El señor DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA.— Muchas gracias.

Eran algunas anotaciones sobre las preguntas que se formularon.

Primero, hay que aclarar que no es un nuevo Código, como está ya dicho. Creo que la doctora De la Mata y el doctor Benítez también han aclarado mucho esto. Pero en materia de debate, que yo entiendo que es algo que preocupa porque creo que en la medida de lo posible hay que desterrar un estilo de legislar de alguna manera de iniciados, que muchas veces ha perseguido la legislación civil, creemos que hay que buscar un poco en la experiencia, en el derecho, en funcionamiento, cómo ha funcionado el Código Civil.

Entonces, en esta materia yo quería llamar la atención sobre el hecho de que el proyecto que se está formulando es un punto de llegada, no es un punto de partida, no es como se dice quizás en alguna publicación, se está proponiendo algo que va a cambiar inclusive el ejercicio de la profesión, como si fuera algo totalmente nuevo.

Hay muchos años de debate, el doctor Cárdenas ha señalado, congresos internacionales, congresos nacionales, en los cuales se han venido acopiando observaciones. Y desde el punto de vista de la metodología de trabajo de la comisión, también es quizás importante que se conozca que no solamente la comisión se reúne semanalmente a discutir, sino que hay la audiencia de personas interesadas. Por ejemplo, en el tema de familia ha habido mucha preocupación en conocer el funcionamiento del tema de familia en el Poder Judicial no desde el punto de vista de la experiencia de los abogados que estamos ahí, sino fundamentalmente de los magistrados. Hemos tenido varias sesiones con magistrados especialistas en familia que nos han llevado un listado de los puntos urgentes, de los puntos en los cuales se considera que hay una mayor conflictividad, una necesidad de aclarar la legislación.

Entonces, quería anotar eso en el sentido de que la comisión ha estado atenta no solamente a la evolución que pue-

da haber en materia doctrinaria en algunos puntos, sino fundamentalmente atenta al derecho en funcionamiento.

La idea es detectar qué artículo del Código, que instituciones del Código han tenido problemas y han requerido de algún tipo de modificación, inclusive para los temas vinculados al derecho de las personas se ha invitado a médicos, a personas de otras especialidades. O sea, no es pues el trabajo enclaustrado de laboratorio, sino es un trabajo que más bien está recogiendo opiniones y está recogiendo experiencia.

Es absolutamente válido, con todo respeto, lo que se ha dicho.

Creemos precisamente que la delegación de facultades no es para salga la modificación en una semana, va a haber seis meses probablemente. Y la idea de este trabajo que está ya prácticamente concluido es, pues, someterlo a un debate en el cual no sea un debate teórico, no sea un debate simplemente doctrinario, sino con la perspectiva de que las opiniones de la gente sean canalizadas hacia una concreción normativa específica.

Indudablemente el tema de la oportunidad que planteó el doctor Ferrero es un tema de difícil respuesta sobre todo para quien no está en el Congreso. Pero tendría, en lo personal, la impresión de que quizás una norma como el Código Civil por su, digamos, permanencia en el tiempo, más allá de determinado tipo de coyunturas y quizás también sus reformas, su discusión, está más allá de la coyunturas. Y que me permitiría opinar que no es, no sería de importancia un Congreso de salida, un Gobierno de salida, porque precisamente, como se ha señalado, no solamente la naturaleza del Código, sino la naturaleza de los trabajos, son en realidad muchos años de trabajo que están culminando en esto, ¿no?

El señor PRESIDENTE.— El doctor Ferrero.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Al final de mi intervención yo precisé que el tema de la oportunidad puede ser resuelto si se demuestra la urgencia de las modificaciones. Si efectivamente son urgentes, y eso para saberlo hay que ver de qué se trata, entonces es diferente.

Nosotros en este momento no podemos, al menos aquí, ahora, juzgar esa urgencia de las modificaciones. Por ejemplo, si hubiese algunas normas que de no ser dadas continuarían perjudicando a mucha gente por interpretaciones erróneas, por fallos judiciales equivocados, etcétera. O sea, la urgencia es algo que va a influir en la decisión de conceder o no las facultades que solicitan.

El señor PRESIDENTE.— Puede seguir, doctor Javier de Belaunde.

El señor DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA.— No, simplemente para culminar.

Efectivamente, esto llevaría, digamos, a una presentación ya temática de cada libro de los aspectos en los cuales se está pensando una modificación. Ahí es importante anotar, con toda transparencia, que la comisión ha oscilado entre dos volúmenes de modificaciones.

En algún momento la comisión pensó, precisamente por haber recogido todo este cúmulo de sugerencias, todo este cúmulo de planteamientos, en una modificación bastante más integral de algunos libros que han sufrido, quizás, una mayor embestida del tiempo.

Pero finalmente la comisión ha llegado a la conclusión que la modificación debe circunscribirse a las cuestiones en las cuales hay, o errores en el Código o que requieren algún tipo de adecuación temporal o facilitar la interpretación judicial, por ejemplo, en materia de familia.

Entonces, hoy el planteamiento de la comisión es un planteamiento, como está ahí esquematizado, bastante restringido.

En el campo de mi especialidad, en lo que he podido aportar, por ejemplo, hay cuestiones de urgencia que indudablemente de repente no tienen una enorme trascendencia social, pero hay muchas asociaciones civiles, hoy día, acéfalas. ¿Y por qué están acéfalas estas asociaciones civiles? Porque no han podido elegir una nueva directiva.

Entonces, se está introduciendo una norma que simplemente establece que la directiva registral es la directiva de la asociación hasta que haya una nueva inscripción. Esto que es muy simple en realidad, genera una enorme conflictividad

social con directivas paralelas y cosas de este tipo en materia de asociaciones.

En materia de fundaciones, por ejemplo, también podría pensarse en una gran reforma de la fundación en el Perú; pero creemos que lo que hay que hacer es algo más restringido para facilitar la constitución de fundaciones y facilitar la canalización de la filantropía.

Entonces, hay pues diferentes aspectos en los cuales se han, digamos, escogido temas que son urgentes.

No sé si es la oportunidad, señor Presidente, usted lo señalará, para que los presentes hagamos una presentación esquemática de cuáles son los temas que vemos más urgentes en los libros o si esto será motivo de alguna otra presentación. Pero lo dejamos a su criterio.

El señor PRESIDENTE.— Entiendo que la idea de algunos congresistas es que se pueda hacer esa exposición ahora. Probablemente no sea suficiente una sesión, ya lo veremos de acuerdo a la presentación que haga. Y sin duda, a mí me gustaría entrar ya en materia de ese tipo de propuesta cuando terminemos, en todo caso, de dar el uso de la palabra sobre estos aspectos a los congresistas que lo han solicitado y culminemos así con la lista de oradores, que son dos: el congresista Chamorro y después el congresista Delgado.

El señor CHAMORRO BALVÍN (AN).— Gracias, señor Presidente. Yo me inclino, Presidente, porque el Congreso delegue las facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que pueda dictar las enmiendas a este cuerpo normativo.

Primero, porque no es un nuevo Código Civil, como ya se ha dicho, sino que son enmiendas parciales. Hasta donde tengo entendido son cerca de 156 artículos que comprenderían todos los artículos del Título Preliminar, en el Libro Primero, Derechos de Personas hay como 47 artículos que se modifican y tres que se derogan; en el Libro del Acto Jurídico, 29 artículos que se proponen su modificatoria; en Los Derechos Reales, 33 artículos, y en el Derecho Sucesorio se modifican 10 artículos. Además, en el Derecho Internacional Privado, 23 artículos. Son 156 artículos.

Aquí habría que ver dos cosas: este tema lo discutimos en el Congreso, que es un tema altamente técnico, u optamos más bien porque se delegue las facultades.

Una vez que se promulguen, si creemos que hay algo que no está bien, evidentemente serán dos o tres artículos, yo no creo que sea la totalidad, podría ser susceptible de alguna enmienda de parte del Congreso si el caso ameritara.

Entonces, en esa circunstancia preferiría que se otorgue las facultades. Así se ha legislado el Código Civil, el Código Penal, el Código Procesal Civil, el Procesal Penal, el Código de los Niños y Adolescentes. Me parece que sólo el Código Procesal Constitucional es el que ha dictado el Congreso, pero como producto del esfuerzo académico hecho por un importante grupo de profesionales.

Hay una objeción que formula el Colegio de Abogados de Lima, que básicamente se limita al hecho de que no han opinado, no se le ha consultado, no han podido dar sus puntos de vista. Pero como quiera que la delegación de facultades es por plazo determinado, creo que es 180 días, si mal no recuerdo, seis meses, es un tiempo suficiente en el que el Colegio de Abogados puede opinar. La comisión revisora le puede pedir por escrito no sólo al Colegio de Abogados de Lima, sino a todos los colegios de Abogados del Perú, a las facultades de Derecho, al Poder Judicial, para que puedan alcanzarle por escrito, por ejemplo, la posición institucional del colegio y de los colegios profesionales, porque de esa manera se podría resolver.

Lo concreto es que los debates en los colegios profesionales normalmente son posiciones contestatarias. Cuando uno le emplaza y le dice si esto está mal, alcánzame usted un texto alternativo a esta propuesta, con toda seguridad que no le alcanza. Es que somos buenos para criticar y malos para proponer. Eso es lo malo. Basta ver cuando se discute la Ley del Profesorado en el Congreso, ¿qué propuesta hay de los profesores? No la hay. Cuando se discute la Ley Universitaria, propuesta de los universitarios, no se ve. Cuando se discute la Ley Orgánica del Poder Judicial en el Congreso, la propuesta del Poder Judicial no hay.

Entonces, lo que queremos es que nos alcancen un texto alternativo, y en esos 180 días, el argumento de que no se nos ha consultado y queremos dar nuestra opinión, muy bien se podría zanjar porque hay un plazo que se le concede.

Y el otro elemento sí es de tipo pragmático. (5)

Es verdad que podemos decir que va a trabajar el Congreso, pero una semana más y termina la legislatura.

Se ha anunciado que no va a haber legislatura extraordinaria, se reiniciaría el 1 de marzo y todos sabemos que la primera semana de abril son las elecciones y es previsible también que no va a haber ganador en primera vuelta. Entonces, va a haber segunda vuelta.

Este Congreso no va a tener tiempo y se está anunciando que el próximo Congreso debería tener siquiera un año funciones de Asamblea Constituyente para que reforme la Constitución.

Entonces, a lo largo de casi una década que ha hecho el trabajo respectivo esta comisión, creo, señor Presidente, que la Comisión de Justicia debería dictaminar favorablemente el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo y, repito, en esos 180 días estoy seguro que va a haber algunas audiencias y eventos en el que las instituciones que no han tenido oportunidad de intervenir la puedan hacer.

Gracias, Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Congresista José Luis Delgado, tiene la palabra.

El señor DELGADO NÚÑEZ DEL ARCO (PAP).— Señor Presidente, cuando hablamos del Código Civil estamos hablando de la norma más importante que regula nuestras relaciones jurídicas de orden personal y patrimonial, que en jerarquía le sigue de importancia a la Constitución, pues todos los ciudadanos estamos bajo sus efectos desde antes de nacer hasta la muerte.

Como señalamos claramente, el Código Civil es la sistematización de la legislación sobre determinada materia y ahí que al modificar sus articulados no se debe quebrar la estructura original ni la conexión que debe darse en los diferentes libros que lo conforman.

En buena cuenta, corresponde a diferentes materias del Derecho Civil, así como no se podrá modificar un artículo de Derecho Reales que no tenga repercusión con el libro de Obligaciones.

Creo que ustedes han hecho un buen trabajo, pero hay un problema de falta de publicidad, y voy a poner un solo ejemplo. Existe incertidumbre en cuanto a las modificaciones efectuadas en los libros correspondientes a importantísimas materias que no han sido publicadas en la página web referente al Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derecho de Obligaciones y Contratos, las mismas que no superan la poca calidad de las publicadas, pues no tenemos razones valederas para presumir lo contrario.

Si no conocemos nosotros en la misma comisión y no está eso publicado en la página web, cómo podemos saber nosotros si esto es un buen trabajo, es mejor que el código anterior.

Es decir, ese es el problema, esa es la incertidumbre, esa es la preocupación que nosotros tenemos, señor Ministro, señores asesores.

Por eso es que un poco yo quisiera aprovechar esta oportunidad para decirle al presidente de la Comisión de Justicia tenga a bien llamar a instituciones como el Colegio de Abogados y otras que se han opuesto a esta comisión.

Entonces, considero que es necesario el debate, no voy a criticarlos a ustedes, no puedo criticarlos, no conozco el tema, pero creo que es necesario el debate.

Eso es todo, Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Ha pedido antes el uso de la palabra el congresista Santa María y después el congresista Ferrero.

El señor SANTA MARÍA CALDERÓN (PAP).— Gracias, Presidente.

Señor Ministro, distinguidos juristas: realmente modificar parcialmente el Código, que esa es la tónica, entiendo, de la comisión después de 21 años, es un arduo trabajo; y creo que los que hemos manejado el código alguna vez tenemos un código —valga la expresión— perforado, hay muchos huecos porque hay muchas leyes que se han dado.

Tiene que haber una integración, una presentación adecuada como ustedes muy bien lo sustentan, a la modernidad, a las nuevas situaciones, a las nuevas acciones.

La comisión encargada de la reforma está compuesta por distinguidos juristas, de cuya idoneidad no me atrevería en absoluto dudar sino, contrariamente, conozco a muchos de ellos su probidad y su categoría personal. Sin embargo, nos

encontramos ante situaciones un poco coyunturales, por ejemplo, ahora la difusión es mucho mayor que hace 20 años; los medios pueden electrónicamente comunicarse al día siguiente de lo que están haciendo. Eso ha propiciado que las facultades y los propios abogados nos volvamos contestatarios, porque estamos a corriente de lo que está ocurriendo en Europa, en las modificaciones de España, de Italia.

Entonces, queremos nuestra capacidad interpretativa de cada artículo, a veces con media ciencia, que se ve involucrado; estar yo presente.

Eso me lleva a concluir que quizá lo que ahora se está objetando es la falta de difusión, una falta de difusión que puede ser corregida totalmente. La falta de difusión nos llega hasta nosotros. Dice que ha salido en *El Peruano*, pero confieso que no lo he leído, aunque tengo curiosidad estar al tanto pero no lo he leído. Lo que significa un hecho real que hay que difundirla y hacerlo no tan... hablan de casi 200 artículos o 156 aproximadamente lo que dijeron.

Hay que difundirlo para que todos sepamos lo que se está haciendo, porque calidad no falta y van a permitir que directamente, le digo, confío plenamente porque son abogados de primerísima categoría; sin embargo, es una muestra de lo que el Colegio de Abogados está haciendo.

No digo si tiene razón o no, pero es una voz después de varias directivas, la última directiva la objeta y la objeta equivocadamente porque no estamos frente a un nuevo Código. Eso tampoco creo que lo admitiríamos, pero es un código que va a ser reformado en muchas partes.

Creo que sí esta difusión es necesaria sin quitar la petición de los seis meses, y lo debo decir por una razón sencilla: es un trabajo elaborado por expertos que equivale a los técnicos en cualquier otra ciencia, y los técnicos suelen ser apolíticos.

La aplicación ya viene de parte del gobierno de turno, pero con un tema técnico tiene que darse progresivamente. Y si al promulgarse este código se notara deficiencias, el otro tendrá la facultad de derogarla y repetir lo que estamos haciendo ahora, de modificar los códigos. Ojalá que no se haga. Si está bien integrado, está estructurado no habrían ningún inconveniente.

Lo que sí me gustaría conocer son la tónica que informa las modificaciones, porque acá hay sustancialmente algunas importantes, como son el Derecho de Familia.

Creo que hay la madurez para dejarse llevar por las corrientes, presiones de instituciones, de ONG, que intentan poner al país frente a principios morales que rechazamos profundamente, los que tenemos una fe distinta a los que impulsan y que sea esa moral la que imprima profundamente. Me refiero específicamente al Derecho de Familia, que so pretexto de modernidad se intenta traficar con la moral pública y con instituciones que para nosotros es totalmente ajena, que puedan ser verdades a realidades como en otros países aunque ya están de regreso nuevamente, pero que para nosotros son bastante ajenas.

Me gustaría conocerlas, casi estoy seguro que el pensamiento que va a reformar, las instituciones que se van a reformar son las que realmente están en la profundidad de nuestra ética y nuestra moral; sin embargo, al expresarla no siempre son tan precisas que dan lugar a vacíos.

Por eso, considerando que es una propuesta técnica, un trabajo ya elaborado, yo me pronunciaría por dar este plazo para que no quede en vacío y el país no se pierda —seis meses que ha pedido acá, hay una solicitud de 180 días, a esa creo que nos estamos refiriendo, la de 180 días que hay aquí una petición que la pide el Ejecutivo—. Son 180 días que, por lo menos, va a adelantar no menos de un año y medio la vigencia de este código, sabiendo que si nosotros pedimos que haya una comisión revisora tendríamos que nombrar una comisión revisora para que analice.

Ojalá tengamos la capacidad de los expertos para analizar capítulo por capítulo y artículo por artículo. Eso nos va a llevar y nos lleva a la totalidad hasta finales de marzo que podamos hacer; y luego la promulgación. Si es que se logra terminar que como estamos francamente no creo en un período preelectoral, ojalá podamos analizar artículo por artículo.

Entonces, qué va a ocurrir, que se va a quedar sin hacer, sin plazo y sin promulgar. Entonces, tendrán que iniciar los que vienen un nuevo análisis, un nuevo plazo, otra vez el mismo vía crucis que se está padeciendo por el código, lo cual sería inapropiado.

Así que por ahorro procesal yo creo que bien valdría la pena de otorgarles las facultades, sobre todo confiando en la alta calidad de quienes conforman esta comisión.

Gracias, Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Tiene la palabra el congresista Ferrero, con lo cual terminaremos esta primera parte de la lista de oradores para poder entrar el tema de fondo que propuso el doctor García Belaunde.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Me gustaría insistir en el tema de la comisión revisora, pero quizás con una mecánica distinta.

En primer lugar, debo decir que el argumento expuesto por el distinguido profesor y jurista, doctor Cárdenas, respecto de que no hay antecedentes que existan comisiones revisoras para reformas parciales, bueno, es un argumento interesante pero que no convence porque si las reformas son importantes, y según parece son importantes, una comisión revisora podría aportar un criterio. Pero, además, la ventaja de una comisión revisora es que podría ampliar el nivel de consenso que parece que no existe de manera muy extendida en este momento, comenzando, por supuesto, por el Colegio de Abogados.

Quizás se le podría dar un plazo a la comisión revisora, y una composición muy corta, un plazo de 90 días, un delegado del Ejecutivo nombrado por el ministro, un delegado del Colegio de Abogados y un delegado del Parlamento no necesariamente parlamentario. Ellos como comisión revisora en 90 días deben opinar sobre lo que ya existe y si al Ejecutivo le parece bien a mérito de sus facultades, entonces, procede a promulgarlo.

Esa podría ser una fórmula que quizá valdría la pena estudiar.

De todas maneras, estamos a la espera ahora mismo, señor Presidente, de otros ejemplos como de las asociaciones civiles, que pudieran demostrar a la mesa o ilustrarla de la urgencia de modificar algunos aspectos.

Yo sí creo que debemos aprovechar algún tiempo de esta sesión para poder escuchar esos cambios urgentes que el código requiere y que van a darnos una mejor opinión sobre el tema.

El señor PRESIDENTE.— Vamos a entrar, entonces, en esa parte de esta sesión.

Quisiera adelantar que en principio no me atrevería a someter a votación nada el día de hoy, en virtud de que es evidente que nuestro quórum todavía bastante débil, casi precario y en la medida en que estamos entrando en este tema por primera vez ambas comisiones y es necesario, como ya se ha propuesto aquí y esa es una propuesta que tenemos que acoger, que se pueda recabar informaciones u opiniones que puedan verter algunas otras entidades de la comunidad jurídica. (6) Y en todo caso si la Comisión aquí presente pudiera también separar lo urgente de lo que no lo es, a efecto de quizás puntualizar de una manera más específica la entrega de las facultades legislativas para esos casos, que los otros pudieran continuar el camino de la Comisión Revisora, quizás pudiéramos encontrar alguna fórmula que pudiera ser de confianza ante todos los congresistas, en virtud de lo que se ha anotado aquí es que hay el quinto parecer.

En virtud de que el congresista Rodrich se ha incorporado a la Comisión y no estaba en la lista de oradores original, vamos a darle el uso de la palabra.

Congresista Rodrich, puede hacer uso de la palabra.

El señor RODRICH ACKERMAN (CP).— Gracias, señor Presidente.

Esta es una sesión conjunta de Constitución y Justicia. Cuando hay sesiones conjuntas es muy complicado llegar a establecer cuál es la fórmula de votación, porque tendría que haber quórum de ambas comisiones y cada comisión es independiente.

Esto por separar lo que usted ha dicho que no se va a votar ahora.

Pero tanto usted que es presidente de la Comisión de Justicia y miembro de la Comisión de Constitución, como el congresista Flores-Aráoz que es el presidente de la Comisión de Constitución, tendrían que ponerse de acuerdo para ver la mecánica de votación o de llevarlo a ambas comisiones para poder hacer más expeditivo, teniendo en cuenta que está por terminar la legislatura y darle importancia al tema.

Simplemente para que tenga eso en consideración, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— De acuerdo.

Hace un momento señalé que con la presencia de los congresistas que están en estos momentos, en ambas comisiones tenemos quórum, porque ocho de los congresistas que estamos ahora aquí pertenecemos a las dos comisiones; o sea, que no somos treinta y tantos, como pudiera suponerse, sino que somos menos.

Sin embargo, yo mantengo mi posición, salvo que la Comisión determine lo contrario de no someter nada a votación en estos momentos, sino que esto sea parte de un proceso un poquito más amplio.

Le damos el uso de la palabra al doctor Javier De Belaunde o al doctor Carlos Cárdenas, a efecto de que podamos incorporar al debate las cuestiones de fondo explicativas de las urgencias solicitadas para el pedido de facultades, no sin antes darle el uso de la palabra al congresista Gilberto Díaz Peralta, que lo solicita.

El señor DÍAZ PERALTA (PP).— Gracias, señor Presidente.

Solamente para hacer la invocación, dado que ya se ha manifestado de que está a punto de culminar la legislatura y dada la importancia del pedido del Ministerio de Justicia, para resolver esto lo más antes posible.

Hay que recordar que la próxima semana es la última semana de legislatura y tendríamos que hacerlo antes que culmine la legislatura para poder delegar las facultades.

Nada más, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— De acuerdo.

Ese fue un tema que está en el debate y justamente algunos congresistas solicitaron que se explicase dónde está la urgencia para que esto podamos verlo rápido y en ese sentido, una vez explicada, me imagino que no habrá mayor problema ni contradicción.

Doctor Carlos Cárdenas Quirós, puede hacer uso de la palabra.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Gracias, señor Presidente.

Voy a referirme tan solo a algunos puntos, porque es un poco difícil ocuparse de todos y cada uno, pero resaltar aquellos a propósito de los cuales existe especial trascendencia.

Como ustedes saben una de las innovaciones más importantes del código no solo en relación con el Código de 1936, sino en relación con la legislación comparada en su conjunto, fue la diferenciación conceptual que hizo entre el sujeto de derecho y la persona.

La idea de sujeto a derecho como expresión del ser humano en distintos momentos de su existencia: antes de nacer embrión o concebido, después de nacer persona natural, en organización de personas inscrita, personas jurídicas, y en organización de personas no inscritas, precisamente las fundaciones, comité y asociaciones no inscritos.

No se va a reformar el artículo 1.º del código, de acuerdo con el cual el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece, de manera que ese principio va a mantenerse incólume.

Pero hay un aspecto respecto del cual la legislación no puede mantenerse más tiempo sin pronunciarse, y es lo que se refiere a la tutela jurídica del embrión.

Particularmente por el tema del desarrollo de las técnicas de fecundación asistida y; en segundo lugar, por la posibilidad de manipulación genética.

De hecho ya lo que dice el artículo 1.º del código, supone una protección total del embrión. Sin embargo, no hay una precisión respecto de qué tipo de manipulaciones pudieran hacerse, por ejemplo, con el propósito de salvar la vida del embrión o eliminar la posibilidad de alguna enfermedad grave. Eso no está dicho.

Tampoco hay pronunciamiento del código respecto de la clonación, y legislaciones de Sudamérica, recientemente Chile, por ejemplo, ha dictado una norma vinculada con este tema, y se trata de una materia en la cual inevitablemente tiene que producirse un pronunciamiento de la legislación civil.

Hay un aspecto vinculado también con las técnicas de reproducción asistida y es la que concierne a los llamados contratos de 'alquiler de vientre'.

¿Quién es la madre? ¿Quién ha aportado los componentes genéticos o quién ha realizado la gestación?

Sobre esto el proyecto de código establece como principio que es la madre gestante la que hay que considerar como madre del niño, no obstante que eventualmente los componentes genéticos no hayan sido aportadas por ello.

Sobre la base de la servidumbre, es una opción legislativa. De hecho es una opción legislativa que han seguido otras legislaciones en el derecho comparado; sin ir muy lejos la legislación española.

El señor PRESIDENTE.— Puede hacer uso de la interrupción el congresista Ferrero.

El señor Ferrero Costa (PP).— Han seguido la opción contraria; o sea, hay las dos opciones o hay una predominancia de aquellas según la cual...

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Diría que en las legislaciones con derecho codificado, esa es la solución.

En el derecho anglosajón, en cambio, las decisiones de los jueces en muchos casos se han inclinado por la mejor posibilidad de desarrollo del niño y entonces eventualmente han optado por una madre distinta, no necesariamente la que ha realizado la gestación, y han resuelto entregar al niño en adopción.

El señor PRESIDENTE.— Puede interrumpir congresista Santa María Calderón.

El señor SANTA MARÍA CALDERÓN (PAP).— Señor Presidente, una interrogante.

Si nuestro código procediera a otorgar al niño a la madre gestante y no a la que generó el embrión, cómo se explicaría el ADN comparado, porque sería distinto el ADN del embrión de la madre del 'vientre alquilado'.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Pero eso parte del supuesto de si la legislación autoriza o no los contratos mal llamados de alquiler de vientre.

Hay una decisión legislativa que adoptar, y en el proyecto de la comisión se dice expresamente que no son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otros y que el parto determina la maternidad.

Luego, por ejemplo, a propósito de lo que decía acerca de la manipulación genética, expresamente se está señalando que el genoma podrá ser modificado solamente para prevenir, disminuir o erradicar enfermedades graves, y que la manipulación genética está autorizada para fines exclusivamente terapéuticos.

Hay algún otro aspecto que es también especialmente importante y tiene que ver con la tutela de datos personales.

Como ustedes saben sobre la base del desarrollo de la información a la que se hizo referencia hace un momento por el congresista Santa María, hay necesidad también de una protección la más amplia posible para los datos que se encuentran registrados en cualquier tipo de banco de datos, público o privado.

En este sentido en el proyecto de la comisión la idea es introducir un artículo al código, porque no está prevista esta materia hoy día, que precisamente autorice la posibilidad de que la persona pueda disponer libremente de sus datos, y ordenar que se introduzcan modificaciones a la información que pueda estar registrada, inclusive eliminar esa información en el caso particularmente de registro de datos de carácter privado, y a exigir que esos datos sean destinados, utilizados, al propósito para el cual han sido recogidos y no para otros propósitos, como eventualmente puede estar ocurriendo hoy día.

Luego sobre algunos aspectos fundamentales vinculados con las personas jurídicas, me permito cederle la palabra al doctor De Belaunde para seguir una cuestión ordenada.

El señor PRESIDENTE.— Puede hacer uso de la palabra señor Javier De Belaunde.

El señor DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA.— Gracias, señor Presidente.

En el tema de personas jurídicas el diagnóstico fue que el Código Civil del 84 había traído una regulación insuficiente en todo lo que era la normatividad general que son aplicables no sólo a las personas jurídicas reguladas por el

Código Civil, sino en general a todas las personas jurídicas.

Sin embargo, allí hay muchos temas, se han restringido a algunos cuantos por considerar que son los más urgentes. Por ejemplo, el Código Civil no regula la responsabilidad de la persona jurídica por daños causados a terceros.

La jurisprudencia ha venido echando mano de un artículo que está en la parte de responsabilidad civil, pero pensado para otra cosa que es la responsabilidad vicaria.

Es la responsabilidad en la cual el principal responde por el daño que causa al dependiente. La relación en la persona jurídica entre un directivo, es distinta, lo que se pretende acá es establecer en qué supuestos los daños causados por un representante de la persona jurídica o por decisiones orgánicas de la persona jurídica, deben ser materia de responsabilidad por ésta y no por los individuos que causan el daño.

Este, por ejemplo, es uno de los temas que consideramos importante.

Otro es un tema que en otros países, por ejemplo en Argentina, ha quedado resuelto vía jurisprudencia, que es el tema de la desestimación de la persona jurídica.

La persona jurídica es una creación del derecho para posibilitar, como todos sabemos, fines lícitos, fines valiosos. Pero muchas veces la estructura de la persona jurídica es usada para fines fraudulentos, para fraude a la ley o fraude a terceros.

Por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha resuelto esto bajo el uso de la norma de que la ley no ampara el abuso del derecho, pero resulta que en el Perú la jurisprudencia por todas las consideraciones que sabemos respecto a la calidad de la jurisprudencia nuestra, no ha avanzado sobre este concepto.

Evidentemente, no es que en el Perú no se use a la persona jurídica muchas veces para cometer fraude a terceros.

Lo que se está previendo es la posibilidad de que exista una norma que autorice al juez, en determinados casos, a levantar el velo de la personalidad para ir a quienes están detrás de la persona jurídica y, en algunos casos, (7) dejar sin efecto la responsabilidad limitada de la persona jurídica y, en otros casos, también afectar los actos. Entonces,

esto creemos que es un punto importante y es importante precisamente porque la cultura jurídica nuestra quizá es más legalista y requiere de un soporte legal para resolver este tema.

Finalmente, hay otros aspectos en materia de personas jurídicas que han sido dejados de lado, que muy a pesar mío en la Comisión no han sido considerados de la urgencia necesaria. Está el tema de la prórroga de funciones del órgano directivo que ya hemos mencionado y también la regulación de la responsabilidad de los miembros de los órganos de la persona jurídica frente a ella. Esto es algo que está, por ejemplo, regulado en la Ley de Sociedades, pero no está regulado para todas las personas jurídicas como debiera ser.

Entonces, hay muchos temas que son comunes a las personas jurídicas vinculados...

El señor PRESIDENTE.— Pero, perdón, en este tema de la responsabilidad de las personas perteneciente a los órganos de las personas jurídicas, que está regulado por la Ley de Sociedades, ¿lo que está recogiendo el proyecto es lo mismo que está en la Ley de Sociedades o tiene modificación?

El señor DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA.— No. Es prácticamente lo mismo. Lo que ocurre es que hoy día lo de la Ley de Sociedades rige para sociedades.

Y, en ese sentido, creemos que el Código del 84, parte general de personas jurídicas, en realidad terminó abdicando de este propósito de generalidad para todo tipo de personas jurídicas.

Entonces, hemos seleccionado los puntos más urgentes, dentro de los cuales creo que la reforma más importante es el dar la posibilidad al juez de desestimar la personalidad jurídica en determinada circunstancia.

El señor PRESIDENTE.— Doctor Ferrero, la palabra.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Uno de los comentarios que he escuchado se refiere a la objeción que formulan los notarios, que se les estaría quitando determinadas atribuciones en la formalización de escrituras para determinados actos. Podría usted ilustrarnos sobre ese particular, si existe eso entre las modificaciones.

El señor PRESIDENTE.— A ver, doctor Carlos Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Con su venia, señor Presidente, como ustedes saben hoy día para disponer de la propiedad o gravar los bienes de los representantes se requiere escritura pública. No parece que ésta sea una exigencia esencial y se estaría proponiendo simplemente que conste el documento de fecha cierta. Pero no sería nada extraño porque ya en el Código Civil hay innumerables actos en los que basta simplemente la forma escrita, por ejemplo, aún bajo sanción de nulidad.

El señor PRESIDENTE.— Doctor Ferrero, puede hacer uso de la palabra.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Señor Presidente, permítame. Lo que parece ser, sin perjuicio de regresar al tema de fondo, que si requiero o no esa formalidad por escritura es que lo que la decisión final la toma el que solicita el documento. Y si no tiene la escritura pública quizá no la reciben o no le dan la misma validez de la que puede tener una escritura. No estoy defendiendo las escrituras.

Yo creo que en el Perú hay que buscar sistemas que ayuden al usuario, al ciudadano, y si hay que ir a la notaría para todo es un problema. O sea, no me estoy pronunciando sobre eso. Simplemente digo que el asunto también es complicado porque el que recibe el documento es el que muchas veces le niega la validez que debería tener.

...si entiendo ahora cuál es el problema que se había planteado.

El señor PRESIDENTE.— Perdón, pregunto si la sistemática de la exposición es la que está contenida en el orden de los libros y los capítulos del Código Civil, en cuyo caso solicitaría a los congresistas evitar saltar un tema porque sino nos desordenamos.

Porque en el caso que está planteando el doctor Ferrero proviene todavía en el Libro III y ahorita estamos viendo lo de persona jurídica, salvo que se determine, no sé si ese puede ser un criterio para acelerar este debate, que en la intervención de los congresistas planteen los temas que tengan recurrentes y puedan ser absueltos por los miembros de la Comisión aquí presentes.

Mientras lo van pensando, entonces, continúa el doctor Carlos Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Señor Presidente, yo entiendo que en este caso se trajo a colación el tema y ha coincidido con que el doctor De Belaunde ya había concluido sus referencias a la parte de personas jurídicas.

El señor PRESIDENTE.— De acuerdo. Y seguiríamos, entonces, acto jurídico, familia, etcétera.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Con una advertencia, sin embargo, señor Presidente, y es que en cuanto se refiere concretamente a familia, sucesiones, contratos y lo que se refiere a derecho internacional privado... bueno, derecho internacional privado sí se ha tratado por la Comisión ya, pero el trabajo no se encuentra concluido. Es decir, estas son las ideas que se han desarrollado en una discusión preliminar en el seno de la Comisión, a propósito de esos temas, pero no podría yo explayarme respecto de ellos porque no tenemos todavía una decisión tomada.

Ahora, en cuanto se refiere a acto jurídico, hay una regla, por ejemplo, que seguramente recordarán, que se refiere al tema del poder irrevocable y que establece que el plazo del poder irrevocable no puede exceder de un año. Este plazo, hay que decirlo, fue introducido por la Comisión Revisora.

En el proyecto de la Comisión Revisora no estaba incluido porque el tema del poder irrevocable no está vinculado a un plazo de duración sino a la realización de un determinado acto. Entonces, esto del año constituye una limitación que entorpece el uso del poder irrevocable. Más aún, hay inclusive hoy día una discusión sobre lo siguiente con la norma vigente de un año: vencido el año, ¿qué caduca?, ¿el poder o el poder irrevocable? Eso hay que esclarecerlo.

Obviamente, lo que caduca es la irrevocabilidad del poder, pero no la vigencia del poder. Sin embargo, hay pronunciamiento judicial en el sentido opuesto.

¿Cuál es la idea entonces? Establecer que ese plazo de un año sea solamente, salvo disposición del otorgante del po-

der. Obviamente, si no hay ninguna indicación rige ese plazo.

Luego, como mencioné, con el propósito de abaratar los costos se estaría eliminando la formalidad de la escritura pública para el otorgamiento de poder especial para disponer o gravar los bienes.

Claro, la idea es eliminarla como obligatoria, pero eso no quiere decir que las partes si le interesa otorgar un poder por escritura pública para estos efectos lo hagan.

Sí, cómo no, con la venia del Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Congresista Lescano, puede interrumpir.

El señor LESCANO ANCIETA (UPD).— No cree que ahí es un poco peligroso dado los antecedentes judiciales que tenemos en el Perú donde se falsifican documentos, donde hay una serie de procesos judiciales reiterativos, donde se discute la legitimidad incluso de escrituras donde consta, efectivamente, la propiedad de los sujetos de derecho de las personas.

No cree que por simplificar los trámites vamos a introducir más en los reiteradísimos temas y juicios que se ventilan en el Poder Judicial, esto de que podría ser materia de falsificación algunos poderes mediante los cuales se está dando la posibilidad de enajenar bienes o disponer de los bienes o gravar los bienes. ¿No le parece esto un poco peligroso en el país, reitero? Creo que hay muchos procesos judiciales donde se imputa una serie de falsificación de documentos.

Esta bien para cobrar un sueldo, para hacer otro tipo de disposiciones en nombre mío, en nombre del presentado, pero para disponer los bienes ahí sí pudiera tener algún tipo de problemas este poder más simplificado y no el que nos da mayor seguridad, incluso para el poderdante, que es la escritura pública.

Gracias, doctor Cárdenas.

El señor PRESIDENTE.— Puede seguir, doctor Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Sí, congresista.

Mire, yo entiendo lo que usted señala, el problema es si mencionamos el tema de la falsificación hasta una escritura pública es susceptible de ser falsificada. Entonces, seguridad plena la verdad es que no tenemos nunca o casi nunca.

Tengamos tal vez presente un detalle, y es que el costo de una escritura pública puede ser especialmente importante e inclusive puede llegar en algunos casos a superar el valor del bien del que se quiere disponer, porque téngase en cuenta que se habla en general que para disponer de la propiedad o gravar los bienes del representante, y no se hace una identificación de bienes ni siquiera se señala un valor de ellos, entonces habría que ir, por último, a una fórmula equilibrada.

Yo debo confesarle algo, y es que en la Comisión del Código hemos llegado a evaluar la posibilidad de establecer un valor sobre la base de la UIT, por ejemplo, como ya existe en donación, para definir si se utiliza o no la escritura pública.

En todo caso, es una posibilidad que está abierta sobre la base de la atinencia o la observación que usted formulaba.

El señor PRESIDENTE.— Congresista Santa María, la palabra.

El señor SANTA MARÍA CALDERÓN (PAP).— Quisiera retrotraer al poder, no me ha quedado muy claro cuando se dice que un año es para irrevocabilidad. ¿Quiere decir que van a especificar eso?, porque ahora el Código que es por un año, irrevocable. Entiendo que es para proteger al apoderado, para que antes de un año no pueda ser revocado al cargo que le da.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Natural, natural. Con el agregado de que, a diferencia de otras legislaciones, en nuestro país el poder irrevocable es irrevocable, porque en otras legislaciones si bien se regula el poder irrevocable se autoriza la revocación siempre que se indemnice. Eso no está previsto en nuestra legislación.

El señor SANTA MARÍA CALDERÓN (PAP).— Entonces, quedaríamos que la irrevocabilidad es solo por un año. Pasado ese año, ¿ya no puede revocar?

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— No. Digamos, me refiero a lo siguiente. La irrevocabilidad del poder tiene como vigencia supletoria la de un año, pero puede establecer un plazo mayor.

Hoy día el límite es de un año, y sin embargo tenemos que el acto requiere de más acto y no va a ser factible, va a haber que otorgar otro poder, lo que no parece razonable. Y de hecho expresamente se aclararía que la estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado, y que a falta de esa indicación es de un año y que el vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder sino que afecta exclusivamente la estipulación relativa de irrevocabilidad porque hoy día por la redacción dudosa que tiene el código ha llevado a la interpretación contraria, con lo cual todo el poder cae por efecto del transcurso del plazo, y el poder no se ha otorgado por un año, la irrevocabilidad tenía como límite el año.

El señor PRESIDENTE.— Gracias.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— A propósito de las causales de nulidad, hoy día el artículo 219.º del Código señala que son nulos en sí uno de los actos en los cuales hay falta de manifestación de voluntad de la gente. Pero la falta de manifestación de voluntad no puede, y por eso es que como lo mencionaba el doctor De Belaunde, hemos llegado incluso a consultar con médicos, identificarse necesariamente con la carencia de discernimiento. Esa causa no está prevista.

Hoy día, por ejemplo, la incapacidad que regula el Código Civil es la incapacidad declarada judicialmente, pero no está previsto lo que técnicamente se denomina la incapacidad natural.

¿Qué pasa si una persona en el momento de realización del acto no tiene discernimiento, pero es una persona perfectamente capaz en cualquier otro momento? Esa es una situación que debería llevar a que el acto efectivamente fuera declarado nulo, (8) sin embargo no está previsto en la causal.

El señor PRESIDENTE.— Pero, perdón, ¿no tendría discernimiento en consideración de quién?

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Por ejemplo, imaginémonos que está sometido a los efectos de una droga...

El señor PRESIDENTE.— No, por eso, pero quién determina en el momento del acto si la persona está en discernimiento o no.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— La presunción es la de capacidad plena, de modo que quien alegue que eventualmente esa persona ha carecido de discernimiento en ese momento tendrá que probarlo, porque la presunción además es de regularidad del acto; entonces, el acto se estimará válido en tanto no se resuelva judicialmente lo contrario.

Dejaría de tratar, como les decía, lo relativo a familia y sucesiones por las razones que he explicado.

En materia de derechos reales esto puede constituir un buen ejemplo para que ustedes vean que la comisión ha considerado con mucha cautela el tema de las reformas.

Era idea de la comisión recoger en el código una clasificación de los bienes distinta de la actualmente prevista, que distingue los bienes en muebles e inmuebles, y una clasificación que además contaba con el beneplácito de la comisión, la que distingue los bienes en registrados y no registrados.

Lo cierto es que como esa modificación puede suponer una adecuación en el tiempo mucho mayor que una reforma especialmente trascendente que requiere de una preparación porque lo primero que saltará a la vista es que hoy día en el Perú no todos los inmuebles están registrados, y pensaremos además inmediatamente en inmuebles, pero ya tenemos bienes muebles registrados, los automóviles sin ir muy lejos.

¿La idea cuál era? Distinguir los bienes en registrados y no registrados y establecer que en cuanto se refiere a los bienes registrados la transferencia de la propiedad sea constitutiva con la inscripción en el registro.

El problema saltará a la vista, decía, a propósito de los bienes que no están registrados porque respecto de ellos se requeriría la tradición, es decir, la entrega. Lo que tendría a su turno consecuencias en materia de garantías porque sobre los bienes registrados cabría la constitución de hipoteca, mientras que respecto a los no registrados la prenda, pero la prenda con entrega física. Como eso puede ser demasiado hoy día la comisión en principio ha decidido no considerar esa reforma por ahora.

De hecho esa reforma en algún momento fue objeto de aprobación por el Congreso, pero la norma fue objetada por el Ejecutivo y el proyecto quedó interrumpido en su tramitación porque no se insistió en su texto.

No se va a considerar entonces esa propuesta aun cuando en lo particular creo yo la institución registral en relación con lo que era el año 1984 ha cambiado sustancialmente, pero este es por lo menos el temperamento de la comisión.

Lo que sí no tiene mucha justificación y más aún cuando la propia Ley General de Sociedades autoriza los pactos de no disposición, es que el Código Civil sigue estableciendo en el artículo 882.º la nulidad de los pactos de no disposición de bienes, además se dice que se prohíbe contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, pero solo contractualmente, con lo cual por testamento sería perfectamente admisible que se haga, no hay ninguna razón para que no se pueda hacer contractualmente; sin embargo, en el proyecto se está planteando que esa posibilidad de no disposición solo pueda tener una vigencia de 10 años, es decir que no sea eterno el pacto de no disposición.

Una de las observaciones que se ha formulado al proyecto de reforma, y quiero centrarme particularmente en este como ejemplo de que no hay una comprensión cabal de cuáles son los alcances de la reforma, tiene que ver con el concepto del derecho de propiedad. Y el Código Civil establece que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social; sin embargo ese texto hoy día ya está tácitamente modificado por la Constitución, la Constitución dice que la propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común, y precisamente por eso es que en el proyecto lo que se plantea es darle al texto actual que ya no está vigente el contenido que le corresponde.

Menciono este caso especialmente porque en algún comentario que se ha hecho precisamente sobre este artículo se dice, ¿pero qué cosa es esto del bien común?, un concepto tan gaseoso y demás. Bueno, habría que hacerle ese comentario al artículo en la Constitución, y que yo sepa ese comentario no se ha hecho al artículo de la Constitución y más bien se ignora que esta modificación tendría su origen en una simple adecuación al texto constitucional.

Se propondría para flexibilizar las decisiones sobre la copropiedad que baste solo la mayoría en ciertas decisiones, hoy día para algunas se exige la unanimidad.

Menciono lo que propondríamos para el artículo 971 que dice 'las decisiones sobre el bien común se adoptarán por unanimidad para disponer o gravar el bien así como los demás casos que establece este código'; y dos, mayoría absoluta para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas y en caso de empate se adopta la decisión por sorteo.

Hoy día el artículo 971 establece en qué caso se requiere de unanimidad y dice 'para disponer, gravar o arrendar el bien', y el caso del arrendamiento o por ejemplo la celebración de un contrato de comodato, que es un préstamo gratuito, haría la falta la unanimidad y eso parece un exceso.

Entonces, la idea es flexibilizar eso y, entre otras cosas, excluir casos como el del arrendamiento o el comodato de la necesidad de una unanimidad.

El señor PRESIDENTE.— Puede hacer uso de la palabra el congresista Ferrero.

El señor FERRERO COSTA (PP).— ¿Requiere de la unanimidad para vender?

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Para vender sí, pero conste que es para vender el bien completo, eso no excluye la posibilidad de que cada copropietario pueda disponer libremente de su cuota.

Pero si se trata de vender el bien íntegro tienen que ponerse de acuerdo todos, ahí sí es inevitable, lo mismo para gravarlo, para constituir sobre él prenda o hipoteca; pero para arrendarlo, lo que va a suponer un ingreso para el conjunto de

copropietarios, no parece razonable que por oposición de uno nada más un bien no pueda arrendarse.

Ahora, hoy día el Código Civil no incluye una figura que en otras legislaciones está prevista que es la llamada prenda global y flotante. Esta materia está prevista en la ley de bancos pero solamente para el ámbito financiero, lo que no tienen ninguna justificación, porque imaginémonos nada más el caso de una botica que quiere dar en prenda sus existencias a un particular y eso solamente es factible respecto de una entidad financiera, no parece razonable.

Entonces, se está previendo la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento sobre activos, mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos en el ámbito de la actividad comercial, industrial, agrícola, minera o cualquier otra de la producción o servicios.

Hay un tema que aquí es especialmente debatible y es el que tiene que ver con la ejecución de garantías. Hoy día está prevista la ejecución convención de la prenda, ya el Código la previó, y hasta donde se tiene conocimiento no se ha producido mayores problemas en relación con esto.

Mayores dudas ha traído el asunto vinculado con la ejecución extrajudicial de la hipoteca y la verdad es que no debería existir ninguna duda sobre la procedencia de esta figura, de ir por el camino de la ejecución extrajudicial, obviamente otorgando todas las garantías necesarias a quien ha constituido garantía sobre el bien, y eso es lo que se estaría previendo en el proyecto de la comisión.

La idea, como digo, no es que simple y sencillamente baste el no cumplimiento de una determinada obligación garantizada con hipoteca para que el acreedor hipotecario se haga del bien sin más, esa tampoco es la idea. El pacto comisorio, a diferencia de lo que se está opinando, no se está regulando en los términos en que se está planteando en las observaciones que se han hecho al proyecto.

El señor PRESIDENTE.— Para interrumpir el congresista Lescano.

El señor LESCANO ANCIETA (UPD).— Señor Presidente, esta figura sí me parece muy peligrosa en el país, el pacto comisorio y la posibilidad de hacer ejecución extrajudicial de la hipoteca, en un país donde generalmente los deudores están en

un plano de desigualdad frente al acreedor y no hay ninguna posibilidad de transar o de arreglar esto extrajudicialmente y nos da cierta garantía, cierta garantía, porque sabemos que también si está de alguna manera censurado el Poder Judicial es por el juez, donde verá si es que corresponde pagar ese tipo de intereses, si tiene que pagar ese monto por mora.

En fin, yo creo que poner, por ejemplo, en los casos de algunas corporaciones, empresas o personas que tienen cierta actividad económica donde generalmente son los acreedores frente a Juan o Pedro, obviamente en un plano extrajudicial, es imposible que la solución esté en un plano equitativo o equilibrado frente al deudor, yo creo que ahí va a haber muchísimos problemas, creo que sería muy peligroso en el país poner esto en el ámbito extrajudicial, la ejecución de las garantías, en el fondo es más o menos el pacto comisorio donde quizás van a decir 'si no me pagas me agarro tu casa' y eso a mí me da la impresión que en el país tendría muchísimos problemas.

Señor Presidente, a través suyo muy respetuosamente al doctor Carlos Cárdenas.

Decía que sería inconveniente en el país y se lo hago llegar también al doctor Tudela, Ministro de Justicia, que ha tenido la gentileza de venir a la Comisión de Justicia y Constitución.

Gracias por la interrupción, doctor Cárdenas.

El señor PRESIDENTE.— El doctor Carlos Ferrero también para interrumpir.

El señor FERRERO COSTA (PP).— La reflexión del Yonhy Lescano me obliga a decir lo contrario. Este el país del perro muerto, donde todo el mundo que debe no paga, no quiere pagar, y el pensamiento bueno es decir que si no tiene plata que no pague, pues.

Y suena bien, suena bonito, pero a la larga perjudica al sistema económico porque cuando nadie paga y tú no puedes cobrar nunca la economía no funciona y ese es un concepto clave en el mundo moderno de hoy. (9)

Claro, no vamos a entrar a una discusión ideológica pero quería dejar sentada esta posición. Si la sociedad y el sistema no te permite cobrar una deuda y el que debe no paga y

cuando paga es tarde y no compensa lo que has perdido, la economía no funciona.

El señor PRESIDENTE.— Vamos a actuar con la máxima flexibilidad pero evitando caer en eso.

El señor LESCANO ANCIETA (UPD).— Ya, es un tema importante para el Perú sobre todo, donde hay grandísimas diferencias y donde no podemos borrarlas de un manazo o mediante una norma de una ley, cambiando la letra de una norma legal, imposible.

Yo no digo y no estoy queriendo establecer la cultura del perro muerto o del no pago, no hemos dicho eso. Hemos dicho que aquí el que debe tenga las seguridades mínimas para que puedan pagar lo justo, lo que debe pagar, eso establece la norma, la ley y autoridades competentes para ese efecto.

Yo me acuerdo doctor Cárdenas, que hace algún tiempo atrás si usted tenía una deuda por 50 mil dólares y tenía usted una hipoteca por 200 mil dólares, conforme se hacían los remates en la autoridad judicial se bajaba la base del remate y esa casa terminaba rematándolo, cuyo valor real era 200 mil dólares, terminaban rematándolo en 30 mil, 40 mil, 50 mil dólares. Imagínese si esa misma situación se presenta en una ejecución extrajudicial, en manos de quien estaría aquellos deudores que deben pagar y que tienen la obligación de pagar, colega Ferrero; pero, que deben dárseles las mínimas garantías, porque ahí entre la corporación que es acreedora y Juan que es el deudor, obviamente no existe un plano de negociación porque uno tiene mucho poder y el otro no lo tiene, esa es la cuestión y no otra.

Gracias, doctor Cárdenas.

El señor PRESIDENTE.— Puede seguir, doctor Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Sobre este asunto, yo tendría que opinar la siguiente.

La obligación nace para ser cumplida, quien se vincula por una relación obligatoria tiene que partir del supuesto en que está empeñando su palabra en el cumplimiento, y creo yo que la ley lo que tiene que hacer es estimular el cumplimiento.

Yo en ese sentido, tengo que manifestar mi disconformidad con lo que decía el congresista Ferrero en el sentido de que muchas veces la legislación ha estimulado por un lenguaje eventualmente dudoso o poco claro, mecanismos de los que se han valido los deudores para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones.

Hoy día no es extraña nuestra legislación, la ejecución extrajudicial de garantías, concretamente la prendaria; uno se imagina seguramente que la propiedad predial es más importante económicamente pero no es así y a través de la ejecución extrajudicial de una prenda se podría estar disponiendo de un patrimonio accionario especialmente importante, de muchísimo valor superior al de muchos inmuebles. Entonces, la idea es simplemente extender el mismo régimen que no ha tenido ningún problema hoy día a la hipoteca, con garantías específicas, cuidadosamente vistas en la comisión porque además somos conscientes de que obviamente pueden presentarse casos en los que el acreedor pretenda obtener una ventaja, pues hay que cubrirse de esas eventualidades.

Ahora, hay que adicionar a esto un detalle que es de la mayor importancia, hoy día el costo de los préstamos es enormemente alto y entre otras cosas es enormemente alto por el costo de ejecución de las hipotecas en el Poder Judicial, seguramente si se pudiera pactar una ejecución extrajudicial los intereses pudieran bajar hasta más de dos puntos.

Entonces, creo yo, que todas estas consideraciones, una evaluación de costo-beneficio llega a justificar que efectivamente se recoja esta figura. Ahora, obviamente no es el propósito de la comisión consagrar la figura del llamado pacto comisorio porque eso no es lo que se está regulando, además, hoy día eventualmente un acreedor si es que el remate se declara desierto, no hay postores, se puede adjudicar a y eso no supone una violación al principio de que no cabe el pacto comisorio que está previsto en el Código.

Ahora, vinculado con esos temas en materia de obligaciones hay una situación bastante peculiar en nuestra legislación, porque normalmente cuando las normas tienen carácter supletorio y fundamentalmente las de obligaciones y contratos tienen esa naturaleza, la idea es que el legislador

diseñe un contenido normativo ideal; es decir, que parta del supuesto de la realidad y en todo caso dejar a las partes la posibilidad de pactar en sentido diverso.

Hoy día cuando hay una pluralidad de deudores, lo que se pacta es la solidaridad y la regla es que cuando hay pluralidad de deudores el pacto de solidaridad es lo que impera; sin embargo, el Código ha optado por la regla opuesta, no obstante que el propio Código en materia de fianza, por ejemplo, explícitamente ha establecido que los cofiadores son solidarios. Entonces, no hay una coherencia en la regulación, la idea es que en cuanto a esto respecta en materia de pluralidad de sujetos deudores se establezca la solidaridad.

Luego, hay una situación peculiar también en el Código en cuanto al tratamiento de los intereses por mora, tratándose de las obligaciones pecuniarias y no pecuniarias, hay dos reglas para el artículo 1246.º y la del artículo 1324.º que regulan la misma materia en distinto sentido y no hay ninguna razón para que no haya una sola regla para regular las dos cuestiones, es decir, las deudas pecuniarias y no pecuniarias sobre las cuales es posible pactar intereses.

A propósito del llamado daño moral, el artículo 1322 dice, que el daño moral también es susceptible a resarcimiento. El problema es que el artículo 1985.º del Código sobre responsabilidad extra contractual, no solamente se refiere al daño moral sino también al daño de la persona.

Entonces, la duda que podría originarse, que debiera salvarse obviamente en el sentido de interpretar que el legislador ha utilizado la expresión 'daño moral' en un sentido amplio y no restringido, es que comparando los dos textos entonces aún cuando literalmente se habla del daño moral, la idea es referirse a un daño que tendría el contenido del 'daño a la persona'.

El problema es que esa expresión 'daño a la persona' se introdujo en la última sesión de la Comisión Revisora a propuesta del doctor Carlos Fernández Sesarego, pero no se cuidó, lo digo pues estuve presente en la sesión, y no se cuidó de modificar el artículo 1322.

Entonces, simplemente se trata para evitar cualquier tipo de dudas sobre esta materia referirse a ambos casos a las mis-

mas expresiones, vinculado con aquello a lo que se refería el doctor Ferrero hace un momento, en relación con el cumplimiento de las obligaciones ese singular que el Código Civil tratándose de obligaciones a plazo establezca que para que haya mora del deudor se requiere de interpelación.

Lo cierto, es que en la práctica la regla es la mora automática, vuelvo a lo que decía hace un momento, es el legislador que debe diseñar una legislación ideal y partir de la realidad, ¿qué debió hacerse en el Código? pues establecer que en el caso de las obligaciones a plazo la mora es automática desde el momento del vencimiento de la obligación sin haber cumplimiento. Curiosamente el Código de Comercio vigente todavía en ese aspecto, precisamente dice eso.

Entonces, tenemos la situación rara de que para los códigos regidos todavía por el Código de Comercio, cuando la obligación es a plazo la mora es automática. Y en el caso del Código Civil, que inclusive ha atraído al Código contratos que antes estaban regulados en el Código de Comercio, la mora requiere interpelación; resulta que esos contratos que tenían una regulación favorable en cuanto a la mora, ahora la tienen perjudicial porque el Código Civil hace necesaria la interpelación para que haya mora, eso no tiene ningún sentido.

Además, es un estímulo en el fondo para que un deudor se aproveche de la falta de requerimiento del acreedor para beneficiarse del transcurso del tiempo, no obstante haber vencido la obligación y resultar exigible para él.

Contratos, señor Presidente, no es una materia sobre la cual todavía hayamos debatido pormenorizadamente y lo de derecho internacional privado, la doctora Revoredo que ha sido la ponente de este libro, es de la idea que lo absolutamente indispensable a ser modificado es lo que se glosa en el texto que se les ha entregado.

Sin embargo, en materia de contratos...

El señor PRESIDENTE.- Permítame una interrupción, doctor Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.- Sí, como no.

El señor PRESIDENTE.— Me comunica el ministro que debe ir a Palacio con carácter de urgencia, esperemos que no sea ninguna circunstancia, estoy quedando con él en que se mantengan los miembros de la comisión y supongo que estaremos unos 10 a 15 minutos más, para que podamos concluir con esto.

Señor Ministro, muchas gracias por su presencia.

Puede seguir, doctor Cárdenas.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Decía, que en materia de derecho internacional privado la ponente que ha sido la doctora Delia Revoredo, ha planteado que las reformas absolutamente indispensables son solo estas dos de las que se hace referencia en el texto, de modo que no merece la pena extenderse en ella.

Y en cuanto se refiere a contratos, aún cuando el tema no se ha debatido puntualmente y dado que está presente el doctor Hugo Forno que es el que se encarga de este asunto en el seno de la comisión, con su venia señor Presidente, quisiera que se le pueda dar la palabra para que nos ilustre sobre algunos aspectos en relación con esa materia.

El señor PRESIDENTE.— Adelante, doctor Forno.

El señor FORNO.— Muchas gracias, señor Presidente.

Efectivamente, todavía no se ha discutido puntualmente el sentido de las reformas. De manera, que me voy a referir muy rápida y muy general a la problemática que se discutirá y seguramente sobre esa base se establecerán las reformas, son muy puntuales.

Una de ellas, se refiere a la problemática del contrato con el consumidor, el Código Civil peruano reguló en la parte de contratos lo que se llaman las cláusulas generales de contratación, que es el mecanismo a través del cual se celebra contratos con el consumidor final.

El Código Civil se guió no sólo pero yo diría que fundamentalmente por un modelo comparado que fue el Código italiano, que era del año, que es porque todavía está vigente, del año 42. Y en esta materia en particular era un código muy innovador porque tenía muy poca experiencia compa-

rada cuando se produjo su promulgación, ya hay bastante experiencia que se ha producido a lo largo de estos años, han empezado a producirse inclusive en el Perú leyes sectoriales; acabamos de asistir a la promulgación de la ley que regula este problema, el acto financiero y entonces, parece que es prudente que el Código Civil pueda recoger algunas reglas orientadas a proteger al consumidor cuando contrata con el *predisponente o con la empresa, y ponerlo a salvo estas prácticas que la experiencia ha considerado perniciosas.

De manera que, hay unas normas en el Código que regulan las llamadas cláusulas vejatorias o leoninas, que están prohibidas, que han sido establecidas con un número limitativo y que son realmente muy escasas, (10) y la experiencia nos ha enseñado que hay muchas otras que también deben acuñarse para poner a salvo de ellas al consumidor. Eso es fundamentalmente el tema del consumidor.

Y, yo diría que en segundo lugar, en importancia, tenemos también dentro del espíritu al cual se ha referido ya el doctor Cárdenas y el doctor Ferrero sobre la tutela del crédito. También en la parte general de contratos tenemos algunas reglas vinculadas con la tutela del contrato; es decir, aquellos recursos que tiene el contratante cuando la otra parte viola el contrato.

Y la idea, en este caso, es simplemente ajustar algunos aspectos que están un poco flojos, para establecer un sistema un poco más, digamos, completo, un poco mejor en materia del sistema de protección del contrato.

Y en tercer lugar. Tercer y último lugar está al principio de la numeración de este texto que tenemos, pero es el menos importante, es una cuestión meramente formal. Y es que tenemos un artículo en el Código, en la parte de contratos, que prohíbe en ciertos casos la contratación de ciertas autoridades con respecto a bienes que son del estado. Este artículo se elaboró, como es evidente, al amparo de la Constitución anterior y entonces hay que adecuarlo porque se habla todavía de dos cámaras legislativas, se habla del Tribunal de Garantías Constitucionales, se habla de una serie de instituciones y aspectos que ya han sido modificados y que no están acordes con el ordenamiento vigente. Entonces, simplemente se trata de adecuarlo al ordenamiento actual.

Eso es todo, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— A ver. El congresista Ferrero después el congresista Rodrich.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Presidente, ¿terminó el orden de los temas?

El señor PRESIDENTE.— Entiendo que sí porque ya usted había concluido.

El señor FERRERO COSTA (PP).— A mí me quedó una duda sobre el asunto de la maternidad y el reconocimiento.

Entiendo que en la Comisión estuvo Varsi también. Yo no sé si la posición de la Iglesia Católica, por ejemplo, se ha conocido, si fue materia de conocimiento de ustedes, porque he escuchado que se me ha dicho que en otros países o en los países codificados la tendencia es esa, que los países anglosajones se entregue en adopción, eventualmente. Lo que no he logrado entender es el motivo por el cual se le considera madre no a la que ha producido el embrión sino a la que lo ha llevado dentro del vientre, ¿no?

O sea, debe haber alguna razón y como no llego a entenderla bien me gustaría escucharla.

El señor PRESIDENTE.— Doctor Cárdenas, puede hacer uso de la palabra.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Lo que sucede es que como regla se está estableciendo que no son exigibles los contratos de maternidad subrogados. Conste que se está utilizando la expresión exigible y carecen de eficacia, finalmente, y no se ha dicho que es nulo porque sería bastante ridículo decir que son nulos porque finalmente aquí, a diferencia de cualquier acto jurídico, hay un resultado que es el niño. Entonces, no se puede decir que el niño es nulo, hay que resolver acerca del niño.

Entonces, lo que se establece como regla general es que esos actos de maternidad subrogada no son exigibles; por consiguiente, la solución tiene que ser aquella que explicaba hace un momento.

El señor PRESIDENTE.— No son exigibles recíprocamente, ¿no es cierto?

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Sin duda. Es decir, no podría haber discusión sobre eventuales pagos o cosa por el estilo. Más aún, una regla de esa naturaleza pone también sobre el tapete la discusión sobre si se está descartando la fecundación heteróloga, y sin duda esto tiene importancia a propósito de lo que decía el doctor Ferrero, porque hay una instrucción vaticana sobre este tema, del que se ha tenido perfecto conocimiento.

Pero, lo cierto es que ésta es una materia sobre la cual hay que optar inevitablemente.

Y, una solución distinta hubiera supuesto admitir este tipo de actos inevitablemente. Para otorgarle la maternidad a persona distinta a la gestante tendría que haberse autorizado primero este tipo de operaciones.

El señor PRESIDENTE.— Quiere decir entonces —perdone que aproveche— que si una madre gestante no productora de los núcleos se niega a entregar al recién nacido, la madre digamos que alquiló no tiene cómo reclamarlo, violó y no tiene cómo reclamarlo. Y en el caso contrario similarmente; es decir, si lo entrega al niño y después se arrepiente y quiere reclamarlo tampoco tendría cómo. Estaríamos entrando a una situación de...

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Señor Presidente, lo podría entregar en adopción.

El señor PRESIDENTE.— Perdón, en que la tenencia del menor es la que determina el derecho.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— No. Porque si se establece que el parto determina la maternidad entonces no hay cuestión. Por eso le digo, esto parte del supuesto que primero se dice no son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. Y después categóricamente se señala: el parto determina la maternidad.

El señor PRESIDENTE.— Claro.

Doctor Ferrero, después el doctor Santa María.

El señor FERRERO COSTA (PP).— Pero, si le preguntan a un niño que ya nació. ¿Quién quiere que sea su madre, la que lo ha tenido en el vientre o aquella que biológicamente lo ha concebido?

Probablemente, ninguno de nosotros está en esa situación, pero si hubiéramos estado de repente la mayoría de los que estamos acá hubiéramos preferido que se considere que somos hijos de quien ha producido el embrión y no somos hijos de quien nos ha transportado.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor Carlos Cárdenas Quirós.— Si me permite, señor Presidente. No hay que perder de vista la posibilidad frecuente de que los donantes de óvulos y espermatozoides sean personas desconocidas.

Entonces, no partamos de un supuesto necesariamente de que los componentes genéticos son de dos personas casadas que se lo encargan a una tercera persona.

El señor PRESIDENTE.— Correcto.

Congresista Santa María y después el congresista Rodrich.

El señor SANTA MARÍA CALDERÓN (PAP).— Exactamente, yo iba a presentar el caso que se está poniendo. Ya se ha producido mujeres que pueden generar el óvulo, ya han sido fecundadas, ese embrión ya tiene la protección del Estado, ya es una vida, genéticamente ya está con todos los caracteres de papá y de mamá, pero como la madre no puede tenerlo, o sea no puede alimentarlo durante los 9 meses, encarga a un vientre, que puede ser inclusive una pariente, su hermana o quien fuera o su propia madre. Se ha visto el caso en Inglaterra que la madre aceptó a nieto, a su propio nieto.

¿Y, entonces, quién es la madre? Perdón, ¿de quién es el niño? ¿De la que va a tener el parto o de la madre que con todo el cariño, con toda la génesis, inclusive el propio marido ha engendrado esta criatura, ese embrión? Ahí viene la duda que, digamos, a mi concepto no va a ser de la madre que lo está textualmente pariendo sino del embrión que generó la vida.

El señor MIEMBRO DE LA COMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, doctor

Carlos Cárdenas Quirós.— Una solución para un caso extremo de esa naturaleza sería la adopción, porque las opciones son varias.

Imaginémonos el caso que la persona que está alquilando su vientre, digamos, contribuye con su óvulo. O digamos que es el caso de una persona que en su vientre está gestando a un niño producto de óvulo y espermatozoides desconocidos o de quienes se lo han encargado; es decir, las opciones son múltiples.

Entonces, la idea de esta solución es generalizar, pero no está descartando que en un caso concreto se pueda ir por el camino de la adopción.

El señor PRESIDENTE.— Congresista Rodrich, por favor.

El señor RODRICH ACKERMAN (CP).— Me parece que esto se está enfocando desde el lado de la gestante, yo quisiera enfocarlo desde el otro lado.

La infertilidad que ha sido un problema terriblemente doloroso a través de la historia, para muchas parejas, prácticamente está desterrada. Los adelantos tecnológicos han permitido que prácticamente no existe infertilidad, pero a veces sucede que el útero de la madre no puede soportar el embarazo. Entonces, como el doctor bien claramente lo ha dicho, hay múltiples posibilidades, la más tradicional es: Yo no quiero adoptar, yo quiero que mi descendiente tenga mis genes y los de mi señor esposo.

Entonces, como no puede la señora cargar el feto durante los 9 meses, por problemas internos, de útero, etcétera, encargan a una tercera persona que muchas veces es familia directa, pero algunas veces no.

Entonces, ese niño me parece irracional que sea de la gestante y no de quienes han participado con el espermatozoides y el óvulo.

Entonces, acá se estaría legislando de otra forma. A mí eso me preocupa porque eso también se presta a otro tipo de cuestiones.

Por ejemplo, yo estoy seguro que la doctora De la Mata le va a impresionar que en otros países se hace eso mismo pero para parejas del mismo sexo y eso no está permitido en el Perú, y eso podría generarnos una serie de conflictos.

En todo caso, todos estos son problemas éticos, filosóficos, y yo quiero ir a una cosa más allá, no quiero quedarme en la anécdota de este pequeño problema sino en una cosa que para mí es muy peligroso.

Éste no es un tipo de temas que tenga que caer en el Pleno del Congreso de la República, esto es un tema demasiado complicado, demasiado, que requiere una especialidad, una especialización demasiado puntual en estos temas y tengo pánico sinceramente que eso sea manoseado indebidamente por señores congresistas con muy buena voluntad pero con total desconocimiento de la materia.

Entonces, más que ir, yo estoy seguro que los señores congresistas de la Comisión de Justicia y también de Constitución querrán saber más de qué cosa es lo que se va a elaborar, pero yo quisiera, Presidente, que usted coordine con el Presidente de Constitución para ver cuál sería el mecanismo adecuado para que –sin que el Congreso pierda control delegando ciegamente las facultades– se cree por ejemplo una comisión de tres o cinco congresistas, legos en la materia, para que puedan estar dentro de esta comisión que tiene facultades.

O sea, una facultad delegada pero restringida, una facultad en donde esos congresistas tengan la facultad sancionadora del Pleno del Congreso, pero todo esto en un plazo perentorio, porque se acaba la legislatura el 26 de julio. El 26 de julio terminó este Congreso y entraría el próximo y sería nuevamente iniciar el trabajo, por eso es que los plazos son un poco perentorios.

Yo voy nomás al tema puntual porque así como éste va a haber muchos temas en discusión. Ya nuestro amigo congresista Lescano habló sobre un tema que le es muy cercano a él, que es el tema de las tasas de interés, de los cobros y de que esto no puede ser así. Entonces, eso se va a prestar a demasiadas discusiones.

Encontremos el mecanismo adecuado para darle la facilidad para que salga de las modificaciones del Código que todos entendemos que son imprescindibles, imposterables, pero de una forma ordenada.

El señor PRESIDENTE.– Señores congresistas, vamos a terminar esta sesión.

Quiero informar lo siguiente: He solicitado en virtud de que está contenido en el texto del pedido del Ejecutivo el cuerpo legal del anteproyecto que se ha enviado al Poder Legislativo y que está en la Presidencia del Congreso pero que al parecer se encuentra, según el referido, en custodia. O sea, no nos pueden entregar o no está disponible para los congresistas.

De manera que yo le he pedido al ministro hace algún momento y formalizo esto públicamente para que los miembros de la Comisión se lo puntualicen a su vez, que nos remitan a ambas comisiones el texto de los artículos para poder...

No, es que no es exactamente el mismo texto porque hay algunos, digamos, en la página dónde está integral y el pedido de facultades no es para todos sino para algunas partes. Entonces necesitamos saber específicamente para qué parte.

Y por eso solicitaría que –además del oficio que se va a cursar– podamos hacer el trámite rápidamente y daríamos tácitamente por aprobado el pedido de algunos congresistas en el sentido de invitar al Colegio de Abogados y quizás a alguien que se proponga para tener una sesión más de debate, (11) y poder determinar en virtud de las premuras del tiempo que hay alrededor de este tema.

Congresista Rodrich.

El señor RODRICH ACKERMAN (CP).– Por favor, Presidente, no se olvide del pedido que estoy haciendo para que en la próxima sesión se den las fórmulas para esta delegación restringida de facultades.

El señor PRESIDENTE.– De acuerdo.

Entiendo que usted ha solicitado que nos pongamos de acuerdo los dos presidentes de comisiones para traer una fórmula consensuada.

No habiendo otro tema que tratar se levanta la sesión, agradeciendo la presencia de los doctores Javier de Belaunde, Cárdenas y de Soto.

–Se levanta la sesión a las 19 horas 03 minutos».

Ese mismo día 5 de diciembre, en horas de la noche, apareció en el programa «Rumbo Económico» de Canal N,

el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, doctor Oswaldo Hundskopf Exebio, entrevistado por Jimena de la Quintana.

A continuación, el texto de la citada entrevista:

«**Jimena de la Quintana:** El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima está con nosotros para hablar acerca de unas modificaciones importantes que se planean realizar en el Código Civil y que tendrían, evidentemente, consecuencias en lo que respecta al ámbito empresarial. Vamos a pedirle que nos explique en qué consisten estas modificaciones que están siendo planteadas por el Ejecutivo. El Ejecutivo ha presentado una propuesta ha pedido al Congreso de la República le entregue facultades para legislar en la materia y, en definitiva, hay obviamente como ocurre siempre, posiciones a favor o en contra. Vamos a pedirle su opinión a Oswaldo, que tiene la gentileza de estar con nosotros esta noche.

¿Cómo está? Bienvenido, gracias por estar en el programa.

Oswaldo Hundskopf: Bueno, definitivamente, la lectura del Comunicado del Colegio de Abogados de Lima y del Colegio de Notarios, despertó, evidentemente, cierta inquietud a muchos abogados sobre el tema, en el caso particular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima tenemos un excelente plantel de profesores en las diferentes disciplinas del Derecho Civil, ¿no?, Personas Naturales, Personas Jurídicas, Acto Jurídico, Obligaciones, etc.

Jimena de la Quintana: ¿Qué no han sido convocados?

Oswaldo Hundskopf: Exactamente. Y conversando con ellos no han tenido la oportunidad de participar. Efectivamente, no quisiera cuestionar de ninguna manera la calidad de los representantes del Legislativo, del Ejecutivo, que son de primer nivel, que es un grupo reducido.

Jimena de la Quintana: Que han estado elaborando esa propuesta.

Oswaldo Hundskopf: Que es un grupo reducido, tengo entendido que se han reunido aproximadamente en 85 sesiones, y más o menos, en términos generales hay una pro-

puesta para modificar 500 artículos del Código Civil, que es aproximadamente el 25%.

Entonces, en mi opinión particular y creo que la comparten muchos abogados; o sea, modificar una ley tan importante que creo que es la segunda ley más importante, después de la Constitución...

Jimena de la Quintana: Después de la Constitución...

Oswaldo Hundskopf: ... regula pues, las diferentes etapas de las personas, ¿no?, naturales y jurídicas.

Jimena de la Quintana: Desde que nacemos, en realidad.

Oswaldo Hundskopf: Exacto, y las relaciones jurídico y patrimoniales, ¿no? Entonces, existen corrientes o tendencias modernas sobre el negocio jurídico, sobre las obligaciones, sobre la unificación de la contratación privada, ¿no?, entonces, sobre el levantamiento del velo societario, el allanamiento de la persona, muchísimos temas que sobre... de garantía... o sea....

Jimena de la Quintana: Vamos a discutir algunos más importantes en detalle y aquéllos ...

Oswaldo Hundskopf: Pero, encantadísimo, ¿no?, lo que sí, en una forma nos gustaría creo, y hablo porque lo he conversado con algunos Decanos de Universidades, es tener la opción de participar en Congresos, Seminarios.... Claro...

Jimena de la Quintana: Sobre eso le quería preguntar antes de entrar al detalle de las modificaciones. Usted dijo gente de la Universidad de Lima, en particular, refiriéndose al caso que evidentemente conoce usted, no ha sido convocada. Eso me da la impresión del siguiente mensaje que es el ... que también de alguna u otra manera ha sido transmitido a través de los medios de comunicación. En realidad, no solamente ustedes no han sido convocados sino algunas otras personas también que están digamos, vertiendo críticas a las modificaciones que se están planteando. Esto ¿por qué?

Digamos, una ley tan importante, el Ejecutivo pide facultades para legislar, está siendo elaborada como usted dice, por gente que usted respeta y que los demás respetan, pero que podrían, en realidad, tal vez hacer un trabajo mucho

más democrático, de alguna manera, si recibieran la ayuda de otros.

¿Por qué cree usted que no se ha convocado al resto de gente a recibir sus opiniones?

Oswaldo Hundskopf: Si revisamos la composición de la Comisión es, yo le digo, de primera categoría y me consta porque he tenido la oportunidad de asistir en dos oportunidades, invitado...

Jimena de la Quintana: Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Cárdenas, Juan Espinoza, Augusto Ferrero Costa ...

Oswaldo Hundskopf: Claro, todos impecables... todos son impecables. Simplemente le quiero hacer un símil.

Por ejemplo, en el año 1994, el Ministerio de Justicia convocó a 11 profesionales y docentes en materia societaria para hacer la Ley de Sociedades, que es una ley más especializada que el Código Civil, ¿no?

¿Qué hicimos nosotros? Presentamos, presidida por el Doctor Enrique Normand, quien lamentablemente falleció, presentamos un proyecto al Ministerio de Justicia. El proyecto se prepublicó; o sea, se publicó y se invitó a todos los gremios, a la CONASEV, a la Bolsa a la Superintendencia de Banca y Seguros, a la Cámara de Comercio, a la CONFIEP, para que opinen los abogados, los Estudios de Abogados opinaban.

Este proyecto, que al final, en definitiva se convirtió en la Ley n.º 26887 no fue aprobado por Decreto Legislativo, sino... (**Jimena de la Quintana:** ... sin consensuado)... Exacto, ingresó al Congreso; el Congreso nombró una Comisión Revisora, felizmente, de Congresistas abogados, ¿no?, se hicieron algunas enmiendas, pero siempre guardando la coherencia, la consistencia del proyecto, ¿no? O sea, nosotros seguíamos trabajando en el tema con los Congresistas.

Se publicó la segunda versión, ya con las enmiendas, con las recomendaciones, ¿no?, siempre filtrando, ¿no?, decantando cuáles eran buenas y cuáles no, porque hay de todo, llega de todo, ¿no?, una Comisión Especial, una Segunda Comisión Especial de otros Congresistas, se volvió a publicar por tercera vez y, al final, fue la Comisión Permanente del Congreso la que aprobó la Ley, ya no fue el Ejecutivo.

Jimena de la Quintana: ¿Por qué cree que –repito la pregunta– en esta ocasión no ha ocurrido eso?

Oswaldo Hundskopf: Me parecería a mí que en un gobierno de salida, ¿no?, darle 180 días o, no sé, o 150 días, para que por Decreto Legislativo se apruebe una norma tan importante, me parece que no es lo prudente; me parece que no es lo aconsejable. ¿Por qué?

Jimena de la Quintana: Hay apuro por promulgar, digamos, la norma o porque se le deleguen las facultades, por eso no se les ha convocado al resto, sino que sólo a ellos...

Oswaldo Hundskopf: Yo entiendo que... Yo entiendo y he estado conversado con diferentes personas, incluso con el doctor Toyama haciendo antesala, y realmente no encontramos la urgencia, la necesidad.

Si me dijeran, pues, que se ha revolucionado el Derecho Civil... Pero, no, no, no... realmente no hay...

Jimena de la Quintana: Hablemos de esos aspectos (**Oswaldo Hundskopf:** Sí) que usted considera los más importantes desde su punto de vista (**Oswaldo Hundskopf:** Claro...) respecto a las modificaciones que se están planteando. Evaluar aprobar la ejecución extrajudicial de garantías, que es un aspecto super importante en lo que refiere al ámbito económico es una de las modificaciones que... o algo de lo que estaría pretendiéndose o de lo que se pretende incorporar; la ejecución de las mismas, es decir, de las garantías, lo que pueda hacer o lo que hace a través del fiel cumplimiento de la norma y a través de una correcta aplicación de la misma. Obviamente, si la norma es adecuada o es buena, hace también que el crédito pueda entregarse a más y de manera mucho más fácil, porque el deudor o el acreedor tiene la potestad de pedir el pago del mismo, ¿no?

Oswaldo Hundskopf: En el año 1984 con el Código Civil se incorporó, si la memoria no me es infiel, el artículo 1069, me parece, que permite al acreedor prendario ejecutar extrajudicialmente la prenda, ¿no?, y si no hubiera pacto, tiene que haber pacto, en una cláusula específica en el convenio de prenda, ¿no?, hay un procedimiento para que en ocho días se remate el bien prendado, ¿no?, se subasta y se prohíbe el pacto comisorio, o sea que el acreedor se quede con el bien, ¿no?, yo tengo entendido por lo que he leído,

por lo que he escuchado y entrado en la página web, que ahora se está permitiendo el pacto comisorio, o sea que el acreedor se quede con el bien, ¿no?, lo cual creo que debe de ser discutido.

Sinceramente, creo que sí, y si se extiende eso a la hipoteca, a la ejecución extrajudicial de hipoteca, se asimilaría un régimen que existe para la hipoteca popular; no existe para la hipoteca convencional, para dar la garantía.

Jimena de la Quintana: ¿Qué ocurriría en la vida real? Ponemos un ejemplo, así, aterrizando un poco.

Oswaldo Hundskopf: Yo sí soy partidario del dinamismo del Derecho y de la evolución, ¿no?, yo sí creo que, por ejemplo, de común acuerdo acreedor y deudor pueden designar a un Notario Público (**Jimena de la Quintana:** Ok), para que el Notario Público dirija la venta extrajudicial de un inmueble hipotecado, pero acreditado el incumplimiento.

Jimena de la Quintana: Pero ese es un pacto común, como usted dice, a voluntad de ambas partes.

Oswaldo Hundskopf: Exactamente, yo sí soy un convenido que eso...

Jimena de la Quintana: Lo que se está pretendiendo... se plantea pedir una ejecución extrajudicial de garantías, con todas las garantías para el deudor, pero con el propósito de facilitar la ejecución y evitar que los deudores, haciendo mal uso de las leyes, eludan a los acreedores.

Oswaldo Hundskopf: Bueno, definitivamente en lo que se refiere a todo este régimen de tutela del acreedor, yo creo que deben darse algunos ajustes en las normas, porque es cierto que los deudores hacen uso de subterfugios o de normas para evadir sus obligaciones y sus compromisos, ¿no?, o sea, definitivamente, incluso hasta se cuestionan lo que es un procedimiento de ejecución de garantías y se dilatan a través de medidas cautelares, (**Jimena de la Quintana:** Claro) y etc., etc., y se entorpece el derecho del acreedor a lograr cobrarse su crédito.

Jimena de la Quintana: ¿Qué otras cosas importantes, vinculadas al ámbito empresarial, económico, son importantes?

Oswaldo Hundskopf: En mi opinión, por ejemplo, ya que existe en el mundo entero una normatividad del Derecho

privado y de la contratación privada, por ejemplo, cada día desaparecen las figuras atomísticas o clásicas de la contratación, ahora la contratación es moderna, o sea, va evolucionando día a día por la dinámica de la propia actividad económica, ¿no?, o sea, van surgiendo diferentes operaciones de carácter mercantil, en la Bolsa, bursátil, fuera de la Bolsa, en el comercio internacional, por la globalización, etc., entonces, el capítulo de las disposiciones generales aplicables a todos los contratos de Derecho privado es importantísimo; o sea, en lugar de encorcetar o regular artículos... contratos específicos, yo me preocuparía, por ejemplo, en disposiciones generales, en incorporar instituciones aplicables a toda la contratación en general, ¿no?

Jimena de la Quintana. Que, además, simplifiquen los procesos.

Oswaldo Hundskopf: Exactamente. Y en lugar de entrar a regular contrato por contrato, por supuesto que hay algunos contratos que de todas maneras hay que regularlos, pero hay muchísimos contratos innominados o contratos atípicos que no están regulados en nuestro país, por ejemplo, la distribución, el contrato de concesión privada, ¿no?, o sea, el contrato de agencia, son contratos importantísimos que no están regulados, ¿no?

Ahora, la pregunta es ¿deben regularse en el Código Civil o no deben regularse, no?

Yo, particularmente, estoy bastante liberal en ese sentido y pienso que, por ejemplo, contratos globalizados como el joint-venture, por ejemplo, no deberían estar regulados, ¿no?, pero hay gente que no piensa necesariamente así, ¿no?, pero las disposiciones generales aplicables a todos los contratos de Derecho privado deberían ser muy, muy claras y muy bien estudiadas, ¿no?, y después todo el tema del negocio jurídico; o sea, lo que es el acto jurídico, entonces, todo lo que es el tema de las obligaciones, y sobre todo de la persona jurídica, ¿no?

Jimena de la Quintana. Bien, doctor Hundskopf se nos fue el tiempo, pero le agradezco por estar en el programa (**Oswaldo Hundskopf:** Encantado). Del Congreso... al Congreso le quedan pocos días ya para terminar la presente legislatura, así que se duda también de que las facultades sean delegadas al Ejecutivo.

Oswaldo Hundskopf: Lo que yo creo y con esto termino, si usted me lo permite, con la importancia del Código Civil que regula todas las etapas de la vida de una persona; no sé, ¿no?, es un clamor de la colectividad y de las Universidades y de los gremios, poder participar y opinar y recomendar, sin jamás poner en tela de juicio la brillantez de quienes participan en esa Comisión, por supuesto.

Algunos de ellos, vinculados a la Universidad de Lima. Así es.

Jimena de la Quintana. Varios piensan mejor que algunos pocos (**Oswaldo Hundskopf:** Exactamente). Gracias por estar en el programa.

Bien, estuvo con nosotros el Doctor Oswaldo Hundskopf, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima».

Al día siguiente de la sesión del Congreso, apareció en el Diario Oficial «El Peruano» una entrevista que tuvo la gentileza de hacerme el Doctor Mario Solís Córdova.

El texto de la nota fue el siguiente:

«Entrevista a Mario Castillo Freyre

MARIO SOLÍS CÓRDOVA

• Abogado

A PROPÓSITO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

‘No debemos cambiar injusticia por injusticia’

Debido a la presencia en la agenda del Congreso de la discusión del Proyecto de Ley que delega en el Poder Ejecutivo facultades legislativas para reformar el Código Civil de acuerdo con los lineamientos de un proyecto que es elaborado por una Comisión Ad Hoc (en adelante la comisión) creada por las Leyes n.º 26394 y n.º 26673, conversamos con este destacado catedrático universitario, quien se mostró abiertamente opuesto a una reforma que considera inconsulta y peligrosa para la seguridad jurídica.

Tiene usted una posición contra la reforma en sí o sólo contra el proyecto elaborado por la comisión.

- Es una posición en contra del proyecto tal como está concebido. Efectivamente, hay muchos temas en el Cód-

go Civil (como el de las garantías) que merecen una forma legislativa, pero no debemos cambiar injusticia por injusticia, no debemos cambiar trámite engorroso por otro facilista contrario a la seguridad jurídica. Es necesario reformar el código, pero también estoy absolutamente convencido de que la manera como se quiere hacer no es la correcta.

No teme ser calificado como un anacrónico opositor a la modernización de nuestras normas civiles.

- Creo que no. Trato todos los días, en el ejercicio profesional, en mis clases, en mis libros, de contribuir a la modernización del derecho nacional, pero no creo que deba entenderse como sinónimo de progreso del derecho peruano el transformar las leyes con la rapidez con que otras personas creen que deben transformarse. El derecho va más allá de la ley. Es necesario entender muchas veces los alcances de las normas y dejar que la jurisprudencia haga su trabajo. Ni los académicos debemos despreciar la labor de los jueces ni tampoco la de los abogados en ejercicio, porque todos deben tener participación en este proceso.

No es buena la idea de reducir el derecho civil y el Código Civil a un libro de primaria que nos diga el abecé porque no sabemos leer. Debe respetarse al gremio profesional y, por lo tanto, el proyecto debe discutirse abiertamente y luego ser revisado por una comisión cuyos miembros sean distintos a los que elaboraron el proyecto de reforma.

¿Por qué manifestó que el proyecto de reforma no se discutió convenientemente?

- En verdad, el proyecto no ha sido discutido en lo absoluto. Fue publicado en la página web del Ministerio de Justicia, hace seis meses, sólo una parte de él sin contener lo relativo a derecho de familia, derecho de sucesiones, obligaciones y derecho de contratos. Mis opiniones sobre los eventuales defectos del anteproyecto son sobre la parte minoritaria publicada, de la otra nadie conoce una coma, salvo la propia comisión.

De las modificaciones conocidas, a su criterio, ¿cuáles son las más peligrosas?

- Voy a poner como ejemplo algunas de las más notorias. En primer lugar, el proyecto le quita el carácter de fuente

de derecho a la doctrina. Esto lo sabemos todos desde que pisamos un aula en la universidad. La doctrina es una de las cuatro fuentes del derecho, junto con la legislación, la jurisprudencia y la costumbre, y eso es muy importante que siga siendo así. Con esta modificación, la opinión de los autores o de las personas que escriben sobre determinados temas estará subvaluada. El segundo punto es el levantamiento del velo societario. Hay varias normas que señalan de manera expresa e implícita la posibilidad de levantar el velo societario cuando se utilice a la persona jurídica de manera fraudulenta. El término fraudulento es muy amplio. Puede interpretarse de manera tal que los acreedores de la persona jurídica promuevan judicialmente el levantamiento del velo societario y que los socios respondan con todo su patrimonio con respecto a la deuda de la empresa. Esto, en doctrina, es un tema hartamente debatido y es un tema que hay que aplicarlo en la práctica con pinzas.

Y respecto a la permisividad del pacto comisorio...

- Existen, definitivamente, razones por las que el pacto comisorio se encuentra expresamente prohibido en nuestra legislación. Debe reflexionarse más este tema porque los riesgos que conlleva son muy grandes, y tal vez esa ausencia de carga procesal en los tribunales que hoy se busca se vea trastocada con la realidad, ya que los procesos de ejecución irregular puedan dar lugar precisamente a que los tribunales se congestionen, pero no por acreedores reclamando la ejecución de garantías por deudas impagas sino de deudores reclamando la ejecución indebida o ilegal de la garantía hipotecaria.

Se ha visto solamente una cara de la moneda y no la otra. Claro, uno dice, en teoría, si hay una ejecución extrajudicial y hasta un pacto comisorio para que el acreedor se quede con el bien, todo es fácil porque ya no se pasa por los jueces. Todo suena lógico en el entendido de que estemos en presencia de un acreedor serio, transparente y correcto, pero, ¿estamos seguros de que ésa es la regla, que eso es siempre así?, creo que no. El derecho y el Estado no deben abdicar de la función de aplicar justicia, aunque evidentemente de manera eficiente y rápida.

No se siente usted en una lucha quijotesca al enfrentarse a una comisión formada por figuras preeminentes de nuestro derecho...

- De ninguna manera. Nunca me he sentido más acompañado, y tan así es que en los próximos días daremos a conocer a la opinión pública la formación de un grupo numeroso de abogados que comparten plenamente lo que vengo manifestando. Creo que los abogados, los profesores universitarios, los hombres de derecho debemos fomentar el respeto a la seguridad jurídica, debemos fomentar que nuestras leyes mejoren y no temerle a la discusión pública de los proyectos. Lo peor que le puede pasar al Perú es que este proyecto pase desapercibido. No olvidemos, además, que la formación y la transformación de los códigos civiles son procesos históricos en que participan diversos sectores de la sociedad. Tenemos que tener en cuenta también que si hoy se cuestiona a la propia democracia es porque muchas veces las leyes se hacen de espaldas al pueblo. En este caso, lo único que reclamo es que esto se someta a conocimiento público por varios meses sin apuro, porque el Perú y el derecho no acaban mañana».

La desesperación del Ministerio había llegado a tal grado que con fecha 12 de diciembre hizo llegar al Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, Doctor Ántero Flores Aráoz Esparza, una extensa carta en la que pretendía justificar lo injustificable: ¡que el Anteproyecto sí se había discutido!!!

«Membrete: Ministerio de Justicia-Perú. Despacho Ministerial.

(Sello de recepción Congreso de la República fechado 12 DIC. 2005, rúbrica ilegible y hora: 1:00 p.m.)

Miraflores, 12 DIC. 2005

Oficio n.º 1303-2005-JUS/DM

Señor Congresista

Ántero Flores-Aráoz

Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República

Presente.-

Asunto: Delegación de Facultades Legislativas para aprobar modificatorias urgentes al Código Civil (Reforma parcial)

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en su calidad de Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, con relación al proyecto de Ley n.º 14040-2005-CR mediante el cual el Poder Ejecutivo solicita delegación de facultades legislativas para la aprobación de las modificatorias al Código Civil.

Al respecto, nos permitimos manifestar, respetuosamente, nuestra preocupación frente a la posibilidad de que se dicte la creación de una Comisión Revisora que elabore el anteproyecto de ley correspondiente, considerando que ello contravendría lo dispuesto por la propia Ley n.º 26394, de fecha 18 de noviembre de 1994 y su modificatoria aprobada por Ley n.º 26673, que encarga la elaboración del anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, a la Comisión integrada por representantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, que viene desarrollando desde hace varios años una propuesta de modificaciones de carácter urgente y necesaria que requiere el Corpus Juris Civil, en base a criterios altamente técnicos. Cabe señalar que la citada Comisión, impulsora de la iniciativa legal delegatoria presentada por el Ejecutivo, está actualmente integrada por cinco juristas en representación del Congreso de la República designados por la Comisión de Constitución de Parlamento, uno de los cuales –el Dr. Jorge Avendaño Valdez– la preside, así como por ocho juristas representantes del Poder Ejecutivo nombrados por el Ministro de Justicia¹.

-
1. Integran la Comisión los juristas Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Enrique Varsi Rospigliosi, Fernando Vidal Ramírez, Javier de Belaunde López de Romaña y Delia Revoredo Marsano, en representación del Poder Ejecutivo; así como los ilustres juristas Jorge Avendaño Valdez (Presidente), Pedro Arnillas Gamio, Camilo Carrillo Gómez, Manuel Reátegui Tomatis y

Consideramos que la delegación legislativa por seis (06) meses solicitada, constituye tiempo suficiente en el cual el Poder Ejecutivo pueda publicitar debidamente más las propuestas de modificatoria de aproximadamente 166 artículos; ello sumado a los esfuerzos ya realizados sobre el particular, como la prepublicación dispuesta por Resolución Ministerial n.º 130-2005-JUS, publicada el 02.03.05 (publicación que no mereció ninguna comunicación ni presentación de observaciones ni comentarios por parte de ningún gremio de profesionales), así como la difusión de las propuestas de modificación en el I Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en la ciudad de Arequipa, en el Congreso Nacional: Reforma del Código Civil & Código de Comercio, realizado en la ciudad de Trujillo, en el Seminario de Reformas al Código Civil y Código de Comercio efectuado en Lima y en el II Congreso Internacional de Reformas al Código Civil (Perú/Argentina) llevado a cabo en la República Argentina, entre más de diez eventos similares y diversas publicaciones que se mencionan en anexo adjunto, entre otros medios que se han empleado para difundir adecuadamente las propuestas de modificatoria elaboradas.

Refuerza nuestro cometido el hecho de que el Código Civil ha sufrido una serie de modificaciones jurídicas como consecuencia necesaria de la dación de diferentes dispositivos legales. Así tenemos: el D.Leg. n.º 768 que aprueba el Código Procesal Civil, la Ley n.º 26497-Ley Orgánica del RENIEC, la Ley n.º 27118 que modifica diversas disposiciones del Código Civil, la Ley n.º 27495 que incorpora nueva causal para el divorcio, la Ley n.º 27048 que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad y la Ley n.º 26102, Código de los Niños y Adolescentes, entre otros. Se adjunta el cuadro que

Marcial Rubio Correa, en representación del Poder Legislativo. Cabe precisar que los doctores De Belaunde López de Romaña y Revoredo Marsano, reemplazaron a los doctores Roberto Maclean Ugarteche y Anibal Torres Vásquez (en ese entonces Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, quien renunció), respectivamente. (Pie de página del Oficio).

señala las 226 modificaciones, no necesariamente sistematizadas, que ha sufrido el Código Civil, el mismo que ha sido tomado del Sistema Peruano de Información Jurídica. En tal sentido, resulta imperiosa la adaptación del importante cuerpo normativo referido, para armonizarlo con la realidad jurídica y social actuales y corregirlo en lo urgente.

Se adjuntan al presente copias de los Oficios de fecha 24 de febrero de 2005 al Presidente del Congreso de la República y al Presidente de la Comisión de Constitución del mismo Poder del Estado, que fueran enviados por el Dr. Jorge Avendaño Valdez, en calidad de Presidente de la Comisión creada por Ley n.º 26934, a los que se acompaña el texto del anteproyecto de enmienda y la exposición de motivos correspondientes,² dando cuenta, asimismo, de la necesidad y urgencia de la pronta modificación del Código Civil. Se anexa, además, copia del oficio n.º 329-2005-JUS/DM, por medio del cual el Ministro de Justicia remite al Presidente del Consejo de Ministros, copia de lo enviado por el Dr. Jorge Avendaño al Congreso de la República.

Es necesario señalar que los temas urgentes a modificar se encuentran en la lista que a continuación se acompaña, lo cual, sumado a todo lo señalado, justifica la solicitud de delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, a fin de poder concretar en el más corto plazo, a través de las enmiendas necesarias, con un Código Civil más armónico y coherente con las necesidades del país.

Es política del Sector Justicia la transparencia, el acceso a la información y el debate público de las iniciativas que nos corresponden. En atención a ello el Ministerio a mi cargo, garantiza que dentro de las medidas de difusión que se utilizarán para el proyecto de modificación del Código Civil están, obligatoriamente, la pre-publicación del mismo.

2. Anexo en anillado. (Pie de página del oficio).

Agradeciéndole por anticipado la atención que merezca al presente, resulta propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi estima y consideración.

Atentamente,

(firma)

Alejandro Tudela Chopitea

Ministro de Justicia».

Pero, esa misma tarde estuvimos en el Congreso, pues la Comisión de Constitución y Reglamento había citado al Colegio de Abogados de Lima, a la Junta Nacional de Decanos de Colegios de Notarios y al Colegio de Notarios de Lima.

El Decano y la Junta Directiva del Colegio de Abogados me hicieron el honor de pedirme que los acompañe.

Seguidamente, el texto de la referida sesión:

«CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO-Sesión del día 12/12/2005

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Primera Legislatura Ordinaria del 2005

Comisión de Constitución y Reglamento

Sesión N° 16

Lunes 12 de diciembre de 2005

Presidencia del señor Ántero Flores-Aráoz Esparza

—A las 16 horas y 45 minutos se inicia la sesión.

El señor PRESIDENTE.— Señoras y señores congresistas, se va a pasar lista.

La RELATORA pasa lista:

Lista de asistencia:

Congresista Ántero Flores-Aráoz Esparza; congresista Eduardo Salhuana Cavides; congresista Yohny Lescano Ancieta; congresista Carlos Alberto Almerí Veramendi; congresista Natale Amprimo Plá; congresista Fausto Alvarado Dodero; congresista Heriberto Benítez Rivas; Alberto Cruz Loyola; Judith de la Mata de Puente; Jorge del Castillo Gálvez, José Luis Delgado Núñez del Arco; Javier Diez Canseco Cisneros; Carlos Ferrero Costa; Kuennen Franceza

Marabotto, Santos Jaimes Serkovic; Maurice Mulder Bedoya; Aurelio Pastor Valdivieso; Henry Pease García; Jacques Rodrich Ackerman; Luis Santa María Calderón.

El señor PRESIDENTE.— ¿Existe quórum?

La RELATORA.— Sí.

El señor PRESIDENTE.— Con el quórum reglamentario se abre la presente sesión de la Comisión de Constitución.

(En la primera parte de la sesión se trataron diversos temas ajenos a la Reforma del Código Civil, razón por la cual omitimos su transcripción).

[...]

Entonces, estando la mayoría de temas resueltos pasaríamos con los invitados para que hagan su exposición.

— Se suspende la sesión por breves minutos.

— Se reanuda la sesión.

El señor PRESIDENTE.— Se reanuda la sesión. (3)

Habíamos invitado al señor decano del Colegio de Notarios de Lima y al presidente de la Junta Nacional de Decanos de Colegios de Notarios y al decano del Colegio de Abogados de Lima, doctor Marcos Ibazeta para tratar sobre el pedido del Poder Ejecutivo para delegación de facultades legislativas en el tema de reformas al Código Civil.

Nos ha remitido una comunicación el señor Ministro de Justicia, que estuvo el lunes pasado en la comisión, en el sentido que la comisión que ha elaborado el documento para el cual han solicitado delegación de facultades estuvo formada por representantes del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en cumplimiento de la normatividad dispuesta en las leyes núm. 26394 y su modificatoria núm. 26673.

En consecuencia se va a entregar esta comunicación el día de hoy del señor Ministro de Justicia a los integrantes de la comisión y a los señores decanos que nos acompañan.

Puede hacer uso de la palabra el doctor Ibazeta.

El señor DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, doctor Marcos Ibazeta Marino.— Muchas gracias, señor Presidente, un saludo y un agradecimiento a usted y a los señores congresistas por permitirnos expresar nuestra posición a nombre de todos los abogados de Lima.

En realidad nosotros no cuestionamos la calidad de estos integrantes de la comisión Reformadora del Código Civil, sean del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, lo que nosotros exigimos es que tratándose de una norma que es la segunda en importancia en el Perú, no pueden hacerse reformas, porque estamos hablando de una prepublicación de 500 artículos y extraoficialmente en conversaciones por allí y por acá nos dicen que no pasarían de 60 ó 70, pero 60 ó 70 artículos nos cambia por completo la estructura jurídica de un código y las reglas de juego en el país pueden alterarse dramáticamente.

Porque si nosotros vamos a modificaciones en el título preliminar ya estamos hablando de principios que van a amagar sobre toda la estructura del código y después viene derecho de personas, viene el acto o negocio jurídico, viene el derecho sobre los bienes, obligaciones y contratos, y entonces ya estamos hablando de tráfico de bienes, manifestación de voluntad, relaciones interpersonales.

Pero, ¿a quién se va a privilegiar, al deudor, al acreedor?, ¿bajo qué ideología se están estructurando estas normas?, porque no hay ley sin ideología, ¿o estamos ante una modificación con una ideología conservadora, una ideología tuitiva o una ideología ultraliberal?

¿Cuál va a ser la potestad del acreedor? Porque algunos trascendidos nos llevan a que el acreedor es el todopoderoso y donde el control estatal va a ser casi nulo. Por lo tanto cuando el colegio se ha enterado —y el procedimiento interno del colegio lo va a explicar la directora de comisiones y consultas, y para analizar algunos puntos de reforma específicos que hemos podido conocer está el doctor Mario Castillo, uno de los integrantes de la comisión consultiva del Colegio de Abogados de Lima.

Para concluir, lo que nosotros estamos exigiendo es que no se puede sacar una norma de la noche a la mañana, esta sería una reforma del Código Civil como esas leyes de madrugada que tanto se han criticado y que evidentemente necesita un debate mayor, necesita publicidad, un pronunciamiento abierto pero luego de un debate interno en los colegios profesionales, en las universidades, que la sociedad se pronuncie; porque también al empresariado le inte-

resa, al sistema bancario, a todos nos interesa conocer cuál es la reforma que se propone.

Entonces, creo que en una reforma no se trata de quién gana o pierde por su prestigio personal, sino que lo que es una cuestión de Estado tiene que ser publicada, si no se publica evidentemente esta ley en vez de generar paz social y desarrollo va a generar un conflicto tremendo por las reacciones que podrían suscitarse, porque estas leyes siempre deben nacer por consenso.

Entonces yo le agradezco, señor Presidente, y quisiera ceder el uso de la palabra a la directora de comisiones y consultas.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE.— Puede hacer uso de la palabra la colega.

La señora DIRECTORA DE COMISIONES Y CONSULTAS DEL CAL, doctora María Luisa Valdivia Bocanegra.— Gracias, señor Presidente.

Quiero reafirmar, en primer lugar, el saludo del Colegio a la presidencia y a los miembros de la Mesa y confirmar lo que ha dicho el decano del Colegio de Abogados que esta ley, una segunda ley de la nación necesita un debate público, que un decreto legislativo, una delegación de facultades no es la óptima al igual que tuvo la reforma del Código Civil de 1936, que luego de una comisión reformadora pasó a ser revisado por otra comisión y que en este caso el Colegio de Abogados abre las puertas para ser local, ser pie de un debate público, un debate y real sobre algunos hechos que se están reformando y que hemos revisado en este anteproyecto.

Nuestro asesor, el doctor Mario Castillo Freyre, va a dar su exposición y le solicito al presidente que él corrobore y ahonde nuestras inquietudes.

El señor PRESIDENTE.— Gracias, doctora.

Puede hacer uso de la palabra el doctor Castillo.

El señor CASTILLO FREYRE, Mario.— Muchas gracias, señor Presidente, yo quiero emplear estos minutos para contarles por qué existe esta reacción y por qué estamos aquí presentes.

En realidad el lunes pasado tuvimos oportunidad de hacer el seguimiento de la sesión por televisión y prácticamente se dijo en este recinto que este era un tema ampliamente discutido, que era un tema antiguo sobre el cual había habido la suficiente difusión, etcétera.

Bueno, eso no es así, porque hay que distinguir lo que significa la realización de un evento de derecho en el cual participa quien ha integrado la comisión y exponga su punto de vista, y termina su exposición, pasa el siguiente expositor, termina el evento y los asistentes tienen su certificado de asistencia; de lo que significa el debate público de las ideas.

Realmente lo que nosotros estamos invocando es a que esta comisión en realidad sea una comisión que proponga las ideas que está proponiendo, nosotros hemos podido apreciar en la página web del Ministerio de Justicia un conjunto de reformas que no son pocas y consideramos que no son buenas para el Perú, pero fundamentalmente que esto pase a otra instancia, es decir que esto sea materia de discusión pública y de evaluación detenida por parte del Congreso de la República.

¿Por qué decimos esto? En primer lugar no se trata de una reacción de un pequeño grupo de abogados, en realidad ya hubo un comunicado público del Colegio de Abogados de Lima, hoy ha aparecido un comunicado público del Colegio de Notarios de Lima, hay otras instituciones que yo tengo entendido que tienen una honda preocupación sobre el tema como la propia Cámara de Comercio de Lima, algunos de cuyos directivos han hablado conmigo, y también otras instituciones relacionadas con el mundo del Derecho.

¿Qué es lo que pasa? En realidad se pretende señalar que solamente se quiere realizar una modificación puntual al Código civil, pero no se trata de una modificación puntual. En la página web del Ministerio de Justicia se han publicado 147 artículos que se propone modificar en temas absolutamente sustanciales e importantes para la vida de todas las personas como el título preliminar, derecho de personas naturales y jurídicas, acto jurídico, derechos reales, responsabilidad civil extracontractual y derecho internacional privado.

No se ha publicado absolutamente nada, hasta ahora la comisión no ha publicado oficialmente nada ni de obligaciones, ni de contratos o en general fuentes de las obligaciones, ni de sucesiones ni de derecho de familia. Entonces si uno hiciese tal vez una regla de tres simple entre el número de artículos comprendidos en las modificaciones que responden a las 147 que se pretende alterar y los artículos correspondientes a los libros sobre los cuales todavía no se ha expresado modificación oficial propuesta, uno podría llegar a la conclusión de que la reforma en general comprendería entre 300 a 500 artículos.

Y eso no es poca cosa, no estamos hablando de una ley absolutamente marginal en la República, estamos hablando de una ley que es por su importancia la segunda ley más importante después de la Constitución; y en realidad hay muchas personas que a lo largo de sus vidas no tienen que ver directamente con problemas relativos al texto constitucional, pero todos tenemos que ver desde que nacemos hasta que morimos con el Código Civil.

Ahora, cuando en la historia del Perú se han modificado los códigos civiles de manera radical como esta no se ha aplicado el eufemismo de llamar reforma a la modificación del código que antes se llamaba nuevo código. Así pasó con el código de 1852 cuando se dio el código de 1936 y con el Código de 1936 cuando se dio el código de 1984.

En ambos casos las comisiones que elaboraron esos dos proyectos de código fueron comisiones conformadas por gente muy ilustre, gente de primera. Por ejemplo, en la comisión que hizo el código de 1936 estuvo el doctor Manuel Augusto Olaechea, Pedro Oliveira, el doctor Solf y Muro, el propio médico Hermilio Valdizán, Juan José Calle.

Y a pesar de eso el resultado de esa comisión en donde no había soberbia alguna se sometió al Congreso de la República que nombró una comisión revisora, que con presencia mayoritaria de congresistas evaluó dicho proyecto y le efectuó las modificaciones y enmiendas que correspondía hacer.

Lo propio ocurrió con el Código Civil de 1984, a pesar del inmenso poder político de las personas que integraban la comisión reformadora de ese código en el año 1981, varios ministros de justicia incluidos, no se tomó el camino de la

aprobación del código sin una comisión revisora controlada mayoritariamente por miembros del Congreso de la República.

Entonces consideramos que este es un paso necesario para que las modificaciones –a nuestro entender bastante defectuosas– que se pretende hacer no dañen el ordenamiento jurídico de la República.

Lo que nosotros además pensamos es que la creación de un foro distinto, con una mentalidad más abierta y con un carácter democrático, precisamente permitiría que quienes tenemos observaciones con respecto al proyecto podamos asistir a instancias que nos escuchen, es decir no se produzca un diálogo de sordos en el cual hay una posición oficial y quienes disintimos seguramente tenemos mala intención. Entonces serían muchas instituciones de la sociedad las que tendrían mala intención, ¿no es cierto?

Quiero referirme al tema que en apariencia motiva esta reforma, se dice que la motiva la urgencia y la necesidad. La palabra urgencia de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española es necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio y necesario es que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder.

Yo me preguntaría, señor Presidente, si en la exposición de la semana pasada de los miembros de la comisión ustedes han podido percibir que realmente los temas señalados eran de necesidad vital para el ordenamiento jurídico de la República. (4)

Yo me temo, señor Presidente, que esos temas mayoritariamente no son de necesidad vital, ¿por qué? Porque, precisamente, pasa algo. Yo estimo que todos quienes somos profesores de derecho –y me incluyo– tenemos la tentación natural de que aquellas doctrinas que creemos más acertadas formen parte de una ley; pero no podemos imponerle al país que esas doctrinas que creemos como las más acertadas necesariamente formen parte de una ley, sobre todo, si somos nosotros los únicos que creemos en esas doctrinas. Y, precisamente, cuando se publicó en la página web del Ministerio de Justicia, y esto fue muy importante, acá está la resolución ministerial del 25 de febrero de 2005. Esta resolución ministerial del Ministerio de Justicia orde-

naba la publicación en la página web a fin de promover un debate en la comunidad jurídica nacional.

¿Qué pasó, señor Presidente? A las dos semanas de publicado esto en la página web, el anteproyecto empezamos, quien les habla y otros muchos colegas, a publicar artículos críticos al anteproyecto en el diario oficial *El Peruano*, en el suplemento de *Actualidad Jurídica*.

A partir de ese momento no se publicó en la página web del Ministerio de Justicia un artículo más, de un solo libro más, del anteproyecto de enmiendas al Código Civil. Y a partir de ese momento ningún miembro de la comisión, ni colectivamente la comisión, aceptó, discutió, debatió ni dio ninguna opinión con respecto a ninguna observación que se había formulado, tanto así que nos vimos en la obligación de escribir un libro y publicarlo –un libro que le hemos hecho llegar a todos ustedes–, en el cual señalamos no las cuatro observaciones, sino las observaciones que de principio a fin, del primer artículo al último se pueden hacer en torno a este anteproyecto.

Sólo para mencionar los puntos más controvertidos, señor Presidente, y para no abusar del tiempo de ustedes, señores miembros de la comisión.

En primer lugar, en el título preliminar se quiere introducir como principio del derecho una regla absolutamente discutida en doctrina, que es la llamada 'teoría de los actos propios'. La teoría de los actos propios es considerada como una especie de atadura con respecto al pasado. Uno es dueño del pasado y uno no puede, absolutamente, cambiar de opinión por más de que el cambio de opinión sea fundado en derecho. Eso, en doctrina, nadie lo acepta como principio del derecho, nadie. Sin embargo, se quiere poner la doctrina de los actos propios como principio del derecho en el título preliminar aplicable a todas las relaciones civiles y aplicable supletoriamente a otras áreas del derecho; ése es contrasentido. Como también es contrasentido –y esto es una cuestión que realmente lleva, precisamente, a asombrar– se quiere mencionar en un artículo expreso, en el título preliminar, cuáles son las fuentes de derecho. Entonces, bueno, lo que por demás es innecesario.

Pero uno espera pues que mencionen la legislación, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. ¡No, señor!, la legislación, la jurisprudencia y la costumbre. O sea, la doctrina ya no es fuente del derecho a partir de la modificación que se pretende realizar, señor Presidente. Eso, que a todos quienes hemos estudiado derecho nos han enseñado en la primera clase de instrucción al derecho, lo quieren quitar del ordenamiento jurídico nacional, que es hoy un principio entendido por todos, sin ninguna exposición de motivos.

Luego algo muy grave, señor Presidente, se quiere suprimir el deber, que hoy tienen los jueces, de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda. Además, se pretende derogar el deber, que hoy tiene la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación, de dar cuenta al Congreso de los vacíos o deficiencias de la ley, así como el mismo deber, que tienen los inferiores jerárquicos, con respecto a sus superiores, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público.

Luego también, en materia de personas naturales. Hoy todos sabemos que en materia de capacidad, en capacidad, está la capacidad, la incapacidad relativa, la incapacidad absoluta. Bueno, con respecto a este tema, en aras de un pretendido purismo conceptual –reitero, se trata meramente de tentaciones académicas– se varía toda la denominación de los capaces e incapaces, lo que altera no sólo el funcionamiento de las personas naturales, sino además el libro de acto jurídico que se ve seriamente perjudicado en nulidad y anulabilidad con estos cambios que se pretende realizar.

Además, en el tema de vientre de alquiler, yo veía el otro día por televisión la sesión y no llegaba a entender bien el tema de lo que se quería decir en este recinto, señor Presidente, por parte de la comisión. Se pretende señalar, con norma de rango de ley, que en los casos de vientre de alquiler es madre para todo efecto jurídico la que gesta el niño y no los padres si hubiesen alquilado ilegalmente un vientre de alquiler. Se pretende que con esta solución –que hoy no es una solución zanjada en los tribunales nacionales, es un tema hartamente debatido y, además, incipientemente debatido– ya no va a haber problema en relación a los vientres de alquiler, cuando en realidad se está desprotegiendo absolutamente al caso de la madre y el padre, que por razones

biológicas no han podido gestar, y que han contratado, entre comillas, por más nulo que fuera el contrato, con una persona para que geste a ese niño. Y no me refiero a los casos de donaciones de óvulos, de semen. No, me estoy refiriendo a la pareja que buenamente quieren ser padres de una criatura, sus derechos en el olvido.

Luego, en el tema de las personas jurídicas se introduce, de una manera bastante solapada, el principio de levantamiento del velo societario. Se dice en el famoso artículo 78 propuesto: 'Cuando, a través de la persona jurídica, se cometa fraude con respecto a terceros, se podrá levantar el velo societario'. ¿Esto qué significa? Esto significa algo muy claro. Hoy, el levantamiento del velo societario, es un tema muy debatido en doctrina, muy debatido jurisprudencialmente en nuestros tribunales y que se aplica con pinzas en los tribunales peruanos. ¿Qué se pretende hacer?

Constituir el levantamiento del velo societario en una especie de regla.

Señor, so pretexto de fraude, puedo levantar el velo societario en cualquier persona jurídica con responsabilidad limitada. Por lo tanto, a partir de ahora, si usted tiene una sospecha de fraude, señor, usted podrá, invocando esa causal, pedir el levantamiento y, por lo tanto, demandar solidariamente a todos los socios o accionistas de la empresa.

Digamos, ¿eso es aliento a la inversión? ¿Eso va de la mano con el siglo XXI? Yo considero que no, esa es una situación absolutamente desalentadora de la inversión en el país.

Ahora, en cuanto al tema de la solidaridad, se abusa del tema de la solidaridad. Vemos que la solidaridad, que es tan severa en las consecuencias, se esparce en una serie de normas de personas jurídicas. De igual modo en acto jurídico también. De igual modo se quiere instaurar la solidaridad como regla en el caso de las obligaciones de sujeto plural y no la mancomunidad como hoy. Sobre esto no hay ningún problema, porque todo aquel que hoy quiere pactar solidaridad la pacta, y el que no quiere pactar solidaridad no la pacta. Pero sería muy grave para el ordenamiento jurídico la presunción de solidaridad. No es gratuito convertirse el codeudor solidario así por así.

Asimismo, constituye enorme preocupación de quienes hemos estudiado el tema, lo relativo al pacto comisorio. Todos coincidimos –y creo que nadie podría no coincidir en esto– que la ejecución de las garantías es muy lenta en el Perú, y en muchos casos se convierte en muy injusta para los acreedores, eso es cierto; pero no podemos cambiar injusticia por injusticia. Es decir, hay que buscar, precisamente, un procedimiento, no sé si judicial o, incluso, administrativo, que sea más inteligente que el pacto comisorio. El pacto comisorio que se propone, señor Presidente, en el proyecto es prácticamente la posibilidad de que se convenga que el acreedor hipotecario se quede con el bien ante el incumplimiento, ante el vencimiento automático del plazo de pago por parte del deudor. Y a eso, si agregamos, se pretende, en derecho de obligaciones dentro de las reformas no propuestas formalmente pero trascendidas y mencionadas extraoficialmente por los miembros de la comisión, cambiar la regla general de la mora por intimación a la mora automática. O sea, que no solamente me quedo con la casa hipotecada sin trámite judicial previo, sino, además, sin necesidad de constituirte en mora porque apenas venció el plazo prácticamente estoy en aptitud de quedarme, sin más trámite, con la propiedad del inmueble.

Eso es muy grave, señor Presidente, eso trae consecuencias muy serias para toda la población. Y consideramos, por eso, que debe abrirse un foro que revise este anteproyecto, para que permita que opiniones como éstas sean escuchadas.

Asimismo, nos preocupa muchísimo ahora el tema de los poderes para enajenar bienes, que hoy tienen que hacerse por escritura pública.

De ahora en adelante, si se aprueba la modificación, quien quiere enajenar un inmueble por poder tiene que acercarse aquí no más cerca, 'a Azángaro', falsificar la firma de un notario y ya tiene documento de fecha cierta, y eso es suficiente para enajenar un inmueble de un tercero. Eso es muy grave, señor Presidente.

Ahora, nosotros estamos pronunciándonos sobre aquellas propuestas conocidas, pero aparte hay otras que han trascendido, y han trascendido en materia, por ejemplo, de de-

recho sucesorio, la voluntad de algunos miembros de la comisión, que lo han conversado incluso conmigo personalmente porque guardo amistad con varios de ellos, de eliminar el tema de la legítima, por ejemplo. Es decir, yo ahora podría dejarle todo mi patrimonio, vía testamentaria, a mi mascota, todo. Bueno, no digo que ésa no sea una solución posible en teoría, está bien, eso es posible de admitirlo –y hay otros países en donde esa es la regla– pero, discutámoslo, señor Presidente, o sea que se abra a debate este tema. O sea, ese no es un cambio intrascendente de la legislación, es un cambio de gran importancia, sobre el cual ni se ha publicado nada oficial ni se ha discutido tampoco nada.

Entonces, en relación a estos temas, creemos que debería abrirse la discusión.

Y, finalmente, debo hacer mención, que todo lo que estamos haciendo es sobre lo conocido, pero lo peor es lo que no conocemos. Es decir, yo puedo pronunciarme sobre lo que he leído y he podido criticar, al igual que el Colegio de Abogados, al igual que los señores notarios, al igual que otras instituciones, pero no vamos a poder hacer lo mismo respecto de aquellos libros, o partes del Código Civil en las cuales no se ha publicado absolutamente nada.

Entonces, señor Presidente –para concluir–, consideramos y hemos tomado conocimiento incluso que hay un proyecto de ley presentado en el Congreso de la República, incluso por acá tenemos el número del proyecto de ley, un proyecto de ley que nos parece bastante interesante, es el Proyecto de Ley 14141, un proyecto de ley presentado el 28 de noviembre, un proyecto de ley que establece la posibilidad de que el Congreso nombre una comisión revisora, que recoja precisamente las opiniones de todas las instituciones intermedias de la sociedad, de todos los ciudadanos, de todos los abogados y que el debate se abra de manera democrática y plural.

Nosotros consideramos que el anteproyecto contiene muchos defectos, muchas normas perniciosas para el ordenamiento jurídico, de aprobarse y, bueno, si se aprobara, tendríamos que seguir en el empeño, abogados, colegios, en fin, instituciones para que esas normas que causen perjuicio en el futuro se tengan que derogar, pero yo creo que lo

ideal sería que se evitara ese daño a la sociedad peruana en su conjunto,

Muchas gracias, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.– Gracias, don Mario Castillo.

Algunos más de los señores visitantes que nos ilustrarán sobre el particular.

El doctor Cisneros.

El señor CISNEROS.– Señor Presidente, señores congresistas: La Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú representa a todos los colegios de la República.

Hemos solicitado el uso de la palabra para dejar constancia de nuestra preocupación por el proyecto de ley, en virtud del cual el Poder Ejecutivo pretende modificar sustancialmente el Código Civil, vía decreto legislativo.

Son tantas las modificaciones que se han presentado como proyecto de ley, que en una sesión, ni en 10 sesiones, ni en 100 sesiones se podría tratar todas las modificaciones que se pretenden hacer, que son sustanciales. Sólo me voy a referir a uno.

Se pretende eliminar las escrituras públicas como formalidad para otorgar poderes, para gravar o disponer de bienes inmuebles, así como para otorgar donaciones. A raíz de la promulgación de la Ley n.º 27755 el Tribunal Constitucional, dictando sentencia en tres acciones de amparo, ha establecido la obligatoriedad de la presencia de la intervención del notario en los formularios registrales, ¿por qué? Porque uno de los requisitos del acto jurídico es la capacidad, el objeto lícito, cómo se puede establecer la capacidad de las personas al contratar, a celebrar contratos. El único que puede establecer la capacidad, señor, sólo es el notario, ¿cómo lo establece? En la introducción y en la conclusión de una escritura.

Se pretende eliminar la escritura y reemplazarla por un documento de fecha cierta. ¿Cómo se va a poder, en ese documento de fecha cierta, establecer la capacidad de las personas? Un documento de fecha cierta, según el Código Procesal Civil, no es solamente el contrato con firmas legalizadas, sino es cualquier documento presentado a un funcionario público.

¿Cómo se puede probar la capacidad de las personas al celebrar el contrato si es que no se presentan ante un notario? ¿O, en todo caso, se pretende que el funcionario público vea la capacidad de las personas? Se va a convertir en un notario también.

A raíz de la Ley n.º 27755 ya el Tribunal estableció la obligatoriedad de la intervención del notario en estos formularios registrales. (5)

Está el doctor Bazán, si me permite cederle el uso de la palabra.

El señor BAZÁN.— Con su anuencia, señor Presidente, distinguidos señores congresistas.

Hay varias preguntas que formular sobre este tema.

¿Es necesario cambiar el Código Civil? Probablemente la respuesta sea sí es necesario cambiar el Código Civil, porque las normas van evolucionando en el tiempo y deben adecuarse en el tiempo.

La pregunta es ¿Es urgente hacerlo?, ¿es necesario hacerlo ahora vía delegación de facultades y sin debate público? Ese es el tema que está en cuestión.

Si bien es cierto el Poder Ejecutivo se ha preocupado, y felicitamos eso en hacer un proyecto, lo cierto es que este proyecto no nace con la aprobación ni la gestión del Colegio de Abogados de Lima ni ninguno de los Colegios de Abogados del Perú, no nace con la aprobación del Colegio de Notarios de Lima ni en ninguno de los colegios de notarios del Perú, no nace con la aprobación de una facultad de derecho ni de ninguna facultad de derecho, no nace con la aprobación de la inmensa cantidad de abogados que somos los que ejercemos y ejecutamos las normas que establece el Código Civil; es decir, no hay una corriente de opinión respetando estas modificaciones del Código Civil, y ahora se quiere delegar para promulgarlas sin el debate esclarecedor que debe existir en este caso.

Entonces, me parece, nos parece como Junta de Decanos que sí se debe modificar el Código, pero no es ni urgente ni necesario hacerlo de esta manera, para que sea el Congreso de la República quien establezca el debate y nos permita establecer cuáles son las ventajas o desventajas de estas modificaciones.

¿Y por qué decimos esto? Porque nosotros como abogados y como notarios debemos defender el sistema jurídico imperante en el Perú, y dentro del sistema jurídico existe una institución fundamental, que es la seguridad jurídica.

Si revisamos nosotros la Constitución no vamos a encontrar ninguna sola norma que se refiera a la seguridad jurídica de manera expresa; sin embargo, la seguridad jurídica está en toda la Constitución, es un principio constitucional y por lo tanto todos tenemos el derecho y el deber de invocarlo y de hacerlo mantener por la seguridad y por el bien de todos. ¿Por qué? Porque la seguridad jurídica va a consolidar la interdicción contra la arbitrariedad; es decir, que prime un punto de vista individual respecto de los puntos de vista colectivos.

Y en esta materia, ya como decía el señor miembro de la Junta de Directiva de la Junta de Decanos, el doctor Cisneros, el Tribunal Constitucional y todos ustedes, por supuesto, en su momento han fijado una posición.

El Perú, en materia de seguridad contractual se adscribe al sistema notarial latino, es decir, el sistema de derecho civil románico-germánico, y dentro de esto la seguridad jurídica en los contratos no la da las partes, la da un tercero que es el notario, ¿y el notario qué va a certificar? La concurrencia de las partes, la capacidad de las partes, la libertad con que procede, la manifestación de voluntad, la fecha en que se celebra, la transcripción de todas las condiciones que son materia de contrato, la seguridad en que todos los han leído que se ratifiquen en ello, que no hay modificaciones o que se agregan las normas legales que están citadas dentro del contrato y que, por lo tanto, no hay forma de que las partes puedan negarlo posteriormente.

¿Qué se pretende en la modificación del artículo 156 del Código Civil?

El Código actual, dice: 'Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública bajo sanción de nulidad'. Y es que son los actos de disposición, yo voy a vender la casa del doctor Cisneros, y para que los terceros, cualquiera de los distinguidos señores congresistas que está presente pueda comprar la casa tiene que saber

que yo, que soy el representante, tengo los poderes suficientes para poder disponer de esos bienes, y la única forma es que se haga mediante un instrumento en el cual la voluntad y los extremos de esa representación estén clara e inequívocamente establecidos.

¿Qué se dice en el texto que se pretende modificar?

Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitante y por documento de fecha cierta.

¿Qué es fecha cierta?

Única y exclusivamente saber el tiempo, no la capacidad de las partes, no la libertad de las partes, no los extremos en los cuales se da la facultad, ninguna de las seguridades que protegen el acto jurídico. Y, entonces, estamos cambiando de un sistema, en el cual, a pesar de todas las seguridades que se tienen, existen algunas falsificaciones por las cuales nos enteramos que una persona ha vendido a otro, por un sistema que deja no solamente una ventana sino toda una puerta abierta para que todos aquellos que quieren o pueden falsificar, lo hagan.

Entonces, el tema se convierte, en primer lugar, en contra de lo que es la norma o el principio de seguridad jurídica que gobierna el Código Civil. Estaríamos actuando en contra de la Constitución.

En segundo lugar, en contra de lo que todos nosotros conocemos, que es una realidad, que existen falsificaciones que no podemos controlar; y, entonces, permitir que este tipo de normas varíen en el Código Civil, es atentar contra el sistema. No queremos decir que nuestro criterio deba primar, lo único que queremos decir es que todos tenemos derecho a la seguridad jurídica y que debe haber un debate público para que todas las personas puedan enterarse de los alcances, por ejemplo, de este artículo.

Citaba el doctor Mario Castillo el pacto comisorio. El pacto comisorio significa que yo otorgo un bien en garantía, y si no lo pago, el acreedor se convierte en propietario. ¿Eso qué significa?

Que se está consagrando el desequilibrio entre las partes al momento de contratar.

¿En qué momento el acreedor es poderoso como para poder establecer todas las condiciones que le favorezcan? En el momento en que va el posible deudor y le dice: 'Por favor, préstame dinero', y entonces ahí le establece todas las condiciones que son del caso. ¿Quiero una garantía? Toma la garantía. ¿Quiero un pagaré? Está bien, ¿Que firme la esposa?, sí, ¿quiero un aval? Sí. Quiero todo.

¿Y qué es lo que ha establecido el Código Civil, no de 1936 ni el 1984, sino desde antes de 1852? Que ese momento de desequilibrio no puede generar en que el acreedor puede establecer tanta fuerza que el deudor pierda sus bienes, que se rematen porque no los paga, pero no se convierta el acreedor en propietario, por ejemplo.

Y entonces si ustedes ven este tipo de normas, se van dando cuenta o nos vamos dando cuenta todos nosotros que lo que se pretende ahí es un cambio en el sistema jurídico, que estamos nosotros teniendo en los últimos 150 años de vida. Puede ser que tenga razón, pero si digámoslo públicamente, que el Congreso de la República sea esa voz que necesitamos todos los peruanos de aliento, de decir: Aquí se debaten y se deciden jurídicamente, y nosotros no delegamos porque nuestra obligación es la de legislar. Y pueden haber muchas otras cosas más, por ejemplo, se dice que se quieren eliminar las formalidades en los testamentos.

En Estados Unidos, en los países anglosajones es un delito mentir y la gente va a la cárcel por perjurio. Pero aquí en el Perú, mentir no es un delito que se castigue con la misma sanción. Y, entonces, restarle formalidades a los testamentos para que no se sepa o para que se pueda cambiar lo que es la voluntad del testador después que ya ha muerto y no nos va a decir si eso lo que quiso decir o no, significa también querer cambiar el sistema, cambiarlo tan drásticamente que no tendremos la posibilidad después de evitar los daños que se hubieran cometido.

Señor Presidente, señores congresistas, nos hemos dividido la exposición en diversas partes, pero lo que queremos nosotros hacerles notar es que si vamos a cambiar con 300 artículos, vamos a cambiar el sistema jurídico y el sistema jurídico merece un debate que haga que la gente, que los abogados, que los notarios sepamos hacia dónde estamos cambiando y que creamos con sinceridad que estamos cam-

biando para bien y no encontrarnos con normas que después no sabremos cómo interpretar.

Quisiera, señor Presidente, cederle la palabra si usted me lo permite, al doctor Sergio Berrospi Polo, notario también.

El señor PRESIDENTE.- Permitido, con el ruego de no incidir en lo mismo que ya ha sido tratado, porque hay varias exposiciones que son repetitivas en gran parte de lo señalado.

El señor BERROSPI POLO.- Señor Presidente, señores congresistas, muy buenas tardes, ante todo las gracias por escucharnos esta tarde.

Voy a tratar de ser muy puntual, solamente un poco comentar la experiencia respecto al tema de la formalidad en el tema de la transferencia vehicular.

Ya este tema del cambio en la formalidad es un tema que se ha presentado en la transferencia de vehículos, y recordemos que cuando se da la Ley del Notariado, este fue un acto, que como formalidad, tenía como formalidad el acta notarial.

A raíz de toda la corriente de la simplificación administrativa, se opta en el año 83 por el cambio de la formalidad a la legislación de firmas.

La consecuencia de este cambio fue simplemente el incremento de falsificaciones, y este es un tema que está expresamente reconocido, el primer considerando del Decreto Supremo n.º 037-2001, donde expresamente se señala que es necesario adoptar las medidas conducentes a evitar la falsificación de documentos, y entonces a partir del año 2001 la transferencia vehicular va a tener una nueva formalidad, que es el acta notarial.

Finalmente -y con esto concluyo mi exposición- la Ley del Notariado, las recientes modificaciones está incidiendo en el aumento de la seguridad jurídica en el ámbito notarial, y a partir de la promulgación de la última modificación los notarios tenemos la obligación, no solamente de consignar o de tomar la firma, sino que, además, el compareciente tiene que colocar su huella digital, y, además, tenemos que conectarnos y verificar la identidad, no solamente con el DNI sino también a través vía internet con la Reniec.

Entonces, realmente el cambio de formalidad en el proyecto respecto al poder especial para disponer o gravar bienes, simplemente lo que está es contribuyendo definitivamente a crear una inseguridad de una iniciativa jurídica en ese tema.

Le cedo la palabra al doctor Cisneros, para la parte pertinente de su exposición.

El señor PRESIDENTE.- Puede hacer uso de la palabra el doctor Cisneros.

El señor CISNEROS.- Señor Presidente, señores, tan clara ha sido la exposición que ha efectuado el doctor Castillo y el doctor Bazán que me ha convencido en tal forma que me aúno y hago más sus exposiciones.

Con eso, señor Presidente, concluyo, invocando que antes de aprobar el proyecto y otorgar facultades al Poder Ejecutivo para la modificación del Código Civil, hagan un esfuerzo por realizar ustedes como legisladores, como los llamados y los elegidos por el pueblo a efectuar esas modificaciones.

Señor Presidente, muchas gracias.

El señor PRESIDENTE.- Gracias, doctor Cisneros. (6)

Les agradecemos a los señores decanos, a los representantes de los señores decanos de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios, así como al señor decano y a sus acompañantes del Colegio de Abogados de Lima, especialmente la exposición que nos ha dado el profesor Mario Castillo.

Les agradecemos muchísimo y vamos a tomar en cuenta en nuestra deliberación al igual que la exposición que hicieron la semana pasada, el señor Ministro de Justicia con las personas que lo acompañaron en esa oportunidad, en sesión conjunta de la Comisión de Justicia y Constitución, que estuvo presidida por el doctor Mulder.

Muy agradecido a todos ustedes.

Sobre lo que acabamos de tratar como ha habido sesión conjunta de la Comisión de Justicia y Constitución, sugeriría a los señores congresistas que coordinemos los presidentes y los secretarios técnicos de ambas comisiones, para ver la posibilidad de sacar un dictamen conjunto, y antes

de sacarlo lo someteríamos a consideración a través de los métodos habituales.

El doctor Pease, tiene el uso de la palabra.

El señor PEASE GARCÍA (PP).— Sí, señor Presidente, he tenido la oportunidad de leer el acta de la sesión pasada conjunta. Es evidente que en las dos sesiones se mantiene el mismo problema. Y el problema es que la gente considera que no se ha discutido lo suficiente. Eso suele ocurrir.

Hay una experiencia nuestra cuando dimos la Ley de Acceso a la Información Pública, en la que autorizamos a que todo esto se haga a través de la Página WEB, sin embargo, parece que no es tan fácil o no existe la generalizada costumbre de considerar que eso está publicado, porque simplemente no se dan los debates y a la hora de promulgar, ahí viene el debate.

Claro, aquí se hace referencia a un punto que para mí es muy esencial del Parlamento ya como cuestión de principio, hay una enorme diferencia entre una ley que se ha debatido públicamente y una ley que no se ha debatido públicamente. Nunca el Ejecutivo va a poder hacer una ley en ese sentido igual.

Ésa fue una de las razones por las cuales y creo que el Presidente de la Comisión también firmó el dictamen, hicimos una propuesta conjunta con una idea que me parece que Lourdes Flores, al final del Congreso Constituyente en la cual se eliminaban la delegación de facultades y se reemplazaban a las leyes complicadas como éstas, éste es el ejemplo que se puso por leyes en las cuales el Parlamento dice sí o dice no después de un proyecto presentado por el Ejecutivo, aireado de tal manera que al final lo que hace el parlamentario es una evaluación del debate.

De acá nosotros difícilmente podríamos hacer una evaluación del debate hecho por Internet o hecho en resquicios de artículos publicados a muy distante tiempo.

No es mala idea, entonces, ya que no tenemos esa facultad en la Constitución de hacer un voto de síntesis en lugar del voto en detalle, no es por más que se haga un procedimiento como se ha hecho otras veces, en la cual se forma, se delega facultades pero una comisión encargada de hacer la revisión, pero a la vez a esa comisión ponerle un plazo de

tiempo y hasta una indicación de convocatoria a eventos que permitan garantizar la presencia de las partes.

De esa manera, nadie podrá decir: No estoy de acuerdo con este punto que se basa en esta teoría que nunca fue discutida, no estoy de acuerdo con esa teoría porque sostengo esta otra. Y ahí estamos ya en igualdad de condiciones.

Ése sería el sentido, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Gracias, doctor Pease.

En la misma línea quizás antes de hacer la coordinación con la Comisión de Justicia, si me lo permiten, remitir a nombre de la Comisión, al Ministro de Justicia un pedido para que todo el informe de esta Comisión esté no solamente en la WEB, sino también sea publicado en el diario oficial El Peruano.

Y esto facilitará el acceso a muchas personas que puedan tener interés, porque de lo que hemos escuchado es que la queja conforme ha manifestado el doctor Pease con claridad, es que no todo está publicado.

En consecuencia, ahí se entra en sospechas, ahí lógicamente cierta prevención y las cosas que pudieran estar excelentes, se convierten en dudosas simplemente por falta de información.

El señor PEASE GARCÍA (PP).— Yo estoy de acuerdo, pero además quiero dejar constancia: Ahí siempre hay un problema de presupuesto, no me olvido de lo que tenemos que hacer, una gestión porque el Tribunal Constitucional está a punto de no poder publicar sus sentencias porque a la hora de los pagos, los presupuestos no van y el Ministerio de Justicia es uno de los más pequeños. Sin embargo, me parece importante.

Quiero dejar constancia de otra cosa: Esta Comisión de Constitución cuando yo la presidía designó a la comisión que presidió el doctor Avendaño y, por supuesto, que he gozado de la absoluta seguridad que todos tenemos de la calidad del trabajo de la Comisión de cada uno de sus miembros y sus presidentes.

El señor PRESIDENTE.— Coincidimos también.

Entonces, si estamos de acuerdo para mandar ese oficio. No sé si han tomado en cuenta. [...]».

Nos abstenemos de transcribir el texto del resto de la sesión, pues los temas tratados seguidamente fueron otros, ajenos al de la Reforma del Código Civil.

Todas estas expresiones públicas merecieron la reacción de la Cámara de Comercio de Lima, importante institución que, con fecha 13 de diciembre de 2005 –a través de su Presidenta, la Doctora Graciela Fernández-Baca de Valdez– hizo llegar al Presidente del Congreso una carta en la que expresaba su preocupación por la manera como se venía desarrollando el proceso de reforma.

El texto de la carta fue el siguiente:

«(Membrete de la Presidencia de la Cámara de Comercio de Lima)

P/672.12.05/GL

(Sello de recepción del Congreso de la República de fecha 13 DIC 2005, firma ilegible).

Lima, 12 de diciembre de 2005

Señor Doctor

Marcial Ayaipoma Alvarado

Presidente

Congreso de la República

Ciudad.-

De mi especial consideración,

Tengo el agrado de dirigirme a su Despacho para saludarlo cordialmente y a la vez para comunicarle, en nombre de los asociados de la Cámara de Comercio de Lima, nuestra preocupación por la probable aprobación del **Proyecto de Ley n.º 14040/2005-CR, mediante el cual se otorgarían facultades legislativas al Poder Ejecutivo por un plazo máximo de 180 días, para que mediante Decreto Legislativo se modifiquen las disposiciones del Código Civil.**

Sin desmerecer la labor calificada de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de la Reforma del Código Civil creada por Ley n.º 26394 y modificada por Ley n.º 26673, sabemos expresar nuestro desacuerdo porque vía esta delegación de facultades al Ejecutivo se podría estar

eliminando la necesaria publicidad y respectivo debate de la Reforma de nuestro Código Civil, de tanta trascendencia para la vida en sociedad.

Nuestra objeción no es tanto por la delegación de facultades que en otro contexto podría ser justificable, sino es porque no se conoce un texto definitivo del trabajo de la Comisión sobre el cual expresar opinión, el mismo que tampoco ha sido prepublicado en el diario oficial El Peruano para ser conocido y luego debatido por la ciudadanía legítimamente interesada.

La omisión del debate parlamentario por más que se trate de un documento eminentemente técnico y elaborado por especialistas en la materia, nos parece peligrosa.

En todo caso, si con la delegación de facultades debemos presuponer que antes de su promulgación se piensa hacer público el texto definitivo de la Reforma del Código Civil preparado por la Comisión, para que sea debatido por la opinión pública especializada, no tendríamos mayor objeción a esta delegación de facultades al Ejecutivo y siempre que así se establezca –de modo expreso– en la ley respectiva; sin embargo, hacemos notar que los 180 días nos parece un tiempo muy corto para estos fines y los necesarios ajustes de la técnica legislativa.

Consideramos, además, que no hay ninguna urgencia que justifique obviar la prepublicación, difusión y debate público del Proyecto, para que sea revisado luego por una Comisión Revisora integrada por congresistas, por tratarse de un Código de tanta trascendencia para la sociedad civil.

Es propicia la oportunidad para expresarle mi mayor consideración personal.

Atentamente,

(firma)

Graciela Fernández-Baca de Valdez

Presidenta

/cc.: Presidencia Comisión de Constitución y Reglamento.
Congreso de la República

Presidencia Comisión de Justicia y Derechos Humanos.
Congreso de la República

Presidencia CONFIEP

Presidencia SNI
 Presidencia ADEX
 Presidencia COMEX».

En la noche del martes 13 de diciembre, tuvo la gentileza de entrevistarme en Canal 2 de Televisión –Frecuencia Latina–, el señor César Hildebrandt, quien, con la perspicacia que lo caracteriza, advirtió rápidamente la importancia del tema y la extraña prisa del Poder Ejecutivo por aprobar el Anteproyecto.

A continuación, el texto de la referida entrevista:

«**César Hildebrandt:**... voy a presentar al Doctor Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho por la Universidad Católica, quien estuvo el lunes en el Congreso junto con otras personas tratando de persuadir a los Congresistas de que no aprobaran el proyecto del Poder Ejecutivo, porque es muy peligroso.

El Proyecto del Poder Ejecutivo, por ejemplo, permitiría que una persona le pudiera dar toda su herencia a su perro, así como lo oyen; porque modificaría justamente ese tipo de dispositivos del Código vigente.

Buenas noches, doctor Castillo Freyre.

Mario Castillo Freyre: Buenas noches, señor Hildebrandt.

César Hildebrandt: ¿Cuáles son los aspectos menos admisibles, más peligrosos del Proyecto del Código Civil presentado por el Poder Ejecutivo?

Mario Castillo Freyre: Bueno, yo creo que lo más peligroso de todo es que este proyecto no ha sido discutido públicamente; es un Anteproyecto parcial de Ley de Enmiendas que se publicó parcialmente en la página web del Ministerio de Justicia hace 6 meses, por Resolución Ministerial del propio Ministerio del 25 de febrero de 2005.

Sin embargo, esta misma Resolución Ministerial ordenaba que la Comisión que está elaborando este Anteproyecto lo sometiera a discusión pública.

Cuando se empezaron a publicar las primeras críticas, que fueron bastante duras de parte de algunos colegas y tam-

bién más, en el Diario «El Peruano», en el Suplemento Jurídico del Diario Oficial «El Peruano», prácticamente, se dejaron de publicar las siguientes propuestas de modificación y no se ha producido desde ese entonces, ningún debate público y, precisamente, hace más o menos un mes, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso un proyecto de ley para que le deleguen facultades y sacar esta Ley de Enmiendas del Código Civil, vía Decreto Legislativo, sin ...

César Hildebrandt: Por eso le pregunto, ¿cuáles son las enmiendas más peligrosas para el común de la gente?

Mario Castillo Freyre: Le digo, por ejemplo, en materia del Título Preliminar del Código Civil, que es de aplicación no sólo al Derecho Civil, sino a todo el Derecho, se pretende, por ejemplo, quitar la categoría de Fuente del Derecho a la Doctrina, es decir, en lo que escriben los autores, en lo que respecta a comentarios de Derecho, eso que es muy importante en la labor de los jueces, abogados, magistrados; todo el mundo, se pretende quitarle la categoría de Fuente del Derecho.

Y luego, por ejemplo, para darle algunos ejemplos ilustrativos, en materia de Derecho de Personas, un tema tan conflictivo y tan polémico como el tema del vientre de alquiler. El tema del vientre de alquiler se trata de zanjar, entre comillas, porque sólo es una ficción, diciendo: «Señor, si hay un vientre de alquiler y, por desgracia, pues, la persona a quien se le alquila, entre comillas, porque es un contrato ilícito, digamos, pero a quien se le alquila el vientre incumple el contrato, y dice, no pues ya no te doy el niño a ti o a ustedes pareja que contrataron conmigo y me lo quedo»; el Código Civil le diría: «Quédatelo, no te preocupes, es tu hijo». ¿Y los padres biológicos? Nada, ningún derecho, absolutamente.

Ésta puede ser una solución teórica, de repente es aceptable, yo no la comparto...

César Hildebrandt: Pero, ¿qué proponía el proyecto?

Mario Castillo Freyre: Esto... esto.

Sin embargo, ésta no es una solución admitida de manera uniforme por los tribunales peruanos, es un tema hartamente discutido, es un tema que, además, está en ciernes, por razones obvias en el Perú, y sobre el cual no se

puede tomar una posición legislativa, porque es cerrar la puerta, precisamente, a la evolución del Derecho y con una posición totalmente polémica y nunca discutida públicamente, y así en otros puntos, ¿no?

Por ejemplo...

César Hildebrandt: En el caso de la herencia, por ejemplo.

Mario Castillo Freyre: En el caso de la herencia, el tema es peor todavía. ¿Por qué? Porque en los temas que he mencionado hace un momento, nosotros podemos opinar con conocimiento de causa, en virtud de que ha sido publicado el Anteproyecto, pero en materia sucesoria –que también se está pidiendo facultades para esta materia– ni siquiera se ha prepublicado nada en ninguna página web siquiera.

Entonces, digamos, los conocimientos que nosotros tenemos de la intención de algunos miembros de la Comisión, como el caso que usted hizo mención al principio de esta entrevista, son precisamente, posiciones que han sido, digamos, que han trascendido de la Comisión de manera extraoficial, pero, sobre las cuales ni siquiera podemos tener una opinión formada con conocimiento de causa porque ni siquiera hay prepublicación.

Entonces es peor, lo que se ha publicado –a mi criterio– contiene serios y graves defectos que alterarían notablemente el ordenamiento jurídico nacional, pero peor es lo que no se ha publicado, y sobre lo cual también se está pidiendo facultades.

César Hildebrandt: Pero, se ha modificado... Se modificaría –quiero decir– en el caso que se aprobase, todo el Derecho Sucesorio.

Mario Castillo Freyre: Claro, lo que... No sólo Derecho Sucesorio, el Derecho de Personas Naturales, Personas Jurídicas, Familia, Derecho Sucesorio, Obligaciones y Contratos, vía Decreto Legislativo y sin discusión previa, señor Hildebrandt.

César Hildebrandt: Pero, ¿qué pretende el Ejecutivo, entonces?

Mario Castillo Freyre: Yo no sé, yo creo que...

César Hildebrandt: ¿Antes de irse qué quiere?

Mario Castillo Freyre: Yo creo que hay algunas personas en el Poder Ejecutivo que están mal informadas, o que están haciendo fe de algún Proyecto, precisamente, sin haber escuchado.

César Hildebrandt: ¿No querrán legitimar algunos hechos consumados que hoy son ilícitos y mañana serían lícitos gracias a este Proyecto?

Mario Castillo Freyre: Yo no me atrevería a decir eso, señor Hildebrandt.

César Hildebrandt: Bueno, yo sí me atrevería, porque conozco más a este gobierno que usted, pero, en fin, no importa lo que... no importa nuestra discrepancia.

Mario Castillo Freyre: Claro, lo que ocurre, señor Hildebrandt, es que estamos hablando de la segunda ley más importante de la República. La Constitución, sin duda, es la más importante, pero hay personas que a lo largo de toda su vida pueden no tener ninguna relación directa con el tema de la Constitución en sus problemas personales, pero nadie se libra de tener relación con el Código Civil, desde que nace hasta que muere.

Esta norma, que es la segunda norma más importante, siempre cuando en la historia del Perú se ha modificado sustancialmente –que es lo que se quiere hacer ahora– ha sido previa discusión pública, amplia y por años; y no sólo eso, sino que ha habido siempre una Comisión Revisora controlada por el propio Congreso de la República que ha evitado que, precisamente, se conviertan en ley, este tipo de... –yo lo llamaría y siempre lo he llamado así, desde que me empecé a oponerme a estas ideas hace muchos años– a esta serie de tentaciones académicas; muchas son tentaciones académicas que no deberían traducirse en norma legal, porque alterarían el ordenamiento jurídico.

César Hildebrandt: Por último, este proyecto nace de un grupo de abogados que trabaja en el Ejecutivo (**Mario Castillo Freyre:** Claro, lo que...). ¿Se conoce qué grupo de abogados es?

Mario Castillo Freyre: No... sí, yo preferiría no mencionar nombres, señor Hildebrandt, porque tengo varios amigos dentro de la Comisión y son buenos amigos míos. El problema es que, como dice el viejo dicho, «amor no quita conoci-

miento». El hecho de ser amigo de determinadas personas no significa que uno no tenga el derecho de decir que uno cree que están profundamente equivocadas, creo que es fundamental aquí la discusión pública, y por eso, fíjese usted, señor Hildebrandt, el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Notarios de Lima, ayer... ahora uno de los directivos de la Cámara de Comercio de Lima me ha pasado por fax una copia de la carta que ha dirigido la Presidenta de la Cámara de Comercio al Congreso, invocando a la reflexión.

Nosotros fuimos invitados por el Congreso de la República el día lunes donde expusimos en la Comisión de Constitución y nosotros tenemos la esperanza –le hablo a título personal y por referencia de las instituciones que he mencionado– la esperanza de que este tema se medite y, efectivamente, no pase ese pedido de facultades por el bien del ordenamiento jurídico y del país, en general.

César Hildebrandt: Muy bien, hemos escuchado, entonces, la versión del Doctor Castillo Freyre en relación a este tema tan importante que nos atañe, por si acaso a usted y a mí y de modo cotidiano y de modo mucho más intenso de lo que usted cree. Regresamos de inmediato».

Dicen que más vale tarde que nunca.

El 15 de diciembre de 2005, el Ministro de Justicia respondió a mi carta de renuncia irrevocable a seguir integrando la Comisión Consultiva de dicho Ministerio.

A continuación, el texto de su carta:

«Membrete Ministerio de Justicia
Despacho Ministerial
Miraflores, 15 DIC. 2005
Oficio n.º 1315-2005-JUS/DM
Señor doctor
Mario Castillo Freyre

Presente.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de dar respuesta, con tardanza que lamento, a su carta del día 29 del mes

pasado, por la que formula renuncia irrevocable al cargo de miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, por las consideraciones que expresa.

Siempre seré respetuoso de las opiniones discrepantes, sobre todo en materia de tan trascendental importancia como es el Código Civil. Sin embargo, deploro la forma y vías elegidas por usted para publicar sus legítimas divergencias, máxime si usted aún se desempeñaba como miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia.

Sin otro en particular, lo saluda.

Atentamente,

(firma)

Alejandro Tudela Chopitea

Ministro de Justicia».

Al día siguiente, aparece publicado en el Diario «Perú.21» un artículo de mi autoría, cuyo título, «Una dictadura poco conocida», sintetizaba su contenido.

Transcribimos el texto del referido artículo:

«Mario Castillo Freyre

Abogado y catedrático universitario.

Opina

Una dictadura poco conocida

El Poder Ejecutivo ha presentado al Congreso un proyecto de ley para que se le otorguen facultades delegadas, con el fin de promulgar una Ley de Enmiendas del Código Civil. Esta materia, exótica para la mayoría de lectores, reviste, sin embargo, la mayor importancia y gravedad, por cuanto, el Código Civil es, después de la Constitución, la norma legal más importante en nuestra sociedad, ya que regula todos los aspectos de la vida de las personas, desde su nacimiento hasta su muerte, con materias tan importantes como la propiedad, los bienes, las sucesiones, la familia y los contratos.

Es probable que una persona no haya tenido que recurrir a la Constitución por algún problema particular; sin embargo, es casi imposible que alguien no tenga que ver en

algún momento con los temas que comprende el Código Civil.

Pero, a pesar de que esta era una materia en la que reinaba la estabilidad, hay algunos que de espaldas a la comunidad jurídica en su conjunto, de espaldas a los colegios de abogados, de espaldas al Poder Judicial, de espaldas al Ministerio Público, de espaldas a todas las facultades de Derecho, de espaldas a la Academia Peruana de Derecho, de espaldas a todos los abogados y de espaldas a todos los peruanos, pretenden arrogarse el derecho de hacer lo que les viene en gana; de imponer que la doctrina ya no sea fuente del derecho; de imponer que, en los indeseables supuestos de 'vientre de alquiler', quien da a luz sea considerada como madre, sin que los padres biológicos tengan derecho alguno; que en las hipotecas se pueda pactar que el acreedor se quede con el bien, sin verificación de los requisitos legales; de desnaturalizar el derecho de contratos; de suprimir las arras; de establecer como regla a la solidaridad en las obligaciones; de volver más engorroso de lo que es el régimen legal de las personas jurídicas y, en especial, de las fundaciones; de establecer figuras en extremo peligrosas para la seguridad jurídica, como la doctrina de los actos propios y el levantamiento del velo societario, entre muchas otras perlas.

Y quiero referirme a este último punto, por ser atentatorio contra el desarrollo del país y la actividad comercial en su conjunto, pues se pretende incluir, no en una sino en varias normas, la posibilidad –bastante real, por cierto– de que las personas jurídicas con responsabilidad limitada, dejen de tener esa responsabilidad limitada, de modo tal que sus socios respondan con todo su patrimonio por las deudas asumidas por su empresa. La que hoy es una garantía para el desarrollo normal de la economía del país y de todos los países del mundo, pretende ser tergiversada y puesta en riesgo para convertir en regla lo que constituye mera excepción doctrinaria y jurisprudencial.

Es evidente que este espacio, que de manera tan democrática y generosa me brinda Perú.21, no me permite desarrollar en detalle todas las incongruencias, defectos, excesos y alucinantes disposiciones, con las que se pretende alterar

la vida, la propiedad, la tranquilidad, así como las relaciones comerciales y familiares de todos nosotros.

Por todo ello, me aúno al pronunciamiento del Colegio de Abogados de Lima, en el sentido de invocar a los legisladores a no otorgar las facultades solicitadas por el Poder Ejecutivo y a obligar a que el citado proyecto sea discutido públicamente, lo que garantizará la victoria final del derecho sobre la dictadura de unos pocos».

El 21 de diciembre de 2005, apareció en el diario «Gestión» una nota sobre el tema, en la que se transmitía la preocupación del empresariado sobre el proceder del Poder Ejecutivo.

Seguidamente, el texto de dicha nota:

«Preocupación Empresarial por cambio al Código Civil

Ejecutivo ha solicitado facultades legislativas para realizar modificación

El Congreso decidirá en la próxima legislatura si otorgará facultades legislativas al Ejecutivo para que se modifique el Código Civil

La presidenta de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), Graciela Fernández Baca, envió una carta al presidente del Congreso, Marcial Ayaipoma, para expresarle la preocupación del gremio que preside 'por la probable aprobación del Proyecto de Ley n.º 14040/2005-CR, mediante el cual se otorgarán facultades legislativas al Poder Ejecutivo por un plazo máximo de 180 días, para que mediante Decreto Legislativo se modifiquen las disposiciones del Código Civil'.

En la misma señala que sin desmerecer la labor calificada de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de la Reforma del Código Civil, está en desacuerdo con esta forma de aprobación de las reformas, pues vía la delegación de facultades se podría estar eliminando la necesaria publicidad y respectivo debate de la Reforma del Código Civil, de tanta trascendencia para la vida en sociedad.

No se conoce texto

Agrega Fernández Baca que la objeción no es tanto por la delegación de facultades, que en otro contexto podría ser justificable, sino es porque no se conoce un texto definitivo del trabajo de la comisión sobre el cual expresar opinión, el mismo que tampoco ha sido prepublicado en el diario oficial *El Peruano* para ser conocido y luego debatido por la ciudadanía legítimamente interesada.

‘La omisión del debate parlamentario por más que se trate de un documento eminentemente técnico y elaborado por especialistas en la materia, nos parece peligrosa’, precisó.

Agregó que si luego de la delegación de facultades, pero antes de su promulgación se planea hacer público el texto definitivo de la Reforma del Código Civil preparado por la Comisión, para que sea debatido por la opinión pública especializada, la CCL no tendría mayor objeción a esta delegación de facultades al Ejecutivo.

‘Siempre que así se establezca, de modo expreso, en la ley respectiva’, acotó.

Plazo corto

Sin embargo consideró que los 180 días que establece como plazo el proyecto para realizar las modificaciones es un tiempo muy corto para estos fines y los necesarios ajustes de la técnica legislativa.

Fernández Baca culmina su comunicación indicando que para la CCL, no existe ninguna urgencia que justifique obviar la prepublicación, difusión y debate público del Proyecto, para que sea revisado luego por una Comisión Revisora integrada por congresistas, por tratarse de un código de tanta trascendencia para la sociedad civil.

Antecedentes del anteproyecto

Jorge Avendaño Valdez, presidente de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de reforma del Código Civil desde el 2001, informó que dicha comisión ha trabajado reformas completas de varios libros del Código Civil, las cuales están publicadas en la página web del Congreso.

En el caso del Título Preliminar del Código Civil, las reformas urgentes serían las de incluir la institución de fraude a la ley que implica que es realizar actos de acuerdo a ley, que en el fondo buscan ‘sacarle la vuelta a la ley’.

Mientras que en el caso de personas naturales lo urgente es regular todas las técnicas de reproducción médicamente asistida, y la tutela de datos personales.

En el caso de personas jurídicas un tema urgente es el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, para investigar lo que está detrás de la sociedad, quiénes son los socios, qué están haciendo y cuál es su conducta.

Para el caso de los derechos reales, una modificación urgente es la ejecución extrajudicial de la hipoteca, ‘es un clamor’, sostuvo que tanto los Bancos, como la SBS y los acreedores están exigiendo que se pueda ejecutar la hipoteca extrajudicialmente.

(Gestión 16.11.2005)».

Por otra parte, el 26 y el 27 de enero de 2006, el Ministerio de Justicia procedió a constituir una serie de comisiones para modificar un grupo de leyes muy importantes en la vida del país.

Así, el 26 de enero se publicó la Resolución Ministerial n.º 024-2006-JUS, mediante la cual se constituyó una Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguro.

Al día siguiente, por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS se constituyeron dos Comisiones Técnicas para revisar la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje y la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación y para el perfeccionamiento del marco jurídico aplicable a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

Ese mismo día se constituyeron otras dos Comisiones Técnicas para la revisión de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley n.º 27584, Ley del

Proceso Contencioso Administrativo y para elaborar las Bases para el Proyecto de Ley de la Administración Pública.

Si a ese conjunto de Comisiones, agregamos la propia Comisión de Reforma del Código Civil, cuyo proyecto el Ministerio estaba empeñado en que se aprobase a la brevedad, ya teníamos una media docena de Comisiones, trabajando a marchas forzadas, con plazos perentorios de 90 días.

Ello motivó que escribiera un artículo que, bajo el título de «Las sorpresas de la hora nona», el Diario «Perú.21» tuvo la gentileza de publicarme el día lunes 20 de febrero de 2006.

El texto del referido artículo fue el siguiente:

«Mario Castillo Freyre

Abogado

Opina

Las sorpresas de la hora nona

Hace unos días cuando leía el Diario «El Peruano» pensé encontrarme en los albores de un nuevo gobierno. El asunto es que el Poder Ejecutivo ha nombrado un gran número de comisiones para revisar (o elaborar) un número igualmente grande de leyes importantes para el futuro jurídico del país. En pocas palabras: lo que cualquier gobierno hace en sus primeros cien días, este pretende hacerlo en sus últimos cien. Así de literal son las cosas (las comisiones tienen un plazo de noventa días para reformar buena parte de la estructura jurídica de la República).

Así pues, las comisiones están a la orden del día. Una comisión para revisar la Ley General de Arbitraje; otra, para elaborar un proyecto de Ley del Contrato de Seguro; una tercera, para revisar la Ley del Procedimiento de Administrativo General; una cuarta, para revisar la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; y una quinta, para elaborar las Bases del Proyecto de Ley de la Administración Pública.

A todas estas comisiones hay que sumar el empeño –desorbitado, por cierto– para terminar de maltratar, perdón, modificar, buena parte del Código Civil; previo impulso, de

taquito, de la aprobación por parte del Congreso de la Ley de Garantías Mobiliarias, la que modifica buena parte del código mencionado.

Creo que a ningún lector inteligente escapa el porqué un gobierno que está de salida, y no precisamente entre aplausos, no debe hacer con el ordenamiento jurídico del país lo que no hizo durante cinco años. El gobierno no tiene ningún derecho a dejar al próximo régimen su visión de las importantes leyes que pretende reformar entre gallos y medianoche, a marchas forzadas, olvidando que la prisa es la peor consejera.

Porque ¿quién ha dicho al gobierno que su sucesor estará de acuerdo con esas reformas? ¿Han consultado acaso los promotores de la ley con las comisiones de justicia de los planes de gobierno del Apra, de Unidad Nacional, del partido del señor Humala o del Frente de Centro, entre quienes está el futuro gobierno del Perú?

No me cansaré de insistir en que la elaboración de las leyes importantes debe ser discutida públicamente en los foros correspondientes. Ello no es demagogia sino un derecho ciudadano. No me cansaré de decir que la transparencia en los procesos de reforma legislativa constituye indispensable garantía de recto proceder y, por tanto, el gobierno no debería tener temor a someter dichos proyectos a debates plurales y no a conminar a las comisiones que forma para que culminen su trabajo en plazos perentorios, para poder satisfacer, más que necesidades nacionales, protagonismos políticos y apetitos personales.

Como vemos, no serían las primeras sorpresas legislativas de este gobierno, pero sí serán, si no reaccionamos, las sorpresas de la hora nona.

La ciudadanía debe estar alerta».

6. EL PROYECTO DEL 11 DE ABRIL DE 2006

A fines de enero, el Ministerio prácticamente había conminado a la Comisión a terminar su trabajo. Sin duda, el costo político que había tenido el MINJUS ya era muy alto.

El domingo 5 de febrero de 2006, a través de la Resolución Ministerial n.º 043-2006-JUS, el Ministerio de Justicia dispuso la publicación de las propuestas de reformas urgentes al Código Civil y su exposición de motivos en la página web del Ministerio.

El texto de la referida Resolución es el siguiente:

«JUSTICIA

Disponen la publicación de propuestas de reformas urgentes al Código Civil y su exposición de motivos, en la página web del Ministerio para su difusión y debate

Resolución Ministerial n.º 043-2006-JUS

Lima, 3 de febrero de 2006

CONSIDERANDO:

Que, por Ley n.º 2639, modificada por Ley n.º 26673, se creó la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo n.º 295, vigente desde el 14 de noviembre de 1984;

Que, mediante Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS, se designó a los representantes de la referida Comisión;

Que, mediante comunicación de fecha 31 de enero de 2006, el Presidente de la Comisión, señor doctor Jorge Avendaño Valdez, remite al Despacho del Ministro de Justicia, las propuestas urgentes de la Comisión que preside, respecto al Título Preliminar y a los Libros Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Registros Públicos, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado;

Que, es necesario disponer la publicación de las referidas propuestas, así como las que correspondan a los demás Libros del Código Civil vigente en la página web del Ministerio de Justicia, a fin de promover su difusión y debate en la comunidad jurídica nacional, en atención a la finalidad del proyecto de Ley n.º 14040/2005-PE, que delega en el Poder Ejecutivo facultades legislativas para reformar el citado Código, actualmente en trámite en el Congreso de la República;

Que, asimismo, es necesario autorizar a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos para que a través de la Dirección de Difusión Legislativa organice seminarios, foros y otros eventos, necesarios para analizar, debatir y divulgar las propuestas de reforma al Código Civil vigente, formuladas por la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil;

De conformidad con el Decreto Ley n.º 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Dispóngase la publicación de las propuestas de reformas urgentes al Código Civil vigente y su correspondiente exposición de motivos, formuladas por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, respecto al Título Preliminar y a los Libros de Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Registros Públicos, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado en la página web del Ministerio de Justicia, www.minjus.gob.pe, a fin de promover su difusión y debate.

Los comentarios a las propuestas de reforma del Código Civil, deberán ser remitidas en un plazo de quince (15) días al correo electrónico: codcivil@minjus.gob.pe.

Artículo 2.- Las propuestas de reforma del Código Civil que presente con posterioridad la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, conforme a lo dispuesto por la Ley n.º 26673 y su modificatoria, serán difundidas y debatidas en la forma dispuesta por el artículo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorízase a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos para que a través de la Dirección de Difusión Legislativa, organice seminarios, foros y otros eventos de carácter gratuito, necesarios para analizar, debatir y divulgar las propuestas de reforma al Código Civil vigente formuladas por la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Alejandro Tudela Chopitea

Ministro de Justicia».

Dentro del cronograma que había impuesto el Ministerio de Justicia, del cual depende legalmente, la Comisión tuvo que participar en un primer evento de *análisis* del proceso de reforma del Código Civil.

Dicho evento se programó en el pequeño auditorio del Ministerio de Justicia, con capacidad para 180 personas, y en él expusieron solamente los miembros de la comisión, teniendo como panelistas a abogados amigos de ellos.

En un acto verdaderamente efectista, se programó la intervención, también como panelistas, de *representantes* del Colegio de Abogados de Lima.

Ello se hizo con la finalidad de decir después que el Colegio había participado del proceso de reforma y que se le había escuchado, cuando ello no era cierto, ya que los llamados *representantes* no eran otra cosa que abogados independientes, a quienes el Colegio les había pasado la voz para que asistieran al evento en calidad de panelistas, a título personal y sin comprometer –en lo absoluto– al gremio de los abogados.

No está de más decir que cada panelista tendría diez (10) minutos para hablar, versus la media hora que tuvo cada miembro de la comisión.

El Doctor Carlos Fernández Sessarego y yo nos negamos a participar.

Habida cuenta de que los eventos del Ministerio y la Comisión tenían un sesgo evidente, quienes nos oponíamos a la reforma organizamos un evento abierto y gratuito, en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima.

Ese evento fue auspiciado por el propio Colegio, por actitud decidida de su Decana, la Doctora Greta Minaya Calle, por el Estudio Bautista y León, por Iuris Consulti Editores y por mi Estudio de Abogados.

Fue un éxito.

500 personas inscritas, lleno total del auditorio y los mejores expositores: Jack Bigio Chrem, Carlos Fernández-Sessarego, Rita Sabroso Minaya, Sofía Ode Pereyra, Rómulo Morales Hervias, Luis García y García, Mario Solís Córdova, César Fernández Arce, Verónica Zambrano Copello, Olga María Castro Pérez-Treviño, Eduardo Barboza Beraún, Hernán Torres Álvarez, Álvaro Delgado Scheelje, Jorge Ortiz Pasco, Luciano Barchi Velauchaga, Alfonso Rebaza González, Jorge Vega Soyer, Víctor Madrid Horna, Leysser León Hilario, Verónica Rosas Berastain, César Delgado Barreto, Gonzalo García-Calderón Moreyra y César Candelá Sánchez.

El medio jurídico pudo escuchar las voces de quienes sí tenemos buenas razones para oponernos a tan defectuoso Proyecto.

El referido evento tuvo lugar entre el martes 4 y el viernes 7 de abril de 2006.

Como respuesta a este evento, el Ministerio de Justicia publica, por primera vez, el Anteproyecto completo en una Separata Especial del Diario Oficial «El Peruano», el martes 11 de abril de 2006.

No está de más decir que cinco días antes el propio Ministerio había enviado cartas a varios de los expositores de nuestro evento (obviamente no a mí), *solicitando sus opiniones* sobre el proyecto.

¡Cuánto interés tenía el Ministerio en esas opiniones, si sólo cinco días más tarde ya publicaba el Proyecto!

Sin duda, otro *saludo a la bandera*.

Esa falta de interés estaba demostrada por las palabras de presentación del proyecto en la referida Separata Especial de «El Peruano».

Que el lector juzgue si esas palabras de aparente tolerancia, democracia y participación, correspondían o no a la realidad.

«LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN DEBATE

Nuestro Código Civil fue promulgado en 1984, habiendo cumplido ya 21 años de vigencia. Muchas de las instituciones jurídicas de este importante cuerpo normativo han quedado desfasadas, requiriendo por ello de reformas que las actualicen de acuerdo con los avances jurídicos y la dinámica de la vida social. Para cumplir el objetivo señalado se constituyó una Comisión mediante Ley n.º 26394 y modificada por Ley n.º 26673, a fin de proponer las enmiendas necesarias.

Para el Ministerio de Justicia, en el ejercicio de sus funciones institucionales de coordinar la labor de las comisiones elaboradoras, reformadoras y revisoras de la legislación y los códigos, así como las de difundir la legislación e información jurídica de carácter general, resulta sumamente honroso generar el espacio de debate propicio para que todos los interesados presenten sus aportes, sugerencias y observaciones, y que al final de este proceso tengamos como resultado un proyecto normativo que plasme los cambios urgentes en materia civil que nuestra sociedad requiere y que coadyuven a sustentar el pedido de otorgamiento de facultades legislativas que el Poder Ejecutivo ha solicitado al Congreso de la República para las reformas más urgentes del Código Civil.

Como parte de la difusión de estas propuestas de reforma, mediante Resolución Ministerial n.º 043-2006-JUS, del 3 de febrero pasado, se dispuso la publicación de las mismas y su correspondiente exposición de motivos en la página web del Ministerio de Justicia, a fin de promover su difusión y debate. Asimismo, se llevaron a cabo dos seminarios gratuitos denominados *Análisis del proceso de reforma del Código Civil*, desarrollándose doce mesas de debate, contando para ello con el valioso concurso de los miembros de la Comisión creada mediante Ley n.º 26394, del ilustre Colegio de Abogados de Lima, gremio que ha designado en su representación a conocidos profesionales, y con la participación de destacados maestros universitarios. Todas estas inter-

venciones coadyuvarán fructíferamente, sin duda, a alcanzar el objetivo trazado.

[...]

Ponemos a su alcance la presente edición e invitamos a la comunidad jurídica y a toda la ciudadanía para que envíen sus comentarios y observaciones al siguiente correo electrónico: codcivil@minjus.gob.pe.

El jueves 20 de abril de 2006, el Diario Oficial «El Peruano» entrevista al Presidente de la Comisión, Doctor Jorge Avendaño Valdez.

En adelante, el texto de la referida entrevista:

«Leyenda de foto central: **Propuestas de reformas urgentes al Código Civil responden a necesidades de población en su vida diaria.**

Jurista Jorge Avendaño sustenta necesidad de cambios

Enmiendas al Código Civil son necesarias

Plantean reformar 100 artículos, equivalentes al 5 por ciento de las disposiciones contenidas en ese cuerpo normativo

PAUL HERRERA GUERRA

Las propuestas de reformas urgentes al Código Civil de 1984 buscan actualizar este cuerpo normativo, a fin de concordarlo con la actual Constitución e incorporar en él las nuevas instituciones jurídicas civiles que surgieron a partir de su vigencia, las cuales son de una suma utilidad práctica para las personas y empresas.

Ahí radican, fundamentalmente, las razones del porqué es imperativo aprobar tales propuestas hechas por la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, advierte su presidente, Jorge Avendaño Valdez, quien a su criterio tales planteamientos tendrán un impacto directo sobre la población en caso sean aprobados.

En opinión del jurista, la necesidad de estas reformas urgentes al citado cuerpo normativo no se origina en la comisión a su cargo, pues su creación responde a una ley para cuya aprobación se tuvo en cuenta la necesidad de adecuar el Código Civil a las modernas tendencias.

‘Se origina en una decisión soberana del Congreso de la República, por lo que es inútil discutir si se requiere o no reformar el Código Civil, aunque sí está abierto el debate sobre cuáles deben ser las reformas’.

PROPUESTAS

Avendaño precisa que la comisión a su cargo propuso modificar en forma urgente 100 artículos del Código Civil, equivalentes al 5 por ciento de las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo.

Así, en materia de familia se plantea un nuevo régimen legal para la filiación, atendiendo a que ahora el ADN permite establecerla de manera indiscutible. En consecuencia, para Avendaño es imposible mantener la norma que fija un plazo de seis meses para ejercer el derecho de pedir la filiación, cuando por el ADN ésta se puede establecer aún después de ese plazo.

La manipulación genética es otro tema novedoso, cuya regulación también es mencionada dentro de las propuestas para incorporar esta institución en el Libro de Derechos de las Personas del Código Civil, advierte el jurista, quien además resalta la importancia de reajustar las normas sobre garantías reales.

La comisión a su cargo sugiere, precisamente, tal ajuste a partir de uno de los planteamientos de reformas urgentes al citado texto, aunque –según Avendaño– en su formulación no se atendió lo dispuesto en la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Por consiguiente, precisa que si el Congreso le otorga facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo para efectuar reformas urgentes al Código Civil, será necesario hacer un ajuste en este punto en función de lo precisado en dicha ley.

En el Libro de los Registros Públicos se plantea, de igual manera, una nueva clasificación de los mismos en: Registro de Bienes y Registro de Personas.

INCORPORAN AVANCES Y DINÁMICA SOCIAL

¿Qué utilidad práctica tienen para el ciudadano estas propuestas de reformas urgentes al Código Civil?

- Es muy importante para cualquier persona, por ejemplo, lo relativo al ADN para los casos de filiación. Así como lo

relacionado con la manera como los copropietarios herederos de bienes deben adoptar sus decisiones.

También importa al ciudadano la forma en que se plantean regular aspectos referidos a la manipulación genética. Cada vez hay más bancos de semen y reproducción asistida.

El Código Civil es una norma muy cercana a la persona y regula todas las actividades de ésta desde antes de nacer hasta después de morir.

Otra de las propuestas se refiere a la creación de una nueva regulación para la prenda global o flotante. ¿Esto cómo beneficia a las personas y empresas?

- La prenda flotante es de gran aplicación práctica. Por ejemplo, al dueño de una farmacia que no es propietario del local de la misma le resulta imposible otorgar garantía, porque hoy no puede afectar sus existencias o *stocks*, pero con la nueva prenda global y flotante sí podrá hacerlo.

Hoy, la prenda flotante sólo se puede conceder a favor de los bancos, según la legislación bancaria; aunque con la Ley de la Garantía Mobiliaria se ha ampliado esta posibilidad, pero ello requiere ser sistematizado en el Código Civil.

Importa, además, lo relativo al nuevo marco legal para la ejecución de garantías. La Ley de la Garantía Mobiliaria sí lo ha considerado, pero sólo para la prenda, por lo que se incorporaría un nuevo marco legal para la ejecución de las hipotecas dentro de las reformas al Código Civil.

LABOR DE LA COMISIÓN

¿Qué ocurrirá si el Parlamento niega las facultades para las reformas urgentes al código?

- Si el Congreso deniega las facultades, las propuestas de reformas urgentes servirán para que la comisión siga trabajando con menos apuro, pero ya no para proponer algo absolutamente indispensable, sino un texto elaborado en un largo aliento.

¿Hasta cuándo se recibirán comentarios a las propuestas elaboradas?

- La recepción de aportes y sugerencias está abierta hasta que el Congreso decida si otorga o no las facultades solicitadas por el Ejecutivo. Sin embargo, seguimos trabajando en su difusión. Así, ya se realizaron dos certámenes en el

Ministerio de Justicia y el Colegio de Abogados de Lima; mientras que el próximo lunes se iniciará otro en el Congreso. En tanto el Parlamento no discuta la solicitud de delegación de facultades del Ejecutivo hay plazo para presentar sugerencias sobre estas propuestas de reformas urgentes, por lo que me imagino que hay dos semanas más para hacerlo».

Algunos días después, el mismo diario me entrevistó sobre el tema. La entrevista apareció el día 2 de mayo de 2006.

El texto de esta entrevista fue el siguiente:

«ADVIERTE EXPERTO EN DERECHO CIVIL MARIO CASTILLO FREYRE

Enmiendas al Código Civil afectan seguridad jurídica

Existen temas muy graves y en perjuicio de una gran cantidad de personas, refiere

Las enmiendas de reforma urgente propuestas al Código Civil (CC) no son necesarias y, lejos de promover la seguridad jurídica en el país, sólo atentan contra ella como en lo relativo a la propiedad, sostuvo el experto en derecho civil Mario Castillo Freyre, al opinar sobre las modificaciones propuestas al citado texto legal.

En diálogo con El Peruano, advirtió que la comisión de expertos encargados de plantear dichas modificaciones al CC 'calla en siete idiomas' los despropósitos que desea incorporar en temas como el título preliminar, la teoría de los actos propios, el derecho de obligaciones, el establecimiento de la regla de la mora automática y la presunción de la solidaridad.

El presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil expresó recientemente que las enmiendas planteadas a este texto son necesarias. ¿Qué opina usted al respecto?

- La comisión sostiene eso desde hace mucho tiempo, pero a mi entender se equivoca; y la prueba de ello es que en febrero del año pasado también publicó un número bastante elevado de reformas que pretendía hacerle al CC, aduciendo que eran urgentes y necesarias. Y es ante la reacción del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Notarios y de la Cámara de Comercio de Lima que tuvo que replantear

sus propósitos y reducir sus pretensiones más o menos a la tercera o cuarta parte.

Pero si el proyecto inicial era defectuoso, la propuesta actual lo es todavía más, pues, fundamentalmente, lo que se ha hecho es disminuir el número de artículos que se pretende modificar, pero no se cambiaron los textos de las proposiciones de cambio.

¿No le resultan importantes acaso las modificaciones que pretenden hacerse en el Libro de Derecho de Personas, especialmente en lo relativo al ADN y la filiación?

- Se trata de buscar un pretexto para hacer creer a la opinión pública que la reforma es necesaria, aludiendo a algunos temas que, aparentemente, traerían beneficios a la sociedad, pero que en realidad no hacen sino volver sobre temas ya regulados.

Sin embargo, la comisión calla en siete idiomas los despropósitos que se desea introducir en el título preliminar, con la teoría de los actos propios, en derecho de obligaciones, con el establecimiento de la regla de la mora automática y la presunción de la solidaridad, en derechos reales, con la institución del pacto comisorio y otras perlas más que la ciudadanía desconoce, por tratarse de asuntos muy graves y atentatorios contra gran cantidad de personas.

¿Opina que el proyecto de reforma al código fomenta la seguridad jurídica?

- En definitiva, no; por el contrario, atenta contra ella, en la medida en que, para darle sólo un ejemplo representativo, en el artículo 156 del CC se propone eliminar el requisito del poder por escritura pública para la venta de bienes, estableciendo simplemente como requerimiento el de documento de fecha cierta. Esta es una barbaridad que la comisión no quiere entender.

Para vender una casa por poder se necesita, actualmente, escritura pública; pero en el futuro sólo se requeriría 'legalizar' la firma del propietario por un falsificador del jirón Azángaro. La comisión toma como pretexto el 'disminuir los costos de transacción', que constituye uno de los más reiterados y manidos argumentos del análisis económico

del Derecho, que prescinde de cualquier consideración relativa a la seguridad jurídica.

Con esta propuesta se pone en riesgo y en manos de los falsificadores la seguridad jurídica relativa al derecho de propiedad y a las formalidades y seguridades que deben existir para transmitir la propiedad a través de un representante.

Es un planteamiento totalmente alejado de la realidad. Los códigos deben regir las realidades de las cosas y no supuestos de fantasía o mundos irreales.

Para concluir, ¿qué invocación haría a la comisión sobre este tema?

- Quisiera añadir solamente que el hecho de lograr aprobar eventualmente una reforma de estas características no será motivo de orgullo para nadie, mucho menos para la comisión.

No ha existido a lo largo de la historia de la República un proyecto de modificación de la legislación civil que haya concitado un número tan grande de críticas antes de ser ley. Y mucho menos que después de tantas censuras sus propulsores persistan en el error. Eso me deja en claro que existe una vocación suicida de la que, felizmente, nunca me he contagiado».

El Ministerio de Justicia y la Comisión, buscando convencer al Congreso de la delegación de facultades, programaron un seminario (el tercero) sobre la reforma, en el hemisiciclo «Raúl Porras Barrenechea» del propio Congreso de la República⁹.

Ahí, naturalmente, no fue invitado nadie que no integrara la Comisión y –mucho menos– quienes nos oponíamos a la reforma.

9. Algunas semanas antes se había realizado el segundo seminario, casi a puerta cerrada, en el pequeño auditorio del Ministerio de Justicia.

Ese evento se realizó los días lunes 24 y martes 25 de abril de 2006.

En respuesta al desaire, el 24 de abril de 2006, el Colegio de Abogados de Lima hizo llegar al Presidente del Congreso de la República una carta con el siguiente tenor:

«Membrete:

Colegio de Abogados de Lima

Fundado por Real Cédula del 31 de julio de 1804

OFICIO n.º 087-DEC-CAL-2006

Señor Doctor

Marcial Ayaipoma Alvarado

Presidente del Congreso de la República del Perú

Presente.–

De nuestra mayor consideración:

Hemos tomado conocimiento de que los días 24 y 25 de abril se llevará a cabo un evento en la Sala ‘Raúl Porras Barrenechea’ del Congreso de la República, organizado por el Ministerio de Justicia para promover las **reformas al Código Civil** para las que el Poder Ejecutivo ha solicitado al Congreso de la República el otorgamiento de facultades delegadas.

El Colegio de Abogados de Lima, que me honro en presidir, debe manifestar, una vez más, su extrañeza por la manera como vienen procediendo el Ministerio de Justicia y la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil.

Decimos esto, habida cuenta de que ni el Ministerio ni la Comisión fomentan discusión o debate plural alguno, habiendo circunscrito los tres eventos (de capacidad muy reducida, por cierto) a exposiciones de los autores del Proyecto, no habiendo convocado en igualdad de condiciones a los profesores universitarios y abogados que tienen posiciones totalmente opuestas a la línea de la Comisión y que sostienen que el Proyecto contiene innumerables y graves defectos.

Dentro de tal orden de ideas, el Colegio de Abogados de Lima realizó un evento al cual asistieron alrededor de 500 perso-

nas, entre los días martes 4 y viernes 7 de abril, en el Auditorio 'José León Barandiarán' de nuestra Institución. En este evento expusieron 25 connotados profesores universitarios, habiendo manifestado todos ellos muy serias objeciones al Proyecto elaborado por la Comisión del Ministerio de Justicia.

Los expositores de ese evento fueron: Jack Bigio Chrem, Mario Castillo Freyre, Carlos Fernández-Sessarego, Rita Sabroso Minaya, Sofía Ode Pereyra, Rómulo Morales Hervias, Luis García y García, Mario Solís Córdova, César Fernández Arce, Verónica Zambrano Copello, Olga María Castro Pérez-Treviño, Eduardo Barboza Beraún, Hernán Torres Álvarez, Álvaro Delgado Scheelje, Jorge Ortiz Pasco, Luciano Barchi Velaochaga, Alfonso Rebaza González, Jorge Vega Soyer, Víctor Madrid Horna, Leysser León Hilario, Verónica Rosas Berastain, César Delgado Barreto, Gonzalo García-Calderón Moreyra y César Candela Sánchez.

En tal sentido, nos **permitimos alcanzar** a usted, señor Presidente, la **grabación en video de la integridad del referido evento, contenida en siete discos compactos**.

En adición a lo expuesto, le **solicitamos** a usted nos permita una **audiencia** en igualdad de condiciones que las que va a tener el Ministerio de Justicia y la Comisión, a fin de que un grupo de abogados y profesores universitarios puedan **sustentar** ante el **Congreso** de la **República** y el **Público** en general, todas las **objeciones** que el medio profesional y académico encuentra en el **Proyecto de Ley** preparado por la Comisión.

Finalmente, nos permitimos hacerle llegar un libro escrito por nuestro agremiado, el Doctor Mario Castillo Freyre en coautoría con Rita Sabroso Minaya, referido a defectos muy concretos del citado Proyecto de Ley, y que lleva por título 'La Teoría de los Actos Propios'.

Sin otro particular, hacemos propicia la ocasión para expresararle nuestra más alta consideración y estima.

Atentamente,

(firma)

Elva Greta Minaya Calle

Decana

/cc:: Señor Doctor Ántero Flores-Aráoz Esparza

Presidente de la Comisión de Justicia y Reglamento

Señor Doctor: Mauricio Mulder Bedoya

Presidente de la Comisión de Justicia

Señores Congresistas».

La nueva estrategia del Ministerio consistió, en primer lugar, en ya no utilizar la expresión *Anteproyecto de Ley de Enmiendas*, puesto que ya todos los que habíamos tenido algún contacto con él nos habíamos percatado de que, en realidad, dicho título escondía un proyecto de reforma prácticamente integral del Código Civil de 1984.

Así, lo que ahora presentaban ya no era un Anteproyecto de Ley de Enmiendas que contuviese, según afirmara en su momento la propia Comisión en su Exposición de Motivos original, enmiendas *urgentes* y *necesarias*, sino que presentaron una serie de propuestas de modificación. Cabe destacar que, como no podía ser de otra manera, la Comisión se mantuvo firme en el uso de la palabra *urgente*.

Si hay algo que rescatar de estas propuestas es que representaban un número considerablemente menor al de las enmiendas que en marzo, noviembre y diciembre del 2005 trataron de introducir en el Código Civil. Antes eran entre 400 y 500. Ahora se habían reducido a 142.

Pero, para nuestra sorpresa, tras revisar y contrastar las modificaciones formuladas en las *nuevas* propuestas y en el Anteproyecto respecto del Título Preliminar y los Libros de Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales y Responsabilidad Extracontractual –todos estos libros que analizamos en *Ni urgente, ni necesario* (y que correspondían a los temas publicados en la página web del Ministerio de Justicia en marzo del 2005)– nos encontramos con la *novedad* de que el número de enmiendas –en esas materias– se había reducido de 149 artículos a 49.

Esta diferencia de 100 artículos podría leerse de diferentes maneras.

Podemos pensar que la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Reforma por fin entendió que su misión no era la de redactar un nuevo Código, que nadie le había pedido que redacte un nuevo Código y que nadie quería que lo hiciera; por lo cual habría optado por ajustar sus propuestas de modificación a aquellos temas que, en efecto, sean urgentes.

Además, con la difusión pública de «Ni urgente, ni necesario», se desnudaron los innumerables defectos del referido Anteproyecto y el mismo se había vuelto tan impresentable, que la Comisión optó por no defenderlo públicamente.

Guardó el más profundo silencio.

En la publicación del martes 11 de abril de 2006, efectuada en el Diario Oficial «El Peruano» se volvían a publicar propuestas relativas al Título Preliminar (4 artículos); a los libros de Derecho de las Personas (11 artículos); Acto Jurídico (8 artículos); Derechos Reales (19 artículos); Responsabilidad Extracontractual (7 artículos) y Derecho Internacional Privado (2 artículos), además de publicar, por primera vez, las propuestas de reformas a los libros de Derecho de Familia (26 artículos); Derecho de Sucesiones (21 artículos); Derecho de Obligaciones (10 artículos) y Contratos, Parte General (15 artículos).

Esta propuesta tiene, en conjunto, 142 artículos.

Antes de concluir la Primera Parte de este libro, en la que informamos al lector acerca del desarrollo del proceso de reforma del Código Civil Peruano de 1984, debemos señalar que, finalmente, el Congreso de la República no otorgó al Poder Ejecutivo las facultades delegadas que solicitó a través del Oficio n.º 115-2005-PR, de fecha 9 de noviembre de 2005 (Proyecto de Ley n.º 14040).

Así, el Congreso, con fecha jueves 8 de junio de 2006 debatió un Proyecto sustitutorio, en el cual constituía una Comisión Revisora.

Nuestra labor había dado resultados.

Dicho proyecto fue aprobado por el Congreso y publicado en el Diario Oficial «El Peruano», como Ley n.º 28776, el viernes 7 de julio de 2006.

El texto de la referida ley es el siguiente:

«LEY N.º 28776

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

Ley que constituye Comisión Especial de estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil

Artículo único.- Objeto de la Ley

Constitúyese una Comisión encargada de estudiar y presentar un informe en relación al Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, elaborado por la Comisión creada mediante Ley n.º 26394 y modificada por la Ley n.º 26673.

La referida Comisión queda conformada por dos (2) representantes del Poder Legislativo, el Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, quien la presidirá; y el Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento como integrantes; y tres (3) representantes del Poder Ejecutivo, que se nombrarán por resolución suprema.

La Comisión realiza su estudio y presenta sus conclusiones a la Comisión de Constitución y Reglamento y a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintidós días del mes de junio de dos mil seis.

Marcial Ayaipoma Alvarado
Presidente del Congreso de la República
Gilberto Díaz Peralta
Segundo Vicepresidente del
Congreso de la República
Al señor Presidente Constitucional de
la República
Por tanto:
Mando se publique y cumpla.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los seis días del
mes de julio del año dos mil seis.
Alejandro Toledo
Presidente Constitucional de la República
Pedro Pablo Kuczynski Godard
Presidente del Consejo de Ministros».

Como es obvio, resulta imposible predecir el futuro y no sabemos cuál será la línea de acción de los nuevos integrantes del Congreso de la República, elegidos para el período 2006-2011 ni del nuevo Poder Ejecutivo.

Sin embargo, esperamos que sobre este particular prime la razón.

Lima, julio del 2006
Mario Castillo Freyre

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL 11 DE ABRIL DE 2006

TÍTULO PRELIMINAR

Nuestro recorrido se inicia, siguiendo el orden propio del Código Civil vigente, con el Título Preliminar.

Si comparamos, en esta parte, el texto del *Anteproyecto* publicado en marzo del año 2005 con la entrega más reciente de la Comisión (abril del 2006), podemos apreciar que, al menos, ahora ya no se sugiere una modificación total del Título Preliminar.

En efecto, las modificaciones que se formulan se restringen a una sola de las normas vigentes, aunque, en sí mismas, son cuatro las propuestas.

Resulta apropiado –en nuestra opinión y dado que el Anteproyecto planteaba, como acabamos de indicar, un Título Preliminar totalmente nuevo–, resaltar primero aquello que no se ha modificado en relación al Código Civil de 1984.

De este modo, debemos empezar por señalar que se mantienen todos los artículos, a excepción del II. Esto significa, entre otras cosas, que la doctrina sigue siendo fuente del Derecho y que ya no se propone la derogación de los artículos VII, VIII y X, como antes pretendía la Comisión.

Dicho esto, enfoquémonos en revisar el texto de las propuestas *urgentes*, que no son sino cuatro de las normas ya sugeridas en el *Anteproyecto*.

De aceptarse tales propuestas, se modificaría el vigente artículo II, que, por si fuera poco, se multiplicaría, de modo que habría, incluso, un artículo bajo la denominación II-C.

Actualmente, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil señala que «*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*».

La Comisión plantea que en lugar de la norma citada se regulen cuatro temas: la buena fe (artículo II), el abuso del derecho (artículo II-A), los actos propios (artículo II-B) y el fraude a la ley (artículo II-C).

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo II.- Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión, su proyectado artículo II contiene una nueva disposición que consagra la buena fe objetiva, en atención a que se trata de un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta

norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho.

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

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

Aunque no cuestionamos la buena intención de la Comisión al querer incorporar el principio de la buena fe en el Título Preliminar, no podemos dejar de cuestionar el que lo haga, el que considere *urgente* hacerlo. ¿Cuándo el principio de la buena fe no ha sido invocado?; ¿qué, acaso toda la estructura del Derecho no se construye sobre la buena fe?; ¿acaso la protección de los derechos no se sustenta en este principio?; ¿acaso alguien alguna vez cuestionó aquello?

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

La buena fe es una *fotografía* que se toma en determinados momentos que el Derecho considera importantes. A modo de ilustración, tomemos a la buena fe registral: Yo puedo comprar un inmueble con buena fe, y luego de esa adquisición de buena fe, enterarme de que el vendedor no sólo me lo vendió a mí sino también vendió el bien a otros

sujetos antes que a mí. Para proteger mi derecho lo inscribo en Registros Públicos, lo cual es válido a pesar de que en el momento de la inscripción ya no contaba con buena fe. Así, como se observa, la existencia de buena fe en un caso como el planteado es importante en el momento de la adquisición, pero no es necesario que se mantenga, para ser válida la operación, en la inscripción ulterior.

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

A lo dicho consideramos conveniente agregar que principios del Derecho hay varios; la buena fe es uno de ellos y, como tal, se encontraría, según la sistemática del Anteproyecto, en el artículo II. Entonces, por qué no plasmar también otros principios en el Título Preliminar. ¿Cuál ha sido la lógica de la Comisión para privilegiar este principio y descartar otros?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	Artículo II-A.- Abuso del derecho 1. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. 2. La pretensión prescribe a los dos años.

A diferencia de lo que ocurrió en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en la cual se señalaba, a pesar de la introducción del plazo prescriptorio, que el artículo no era más que una transcripción del artículo II del Título Preliminar vigente, manifestando –además y de modo categórico– que no se había introducido cambio alguno en él, vemos que esta vez la Comisión sí se ha percatado del cambio que ella misma introdujo.

Inclusive, la Comisión se ha dado la tarea de explicar, al menos en línea y media, el porqué de ese cambio, argumentando que el mismo tiene la finalidad de brindar seguridad jurídica y evitar incertidumbres respecto del plazo para interponer la acción pertinente.

Ese argumento, sin embargo, no termina de explicar el por qué se ha colocado dicho plazo en ese artículo. ¿Ése era el lugar adecuado?; ¿por qué no se ha respetado el lugar de los plazos prescriptorios, que es el artículo 2001?; ¿por qué se ha preterido una adecuada sistemática? No lo terminamos de entender. La única explicación que se nos viene a la mente es que se pretenda –en un futuro– eliminar el Libro dedicado a Prescripción y Caducidad. Después de todo, la eliminación de ese Libro ha sido desde hace mucho uno de los objetivos de las tantas Comisiones de reformas –de las que hemos padecido y padecemos–, objetivo que, por supuesto, considero inapropiado, pues estoy convencido de la utilidad práctica del mismo.

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

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo II-B.- Actos propios No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente que no se ejercerá tal derecho.

Presentada en el artículo VI del proyectado Título Preliminar del Anteproyecto, la Comisión, otra vez, intenta *innovar* nuestro Derecho, aun a costa de la seguridad jurídica, proponiendo la positivización de la teoría de los actos propios.

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

Estamos de acuerdo en parte. Coincidimos en que dicha teoría no necesita formalización escrita para ser aplicada, pero juzgamos de errada la decisión de incorporarla.

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

En primer lugar se cuestiona si esta doctrina rige o no en los temas de nulidad, anulabilidad y en los supuestos de ineficacia contemplados en la ley. De esta manera, se cues-

tiona –por ejemplo– que si alguien ha celebrado un acto nulo pero siempre se comportó como si no lo fuera (incluso ejecutando las obligaciones nacidas de él) y luego descubre la nulidad y la invoca, la contraparte pueda valerse de la doctrina de los actos propios para rechazar la nulidad.

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

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

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

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

Pese a que la Comisión señala en la Exposición de Motivos que ha decidido introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en los que alguien hace valer un

derecho para sí y no en otros supuestos de hecho, esta lectura no se desprende de la norma. Además, debido a su inserción en el Título Preliminar, su aplicación no sólo se circunscribiría al Derecho Civil, sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho.

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

Por otra parte, debemos recordar que tal vez más del 90 por ciento de los abogados de nuestro país no se encuentran familiarizados con esta doctrina. ¿Acaso la ley debe dar la pauta de lo que se tiene que introducir en un Código Civil, o es mejor dejar que tal teoría siga ingresando al Derecho Nacional como lo ha venido haciendo, por una puerta pequeña, y con una lenta maduración?¹⁰

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo II-C.- Fraude a la ley Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.

10. El propósito de la Comisión de legislar sobre la Teoría de los Actos Propios mereció nuestra respuesta más categórica con el libro *La Teoría de los Actos Propios* (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA Palestra Editores, Lima, 2006).

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

El proyectado artículo II-C –destaca la Comisión como lo hiciera, con idénticas palabras, al justificar la introducción de la *doctrina de los actos propios*– es un dispositivo que no tiene precedente en nuestros Títulos Preliminares e introduce el principio del *fraude a la ley*; agregando –en posición que compartimos– que *no necesitaba* ser establecido positivamente para que fuera aplicado, porque corresponde a lo esencial de la justicia en el Derecho. No obstante, la Comisión ha considerado mejor incorporarlo explícitamente en el texto *para que tenga plena vigencia*.

Más que discutir la idea del fraude a la ley en sí, que como concepto busca rescatar la teleología de las normas y les da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en casos de conflicto, queremos centrarnos en lo inadecuado del planteamiento propuesto por la Comisión.

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

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

Libro I
DERECHO DE LAS PERSONAS

Sección Primera
PERSONAS NATURALES

Título II
DERECHOS DE LAS PERSONAS

Las diferencias cuantitativas en lo que respecta a la Sección de Personas Naturales también son significativas, en tanto se ha disminuido de 13 enmiendas –nada urgentes ni necesarias y sí muy defectuosas– a 6 enmiendas que, sin embargo y en tanto casi copia al carbón de sus predecesoras, tampoco son urgentes ni necesarias.

Pero mejor no nos adelantemos y revisemos artículo por artículo.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.	Artículo 4.- Tutela del embrión. Acuerdo de procreación 1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones o fetos muertos. 2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación. 3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad. 4. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

Como podemos apreciar con facilidad, el artículo con el que comienza esta parte de las propuestas no ha variado respecto del que se presentó originalmente en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas, más que en lo que refiere a su sumilla.

Ahora, en vez de utilizar la expresión *Tutela del embrión extracorpóreo*, se ha optado por denominarlo como *Tutela del embrión. Acto de procreación*.

Lo primero de lo mucho que debemos comentar es que la Comisión no ha tenido reparos en proponer la derogatoria del texto actual del artículo 4, para regular allí una temática distinta.

En tal sentido, se aprecia que en opinión de la Comisión es *urgente y necesario* derogar una norma en la que se expresa que el varón y la mujer tienen iguales derechos.

Como es de esperarse, la Exposición de Motivos no explica el por qué de esta decisión, razón por la cual sólo nos queda suponer que la misma se ha realizado debido a que la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer ya se encuentra consagrada a nivel constitucional.

La Comisión debe haber considerado que al estar consagrado lo mismo en una norma de mayor jerarquía no había motivo para reiterarla. Más aún cuando se *necesitaba* el espacio que ocupa el artículo en vigencia para regular el tema del embrión extracorpóreo y de la manipulación genética.

En estricto, debemos admitir que el vigente artículo 4, al encontrarse regulado en la Constitución de 1979 y, luego consagrado también en la de 1993, no es necesario. Sin embargo, debemos expresar también que en la práctica el Código Civil es invocado con mayor frecuencia que la propia Constitución, por lo que una norma como aquella resulta útil. De esta manera, aunque pueda calificarse como innecesaria su inserción inicial en el Código Civil de 1984, también es innecesaria su eliminación.

No terminamos de entender el criterio de la Comisión que en algunos casos opta por introducir artículos reiterando normas constitucionales y en otros por eliminarlos a pesar de su relevancia.

En fin, dejando de lado nuestras interrogantes, que no hacen sino poner en evidencia la falta de un criterio claro que guíe y sustente las denominadas *enmiendas*, mejor pasemos a examinar el texto propuesto del nuevo artículo 4, inciso por inciso.

En el inciso primero, la Comisión busca dar protección a los embriones o fetos humanos. La norma pretende evitar que los mismos sean manipulados, de forma que en el futuro no se materialicen los augurios que desde hace años nos traen las películas y que ya son realidades en otros países: la cosecha de embriones.

Definitivamente consideramos que el tema de la manipulación de embriones es moralmente reprochable y –como todos– esperamos que el futuro no conlleve la existencia de fábricas de embriones. Sin embargo, no nos parece adecuada la postura adoptada por la Comisión. La razón por la que no nos parece adecuada es muy simple: resulta innecesaria y, como también demostraremos, peligrosa.

El artículo 1 del Código Civil de 1984 ya ofrece una solución clara a esta problemática, al tratarse de una norma general que puede ser leída a la luz de los avances tecnológicos. En tal precepto, al consagrarse que se es sujeto de derecho desde la concepción, ya se está protegiendo al embrión que, por consiguiente, tiene todos los derechos, incluyendo el de la vida y el de la integridad, lo que significa que no puede ser usado como un objeto ni ser manipulado.

Nunca habrá un supuesto en el cual el embrión no sea, de acuerdo al artículo 1, sujeto de derecho. El artículo 1, por ende, cubre todos los supuestos, prohibiendo cualquier

forma de manipulación que implique violación de los derechos del concebido.

Al regular el tema previsto en el proyectado artículo 4, la Comisión brinda la posibilidad de que la ciencia cree supuestos que, al no caer en lo dispuesto en el citado numeral, puedan llegar a posibilitar la manipulación que se intentaría evitar.

Si la Comisión –de todas formas– deseaba regular esta materia, debió haberlo hecho estableciendo excepciones al artículo 1, las cuales debieron ser taxativas. La fórmula escogida por la Comisión, en vez de *cerrar la puerta* –que, reitero, ya estaba cerrada–, lo que hace es quitar el candado de la misma.

Además, en lo referido a la disposición de órganos y tejidos de fetos y embriones muertos, los cuales entran en la definición de cadáveres, ello también resulta innecesario, pues la materia es regulada en la Ley General de Donación y Transplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189, de fecha 18 de marzo de 2004.

El inciso 2 del artículo 4 continúa en la misma dirección que sus predecesores, es decir, carece de aquel carácter de *urgente y necesario* que supuestamente poseían todas las *enmiendas* propuestas al Código Civil.

Nuevamente, lo dicho en ese inciso nada nuevo dice, en tanto lo allí expresado se encuentra –lo reiteramos– dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.

Siendo el concebido sujeto de derecho, no se le puede matar ni puede ser utilizado como un objeto, como se hace con los ratones de laboratorio. El artículo 1 del Código Civil vigente no permite utilizar al concebido para finalidades que impliquen vulneración de la vida humana o de su integridad.

Por otra parte, lo precisado en el proyectado inciso 3, constituye una materia largamente discutida en Derecho

de Personas y en el de Familia, la misma que suele conocerse como *vientre de alquiler*, a pesar de lo inexacto de la expresión. Allí la Comisión establece que la maternidad, en todos los supuestos de subrogación materna, se encuentra determinada por el parto.

En lo que concierne al inciso 4, el mismo busca evitar que los temas comentados que dan contenido al artículo 4, sean desarrollados por normas que no tengan rango de Ley.

Si lo que pretende la Comisión es otorgar mayor seguridad respecto de temas tan delicados como éstos, es obvio que cometió un error y uno muy serio.

Nos extraña que la Comisión no haya reflexionado sobre las consecuencias de establecer una norma como ésta. Si el desarrollo del artículo 4 se realiza con una norma con rango de Ley –algo contrario a la razón normativa–, lo consignado en ese artículo correría peligro.

Nos explicamos.

Generalmente las Leyes son reglamentadas por normas de menor jerarquía, entre otras razones por una muy sencilla: ello impide que la reglamentación contravenga lo dispuesto en la Ley.

Establecer que la reglamentación del artículo 4 se tenga que hacer por medio de otra Ley, implicaría consagrar que el reglamento pueda modificar al Código Civil, implicaría brindar la opción a que, con ese reglamento con rango de Ley, se destruya la protección que, aunque en estricto no se consigue, se busca instaurar en el proyectado artículo 4. De haber contradicciones entre el reglamento con rango de Ley y el artículo 4, primaría el reglamento por ser norma específica, por ser norma de igual jerarquía y, además, por ser norma posterior.

Ahora bien, dada la importancia del tema que se desarrolla en el inciso 3, esto es, el de la subrogación materna,

consideramos apropiado dedicarle un análisis más profundo, lo que nos orienta, en primer término, a referirnos a las técnicas de reproducción humana asistida.

El desarrollo de las técnicas de manipulación genética y –como una de sus consecuencias– la maternidad subrogada, son fenómenos que se han venido presentando desde hace bastantes años, pero lamentablemente y a pesar de tener alta resonancia mundial, el Derecho no ha acompañado al avance científico como es debido, dejando muchos vacíos legales y derechos desprotegidos.

Sobre el tema, existen básicamente dos posturas. Por un lado, la de ciertos Estados de los Estados Unidos de América, Brasil y otros países, que aceptan la subrogación materna o *vientre de alquiler* como un contrato válido y, por otro, el de la mayoría de legislaciones en el mundo, que rechazan dicho tipo de acuerdos. Entre ambas posturas, los que consideran este tipo de pactos como válidos, se han preocupado por reglamentarlos y ponerles límites. No ocurre lo mismo con otras legislaciones, las que al rechazar su validez jurídica se han limitado a establecer la nulidad de dichos acuerdos, imputando la maternidad a la mujer que da a luz.

Haciendo un análisis de la materia, podemos advertir que los problemas en torno a la maternidad subrogada son muchos y muy complejos. A pesar de ello, la legislación nacional no se ha enfrentado al tema, ni distingue los casos; simplemente, corta la discusión declarando todo acuerdo de subrogación materna como nulo, por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Pero ¿qué sucede cuando a pesar de ello, este *contrato* se celebra y nace una criatura proveniente de un *vientre de alquiler*? Es en virtud de esta consideración que la ley no puede ser tan simplista y atribuir la maternidad a la gestante, obviando a la madre genética; nos parece ésta una posición

—además de haber sido formulada y producida sin ningún tipo de análisis crítico— totalmente injusta por no tener en cuenta los derechos de los padres biológicos, pero sobre todo por dejar totalmente al margen *el interés superior del niño*, principio consagrado internacionalmente.

Tratando de entender el criterio de la Comisión Reformadora, que sigue la línea de legislaciones como la española¹¹ o la argentina¹², es decir aquéllas que consideran dicho pacto nulo, creemos que el motivo de dicha opción es desincentivar este tipo de contratos de prestación de servicios, por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres. No obstante, esta intención no nos parece razón suficiente para consagrar, como lo hace la norma propuesta, una profunda injusticia.

Resulta revelador, en ese sentido, que uno de los miembros de la Comisión haya realizado un minucioso trabajo en el que identifica y expone la compleja problemática que encierra la reproducción asistida y, sin embargo, tan valiosos aportes no se vean reflejados en una solución como la planteada por la Comisión.

En efecto, son varios los puntos que aborda el Doctor Marcial Rubio en su libro *Las reglas del amor en probetas de*

11. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Artículo 10: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero, 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

12. Artículo 242 del Código Civil Argentino: «La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la

*laboratorio*¹³, y no sólo en lo que a madre subrogada se refiere, demostrando que éste no es un tema unidimensional.

De esta manera, en el citado libro se examinan varios de los problemas que acarrea la reproducción humana asistida desde distintos ángulos y poniendo énfasis en las dificultades que plantea para los principios del Derecho tradicional en materia de filiación, de sucesiones y en lo que respecta a las relaciones entre los cónyuges.

Como no es objeto de nuestros comentarios reseñar lo allí escrito, vamos a limitarnos a mencionar los supuestos y sub-supuestos de hecho que son materia de su análisis, para lo cual nos valdremos del esquema que se presenta en dicha obra:

1. El caso en que el marido dona semen a su mujer.
 - 1.1. La cónyuge es madre biológica, esto es, se la insemina artificialmente con esperma del marido.
 - 1.2. La cónyuge es madre biológica, pero la fecundación ocurre luego de fallecido el marido.
 - 1.3. La donación de semen es hecha a la cónyuge, en el sentido que el hijo será de ella, pero se contrata a una madre biológica que hará la gestación y entregará al niño una vez nacido.

prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido».

13. RUBIO CORREA, Marcial. *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, Primera Edición.

La madre biológica decide no entregar al niño y queda como madre legal.

2. La mujer que concibe mediante reproducción asistida con sus propios gametos y con los de un donante que no es su marido.

2.1. El tema de la maternidad legal.

2.2. La mujer casada que cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero.

2.3. La mujer casada que no cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero.

2.4. La mujer soltera que hace inseminación artificial o que recibe embrión fecundado.

3. La implantación en una mujer que va a ser madre, de un óvulo fecundado de otra mujer.

3.1. La madre genética y la madre legal.

3.2. La mujer donante y su marido.

4. El varón que dona esperma para reproducción asistida, de manera que el hijo no se prevé que sea también del cónyuge.

4.1. Varón que dona esperma y el problema de la paternidad.

4.2. El varón casado que dona esperma y la fidelidad a su mujer.

4.3. Fecundación *post mortem*.

5. La madre subrogada o el acuerdo por el que una mujer gesta un niño para que sea hijo legal de otra.

5.1. La maternidad legal.

5.2. ¿Madre subrogada o venta de hijos?

5.3. Los maridos de las partes femeninas involucradas en este acuerdo.

5.4. La madre subrogada y la fidelidad con su marido.

6. Los derechos sucesorios y las relaciones de parentesco emergentes de estas relaciones.

La lista que acabamos de transcribir, no es sino una parte del universo de casos que podrían configurarse. Cada uno de los sub-supuestos señalados puede ramificar, a su vez, en una serie de situaciones que podrían dar lugar a una respuesta diferente, según se tome atención a las circunstancias.

Con esto en mente, centrémonos ahora en la problemática de la subrogación materna que es, al fin y al cabo, la única que ha considerado *urgente* regular la Comisión.

En su acepción común, subrogar es *sustituir* o poner una persona o cosa en lugar de otra. La ciencia médica define a la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre. A su vez, distingue como maternidad gestacional a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación¹⁴.

De ello podemos afirmar que maternidad subrogada es la sustitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a *madre* la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante. Asimismo, el informe Warnock¹⁵ la define como «la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca». Por lo tanto, de lo que se trata aquí es de llevar una mujer implantado un

14. «La maternidad subrogada o substituta» en: www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII-parte2.htm

15. Informe elaborado por un Comité investigador creado por el Gobierno Británico en 1982, para examinar los avances científicos sobre fertilización y embriología humana y sus implicancias.

embrión hasta el nacimiento para el beneficio de otra mujer o pareja¹⁶.

Al respecto, los autores citados señalan que «Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética, si pone el óvulo; pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente»¹⁷.

«La madre subrogada o portadora es una mujer fértil, que conviene, mediante contrato, que se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado o pareja de otra mujer, gestar y dar a luz dicha criatura. Una vez producido el alumbramiento, la madre suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico y concluye todos los derechos en orden a la filiación sobre el nacido para que la esposa del donante del semen utilizado en la fecundación, le adopte»¹⁸.

De acuerdo a lo mencionado, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado, tendremos la maternidad genética, a partir de la aportación de la mitad de la información cromosómica, y por el otro, la maternidad gestacional, de quien cede su vientre.

La *gestación de sustitución* podría solicitarse por parejas cuyas mujeres carecen de útero, pues si lo tuvieran, podrían recurrir a otras técnicas de reproducción asistida; en este sentido, es muy frecuente que las malformaciones o

16. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Editorial Dykinson, Madrid, 1994, p. 19.

17. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 20.

18. *Ibid.*

ausencias congénitas de útero también lo sean de ovarios y que la amputación quirúrgica de útero también se complete en ocasiones con la de los ovarios¹⁹.

Haciendo un intento por esquematizar los tipos de maternidad subrogada, y de acuerdo a lo señalado por Enrique Varsi Rospigliosi²⁰, tenemos que la misma puede realizarse de cuatro formas distintas; a saber:

- a. Maternidad portadora: La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un supuesto sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso en que el embrión se conforma por gametos de una pareja (padres genéticos) y la madre gestante es una tercera, la misma que posteriormente dará a luz; obligándose a entregar al niño a la pareja que contrató con ella.
- b. Maternidad sustituta: La mujer ni genera óvulos, ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, y para ello permita ser fecundada con semen de la pareja de la mujer que no puede concebir y termine el proceso de gestación. En este caso, madre portadora y genética coinciden; y es por ese motivo que se trata de un caso de maternidad integral.
- c. Ovodonación: La mujer contratante tiene una deficiencia ovárica; no genera óvulos, pero sí puede gestar, por lo que necesita una mujer que sólo le ceda el óvulo. Como la maternidad portadora, es un caso de maternidad parcial. En este caso el marido aporta los espermatozoides y una tercera el óvulo, gametos que formarán un embrión que será gestado por la mujer contratante.

19. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 96.

20. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Editorial Grijley, Lima, Cuarta Edición, 2001, p. 264.

- d. Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos, ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina; además el hombre es infértil, por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral.

La maternidad subrogada también se puede clasificar en onerosa y gratuita. Al respecto, podemos afirmar que este tipo de contratos se pueden hacer por fines de lucro (comercio), a cambio de una contraprestación en dinero o por altruismo, cuando no se espera compensación alguna.

Se señala que dicha distinción no es tan clara como parece. «¿Hasta qué punto puede estimarse retribuido un pacto porque existan complementos retributivos, de cuidados, de gestación, etc.? Los gastos médicos, de asistencia, alimentarios a la gestante durante el embarazo no deben teñir de retribuididad y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado. Estimamos, por ello, que sólo debe reputarse oneroso un pacto de esta clase cuando enriquezca a la portadora, o –lo que es lo mismo– cuando reciba una retribución-contraprestación a sus servicios de gestante, no cuando estos gastos sean la propia consecuencia de su situación»²¹.

En los Estados Unidos de América uno de los casos más resonantes fue el denominado *Baby M*, ocurrido en 1985, cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé y la obliga-

ción de abortar si de los exámenes de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías.

El 27 de marzo se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Withead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse de la bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, aunque mantuvo la tenencia a favor de los Stern, alegando razones en virtud de las cuales éstos podrían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para la Baby M. Luego de diez años, la corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita²².

Como consecuencia de este caso, la década de los ochenta se caracterizó en Estados Unidos de América por regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad subrogada.

21. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 66.

22. CANO, María. «Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada». En: www.revistapersona.com.ar/cano.htm

Es así como en este país existen estados que encuadran los contratos de maternidad subrogada dentro del marco de libertad de contratación, plasmándose en contratos onerosos de locación de servicios con fuertes inversiones publicitarias de las empresas que se dedican al rubro. Mientras que otros estados prohíben la onerosidad en este tipo de contratos, aceptándolos únicamente cuando son de carácter altruista²³. En estos casos se sanciona como delito la entrega de una contraprestación por el servicio.

Algunos estados plantean la libre revocabilidad del consentimiento por la gestadora, es decir, la madre dispone de un determinado período de tiempo durante el cual puede cambiar de intención después del nacimiento de la criatura. En esos casos los requirentes no cuentan con acción para obtener la ejecución forzada del acuerdo, pero sí el derecho del padre biológico de exigir el reconocimiento de su estado²⁴.

Por su parte, en Brasil no existe una legislación específica al respecto. No obstante, la resolución CFM n° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)– que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana, podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Con-

23. SÁNCHEZ TORRES, Julio y Jorge Eduardo CÓRDOBA. «Maternidad o gestación subrogada y maternidad compartida». En: www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_010.html

24. SÁNCHEZ TORRES, Julio y Jorge Eduardo CÓRDOBA. «Maternidad o gestación subrogada y maternidad compartida». En:

sejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica²⁵.

El Derecho Argentino no regula los contratos de maternidad subrogada. De plantearse alguna situación de maternidad subrogada, la filiación del recién nacido se fijará por el parto (artículo 242 del Código Civil), aun cuando se pueda establecer científicamente con máxima precisión que el alumbramiento deviene de un embrión de terceros. El hijo tendrá respecto de su madre gestacional una filiación matrimonial o extramatrimonial, según nazca dentro del matrimonio o fuera de éste. Respecto del padre biológico, éste tiene acción a su reconocimiento como tal. En cuanto a los padres contratantes, siempre que la madre gestacional hubiese entregado al hijo sin reproches, el único camino para legitimar la relación paterno-filial es recurrir a la adopción²⁶.

De otro lado, diremos que la ley italiana prohíbe la maternidad subrogada y prevé penas de reclusión de hasta dos años y multas muy fuertes para los contraventores²⁷. A pesar de ello, los jueces vienen permitiendo y autorizando, previa evaluación, dichas técnicas de procreación.

La doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha lle-

www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_010.html

25. CANO, María. «Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada». En: www.revistapersona.com.ar/cano.htm

26. SÁNCHEZ TORRES, Julio y Jorge Eduardo CÓRDOBA. «Maternidad o gestación subrogada y maternidad compartida». En: www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_010.html

27. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 57.

vado a cabo la gestación. Ésta deberá proceder a no reconocerlo y así se abrirá el camino de la adopción por parte de los padres genéticos, quienes podrán solicitar el reconocimiento de su filiación a través del examen de ADN, pero sólo podrán obtener la paternidad integral a través de la adopción²⁸.

En el Reino Unido de Gran Bretaña, el informe Warnock recomendó sobre el tema de la maternidad por subrogación el aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, como consecuencia, la inexigibilidad de tales pretensiones ante los Tribunales. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para officiar como madres suplentes o que realicen este tipo de contratos²⁹.

Según la Surrogacy Arrangements Act de 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la cual adquirió fuerza de ley el 16 de julio de 1985, se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada³⁰. Es decir, lo que sancionaba la ley era la obtención de beneficios económicos, ya sea para alguna de las partes o para terceros, derivados de la maternidad subrogada.

De ello podemos inferir que la subrogación materna no onerosa, no puede reputarse ilegal en Gran Bretaña, y que ni el pago o el cobro entre la sustituta y los futuros padres puede reputarse ilegal, pero una vez efectuado dicho pago,

28. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 264.

29. CANO, María. «Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada». En: www.revistapersona.com.ar/cano.htm

30. SILVA RUIZ, citado por: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 52.

las partes pueden parecer incursas en infracción de la Adoption Act de 1985³¹.

En Francia, el «Comité National d'Ethique» ha rechazado la maternidad subrogada, recomendando que en la legislación no se dé cabida a tal práctica³².

A pesar de la creación, en 1983, de la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución (ANIAS), esta práctica se encuentra prohibida por los artículos 345 y 353.1 del Código Penal. El contrato suscrito entre la pareja solicitante del niño y la madre portadora carece de validez jurídica. Como consecuencia de ello, la madre portadora puede reclamar la maternidad, si lo desea, y la pareja contratante no puede exigir legalmente al niño, ni tampoco reclamar indemnización por el incumplimiento en la entrega³³.

En Suecia, la Ley del 1 de marzo de 1985, prohíbe la actividad de maternidad subrogada cuando existe remuneración económica, e impide a la mujer estéril que participa y encarga la gestación de sustitución, poder adoptar al hijo encargado a la gestante, porque el Derecho Civil sueco no permite adopción cuando se produce retribución económica.

Y en España, el legislador español ha decretado la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, onerosa o gratuita, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (artículo 10.1 de la Ley 35/1988)³⁴.

31. DIANA BRAHAMS, citada por: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 53.

32. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 54.

33. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 55.

34. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 136.

La mujer gestante para otra no resultará obligada, ni a entregar al niño, ni a una indemnización por no hacerlo; y en caso de haber entregado al niño, puede reclamarlo, en orden a la filiación que el propio texto legal establece. Tal posición no deja de ser chocante, sobre todo si la mujer hubiese actuado como mera portadora, a todo lo cual podría añadirse incluso, un cierto deber de no reclamar una maternidad que no se proyectó respecto a ella³⁵.

Martínez-Pereda y Massigoge Benegiu, citando a Rosa María Rodríguez Navalón, señalan que hay que concluir en que no se debe admitir la adopción del niño por parte de la pareja que lo encargó, ya que de esta forma conseguiría el propósito, pese a la prohibición establecida³⁶.

En la ley peruana existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea con óvulo cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora), pues la Ley General de Salud (Ley n.º 26842), en su artículo 7³⁷, establece que *la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante*³⁸.

35. María Jesús Moro Almaraz, citada por: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGIU. *Op. cit.*, p. 142.

36. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGIU. *Op. cit.*, p. 144.

37. Ley General de Salud, artículo 7: «Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.— Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».

38. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Op. cit.*, p. 262.

Sin embargo, la Ley General de Salud no se ha pronunciado sobre la subrogación materna en caso la mujer acepte ser inseminada con material genético del cónyuge o pareja de otra mujer, con la finalidad de entregar la criatura, una vez nacida (maternidad sustituta). Aquí, como veremos, la maternidad genética coincide con la condición de madre gestante, pero es un acto no arreglado a Derecho, que al no estar tipificado en la ley no es ni ilícito, ni delito, ni falta, produciéndose un vacío normativo, pues la prohibición indicada en la ley resultaría inaplicable³⁹.

En todo caso, la doctrina nacional concuerda en afirmar que los contratos de subrogación materna son nulos, sea el óvulo aportado por una u otra contratante, por ser contrarios a la moral y las buenas costumbres, conforme al artículo V del Título Preliminar vigente.

Al respecto, Varsí Rospigliosi señala que la maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito y dicho carácter se da, entre otros motivos, por los siguientes: tiene un fin ilícito, un objeto jurídicamente imposible, es un pacto que atenta contra el orden público, pues comercializa con el cuerpo humano, constituye un fraude a la institución de la adopción y es contrario a la moral y a las buenas costumbres⁴⁰.

La Iglesia Católica señala que la maternidad sustitutiva es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. «Representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura,

39. *Ibid.*

40. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Op. cit.*, p. 263.

en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen»⁴¹.

Sin embargo, esta declaración de nulidad de nada sirve cuando se trata de solucionar los problemas en caso de que el acuerdo se cumpla y nazca un niño que debería ser entregado a la pareja contratante. Es así que surgen los problemas, ya que los conflictos de filiación no se solucionan con declarar la nulidad del acuerdo. Entonces habrá que solucionar el problema de quién es la madre y determinar, si es posible, la adopción del niño.

Sobre la determinación de la maternidad, ella está fuera de discusión cuando la madre portadora es la misma que aporta el óvulo para ser fecundado con el semen del cónyuge o pareja de la contratante. En estos casos no cabe duda de que la portadora es *doble madre* (donante del óvulo y gestante).

Por otro lado, cuando existe contradicción y contraposición de intereses entre la pareja comitente que aportó el huevo fecundado y la portadora, que es la madre que gestó y alumbro al niño, deberá esclarecerse cuál de las dos mujeres es la madre.

Entonces, tenemos que el fenómeno genuino se presenta cuando hay contraste entre lo genético y lo biológico, entre la fecundación y la gestación y el parto.

Ante esta disyuntiva, y ante cualquier disyuntiva para ser más exactos, lo que ha propuesto la Comisión Reformadora del Código Civil es atribuirle la maternidad a la madre gestante.

Como indica María Cano, «Para Vidal Martínez, si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también será factible prever que la *maternidad de deseo*

41. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 159.

pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño. Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que 'el mejor interés del niño habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud»⁴².

Cuando hablamos de maternidad subrogada, debemos tener en cuenta que, a pesar de que la nulidad determine que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes en su acuerdo, el niño que nace a través de esta técnica no será nulo. En palabras de Montes Penades, «el contrato de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de esta técnica. Los juristas hemos sido siempre un tanto escépticos, porque lo que es el Código Civil y los contratos nulos producen también efectos»⁴³.

Ante ello, tenemos que seguir preguntándonos por la calidad jurídica del niño que nace producto de esta técnica. Y dentro de las interrogantes, la principal está referida a la filiación materna del niño.

Como sabemos, en todos los casos de subrogación encontramos graves problemas de filiación materna. Ante dicha situación, no podemos negar que es indiscutible que los acuerdos de maternidad subrogada pueden hacer quebrar el tradicional principio *partus sequitur ventre*, que ha permitido atribuir el hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que lo ha dado a luz⁴⁴.

42. CANO, María. «Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada». En: www.revistapersona.com.ar/cano.htm

43. MONTES PENADES, citado por: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 131.

44. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, pp. 148-149.

En caso de tener que determinar quién es la madre de la criatura, entramos a una discusión extensa y complicada. Los juristas tienen diversas posiciones al respecto. La mayoría de los autores entienden que la maternidad debe resolverse por la gestación y el parto, aunque existiera un contrato por el cual la portadora renunciase a todos los derechos sobre ese niño⁴⁵. Las legislaciones que adoptan esta postura señalan que si la madre no está casada, se inscribirá la filiación materna no matrimonial, aunque el gameto femenino perteneciera a la mujer de la pareja comitente⁴⁶.

En estos casos la portadora no puede impugnar su maternidad, ni por vicios de consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otro. Tampoco el hijo puede reclamar una filiación materna⁴⁷.

Pero otros autores ponen el acento en el elemento genético. A juicio de F. Pantaleón⁴⁸, es sin duda el que define la identidad de la persona, aunque no deja de reconocer la relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo.

En nuestro sistema de filiación vigente, la paternidad natural, como forma de vincular a las personas dentro de una familia y tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, hacen que el parentesco esté variando su composición originaria (que se sustenta

45. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 146.

46. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 149.

47. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 150.

48. Citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 147.

en el método romano basado en la teoría pangenética de la herencia) y se esté orientando hacia su verdadero objetivo: encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas (teoría genética de la herencia). Esto nos lleva a reflexionar en el sentido de que el origen del parentesco ha encontrado su verdadera fuente en la teoría genética, mientras que la filiación se encuentra ahora respaldada por la esencia genésica, siendo su comprobación mucho más eficaz⁴⁹.

La tendencia es que la paternidad se base en la verdad genética, pero no se ha seguido la misma línea en caso de determinar la maternidad, ya que generalmente se asume que *madre* es quien da a luz. Y ahora con la reforma que se plantea realizar en el artículo 4 del Código Civil, se estaría consagrando esta postura en el Perú, dejando de lado todos los avances en genética de los últimos años.

Es notorio el hecho de que no se quiere discutir al respecto; es más, resulta conveniente señalar que las diversas propuestas encaminadas a diferenciar entre *madre gestante*, *madre fisiológica* y *madre legal*, no han sido bien recibidas.

Para finalizar, es conveniente recordar que hay quienes estiman que debe ser considerada *madre*, quien ha deseado tener el hijo (*maternidad de deseo*). Al respecto, Hernández Ibáñez⁵⁰ señala que debe ser considerada madre la comitente, porque es la que ha deseado tener un hijo, y la gestante ha renunciado a cualquier derecho sobre la criatura. Añade que aun en el caso en que la maternidad se atribuyera a la gestante, ello ocasionaría problemas, pues esta última podría no desear al niño.

49. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, pp. 94-95.

50. Citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 147.

La Comisión, en cambio, se ha pronunciado en favor de la mujer que prestaba el servicio, y que recibió una contraprestación por tener en su vientre un feto que en realidad pertenece a otra pareja. La Comisión, en otras palabras, ha optado por establecer que el niño es de quien lo parió.

No podemos dejar de cuestionar esa decisión. No podemos entender cómo es posible que sea considerada como madre quien se comprometió, por dinero, a gestar un feto que no es suyo sino de una pareja de personas que se morían de ganas por ser padres, que son los titulares del óvulo y del espermatozoide y que –de seguro– han estado pendientes de su cuidado durante todo el embarazo.

La Comisión parece restarle importancia al hecho de que la mujer que dio a luz no llevó al niño nueve meses en su vientre guiada por el deseo de ser madre, sino cumpliendo con la prestación de un servicio. En cambio, los padres biológicos, que contrataron el servicio, sí lo hicieron por su deseo de ser padres.

Nos parece en extremo lamentable que la Comisión haya optado por consagrar la ficción sobre la realidad, lo que resulta contrario al Derecho de Familia en el cual la realidad es la que debe primar.

Debería analizarse con mayor detenimiento la situación, ver qué es lo mejor para la criatura. Estamos convencidos de que, en principio, lo mejor no es que sea considerada como su madre una mujer con la que el niño no comparte vínculos genéticos, que utilizó su cuerpo como un objeto, que lucró con él, y, por si fuera poco, estafó a sus cocontratantes, es decir, a los padres biológicos del niño, incumpliendo con su parte del acuerdo. Además, lo más seguro es que esa mujer no tenga pareja estable.

¡Y esa mujer es la que la Comisión considera debe ser la madre!

En definitiva, estamos convencidos de que esta norma no soluciona nada, pues, aunque en ella se establezca que la madre es quien dio a luz, un dispositivo como éste no conllevará mágicamente a que los padres biológicos renuncien al niño, por la sencilla razón de que ese niño es suyo. El problema estaría presente durante toda la vida del recién nacido.

Lo antes expuesto nos lleva a afirmar categóricamente que el inciso 3 del artículo 4 proyectado, consagra la injusticia privilegiando la forma y la ficción.

Por cierto, la norma sólo se refiere a la madre; pero, ¿qué hay del padre? Ante la omisión se entiende que el padre es el titular del esperma, el cual, probablemente sea el esposo de la mujer que como no parió a la criatura no es considerada madre por la Comisión.

El tema de la subrogación materna es pues, muy delicado. Frente a él surgen infinidad de problemas relacionados con la ciencia, éticos, morales y legales. El tratado a grandes rasgos en el presente artículo es el dilema de la filiación materna. Somos conscientes de que, por ser un problema tan complejo, no puede ser abordado superficialmente, a la ligera, y merece mucho mayor debate y profundidad.

La Comisión, en la exposición de motivos del artículo que propone, argumenta que en España se ha seguido el mismo criterio.

Si bien es cierto que la mayoría de legislaciones que regulan el tema de la subrogación materna –que, por cierto, son muy pocas– optan por la misma respuesta que formula la Comisión, ello no quiere decir que sea conveniente que la misma sea adoptada por nuestro ordenamiento legal.

¿Por qué puede ser conveniente en esos otros países y no en el nuestro?

Muy simple. Más allá de las enormes diferencias que existen entre el desarrollo que ha alcanzado la ciencia en

dichos países respecto del nuestro, existe un factor determinante que hace posible que en esos países la misma solución legislativa sí sea adecuada, esto es, el desarrollo jurisprudencial.

En esos países –que, reiteramos, son los menos– la jurisprudencia ha ido enriqueciendo y depurando el contenido y el alcance de la norma, la ha complementado, de modo que la misma no se restringe a su texto.

Así, los ordenamientos jurídicos que han adoptado como norma el criterio de que en los casos de subrogación materna, la madre es quien dio a luz al niño, han desarrollado una interpretación jurisprudencial que trasciende ese único supuesto y sí toma en cuenta que la realidad puede presentar matices que no pueden ser ignorados.

Pese a que admitimos que, en el plano puramente teórico, la norma propuesta por la Comisión podría calificarse como aceptable, no es una solución que pueda calificarse como satisfactoria, en la medida de que no ofrece respuestas a la infinidad de problemas que pueden configurarse en materia de reproducción asistida o, para ser más específicos, en materia de subrogación materna. De esto se sigue que el artículo planteado por la Comisión como *urgente* peca por defecto.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir que, en estricto, los casos de subrogación materna son aún exóticos en nuestro medio. Si hiciéramos una encuesta a todos los jueces de familia y les preguntáramos si han tenido que resolver uno de estos casos, muy pocos contestarían afirmativamente.

La decisión tomada por la Comisión Reformadora del Código Civil carece de discusión, análisis y crítica. Se limita a zanjar el tema con un precepto simplista que consagra una gran injusticia.

Debido a que es un tema muy debatible, el cual no ha encontrado una solución unánime, consideramos que debe haber una mayor discusión y análisis para poder arribar a una solución más justa, que contemple los derechos de los padres genéticos, pero por sobre todo el *interés superior del niño*, quien tiene derecho a su identidad, integridad física, salud y educación, por sobre cualquier derecho encontrado entre las partes.

Dicho principio ha sido consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo tercero, el mismo que señala que «el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas relativas a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. En todas las circunstancias, en todas y cada una de las decisiones que conciernen a los niños, deben examinarse todas las soluciones posibles y es necesario sopesar el interés superior del niño. Este enfoque debe prevalecer en todos los casos –desde las intervenciones directas de los Estados en sus jurisdicciones y en el contexto privado de la vida familiar, donde los Estados podrían intervenir indirectamente, hasta las actividades de autoridades locales, por ejemplo– para asegurar y proteger los derechos de la infancia»⁵¹.

Para Miguel Cillero⁵², el concepto del *interés superior del niño* tendría por lo menos algunas funciones, las mismas que a nuestro parecer, se refieren a:

a) Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.

51. Página Web de la UNICEF, <http://www.unicef.org/spanish/crc/bg005.htm>

52. Citado en: http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

b) Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

c) Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquéllos.

d) Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto «la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos» y que sus facultades se encuentren limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Somos de la idea, de que basándonos en *el interés superior del niño*, se puede obtener una solución legislativa más acorde con las necesidades del niño y su óptimo desarrollo. Lo mejor para él, entonces, es ser insertado en el ambiente familiar más favorable, que logre dichos objetivos. Por ejemplo, en el Estado de Arkansas, Estados Unidos de América, su específica normativa prevé que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquéllos son los padres legales del niño y no la madre portadora⁵³.

Al respecto, se señala que «*El interés superior del niño* significa que los organismos legislativos deben considerar si las leyes que se adoptan o se enmiendan beneficiarán a los niños de la mejor manera posible. Los tribunales y otras entidades encargadas de resolver conflictos de intereses deben basar sus decisiones en la solución que sea mejor para los niños»⁵⁴.

53. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGUI. *Op. cit.*, p. 43.

54. Página Web de la UNICEF, <http://www.unicef.org/spanish/crc/bg005.htm>

Lo antes expuesto, nos lleva a afirmar que la norma propuesta por la Comisión no solucionaría el verdadero problema, ya que un dispositivo como ese no está considerando realmente al niño como un sujeto de derecho, aunque esa sea su intención, sino que hace prevalecer las formas y las ficciones por sobre la verdad y la vida.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 4-A.- Manipulación genética 1. El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o erradicar enfermedades graves. 2. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos. 3. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

Lo único que distingue a este precepto del artículo 4-A del Anteproyecto es que en el inciso 1 se utiliza la expresión *erradicar* y no la de *eliminar*. Más allá de ello, el texto es el mismo.

Esa modificación –en extremo nimia– no ha cambiado nuestra posición sobre la norma propuesta, la que con argumentos que nos apoyan, nos atrevemos a calificar como defectuosa y peligrosa.

En tal sentido, en nuestra opinión y como advirtiéramos en *Ni urgente, ni necesario*, el artículo 4-A constituye una prueba irrefutable de esa vocación de regularlo todo, que se ha encontrado presente en cada propuesta de enmienda que se ha visto a lo largo de los años.

Este artículo nos introduce en un tema relativamente novedoso, el del genoma o mapa genético.

En el inciso 1 del artículo proyectado se observa ya un pronunciamiento de la Comisión a favor de la manipulación genética, aceptando la misma *sólo* para prevenir, disminuir o erradicar enfermedades *graves*.

Admitimos que no podemos dejar de preguntarnos por qué ese énfasis restrictivo; por qué sólo permitir la manipulación genética para enfermedades graves y no para todas las enfermedades, incluso para aquéllas que sin ser mortales representan —como toda enfermedad— una disminución de la calidad de vida de las personas, fastidios, molestias y que podrían ser resueltas a través de la manipulación genética.

Tras reflexionar sobre esa razón, no explicada por la Comisión, nos queda claro que la misma se debe a ese *cargo de conciencia* que se suele observar en todos los casos en los cuales el Derecho toma partido por un tema científico relativo al cuerpo humano. La Comisión acepta la manipulación genética pero, autolimitándose, autocensurándose, a fin de no ser censurada por la opinión pública.

Si de por sí esa autocensura, puesta de manifiesto en el proyectado inciso 1 puede, de alguna manera, ser criticada, la falta de coherencia del citado inciso y del que le sigue, esto es, del inciso 2, resulta aún más llamativa.

En el inciso 2 se establece que la manipulación genética está permitida *exclusivamente* para *finés terapéuticos*.

En primer lugar creemos necesario destacar que la regulación actual del Código prohíbe la manipulación genética con fines distintos al terapéutico. Basta recordar que en el artículo V del Título Preliminar se limita la validez de los actos, prohibiendo aquéllos contrarios al orden público o a las buenas costumbres. De allí que, aun sin el artículo 4-A del Anteproyecto, no está permitido —por citar un temor

recurrente— el perfeccionar o eliminar razas, pues ello atentaría contra la igualdad y, por lo mismo, contra el orden público.

En definitiva, el ordenamiento jurídico, sin necesidad de *enmiendas* como las propuestas en el artículo 4-A, ya tiene prohibiciones y sanciones vinculadas a la manipulación genética que no sea realizada con fines terapéuticos. El inciso 2 no introduce nada nuevo al ordenamiento legal, salvo una nueva contradicción.

Y es que, como se aprecia al contrastar el inciso 1 con el inciso 2, resulta complicado interpretarlos en conjunto, habida cuenta de que la manipulación incluye en su definición a la modificación. Ambos incisos transitan por caminos que no convergen, limitándose el uno al otro con el uso de los términos *sólo* y *exclusivamente*.

El inciso 3 constituye una repetición del error de criterio demostrado ya en el proyectado inciso 4 del artículo 4, por lo que nos remitimos a lo expresado respecto del mismo.

Para finalizar esta parte de nuestros comentarios, nos queda por afirmar que el proyectado artículo 4, incluyendo al artículo 4-A, no es sino otra tentación académica en la que ha caído la Comisión. Esta vez, la tentación de convertir al Código Civil en un precario manual científico. La Comisión ha olvidado que el Código, como cuerpo legal, debe contener normas lo suficientemente elásticas como para dar solución a los problemas que se configuren sin que sea necesaria su modificación constante.

No hay justificación que avale la supuesta *urgencia* y *necesidad* de introducir estas normas; los temas que en ellas se pretende regular, recurrentes en realidades foráneas, ya cuentan con regulación en el Código Civil de 1984, la cual —estoy convencido— es superior a la del Anteproyecto.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 16-A.- Tutela de datos personales Toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información y los de rectificación o cancelación de datos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron obtenidos.

La Comisión ha considerado, como lo hiciera en el Anteproyecto, *urgente y necesario* crear el artículo 16-A, el cual, en esencia, no es sino un resumen de lo ya establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993⁵⁵.

55. Artículo 2.- «Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

La Constitución establece ciertas excepciones que el proyectado artículo 16-A no prevé. Al ser ésta una norma sin excepciones, su aplicación práctica se tornaría en extremo complicada.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial».

En todo caso, no hay nada de *urgente y necesario* en su introducción, pues nada nuevo introduciría en el ordenamiento jurídico.

Como está redactada la propuesta –cuya única diferencia con el artículo 16-A del Anteproyecto es el cambio del término *recogidos* por el de *obtenidos*–, la misma no plantea, en estricto, un contenido mínimo distinto al que, lo reiteramos, ya ha sido establecido en la Constitución y reconocido, como la Comisión misma resalta, en sentencias del Tribunal Constitucional y en el Código Procesal Constitucional.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
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. La responsabilidad es solidaria.	Artículo 17.- Tutela inhibitoria. 1. La amenaza o vulneración de derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado. 2. Cuando el daño es producido por dos o más personas la responsabilidad es solidaria. 3. Lo establecido en este artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho.

Lo primero de lo que podemos percatarnos al comparar esta propuesta con el artículo 17 del Anteproyecto, es que la Comisión decidió recortar su sumilla, quitando de aquélla la parte en la que se señalaba lo referido a la tutela cesatoria que, junto con la tutela inhibitoria, se encontraba regulada en la proyectada norma.

Este cambio, sin embargo, no tiene mayores consecuencias en tanto, como veremos en unos momentos, la propuesta sigue regulando el tema de la tutela cesatoria.

Como señaláramos al analizar el Anteproyecto en *Ni urgente, ni necesario*, el artículo propuesto presenta ciertas bondades si lo contrastamos con el precepto vigente. Así, amplía la protección dada por la norma, la misma que ya no se circunscribiría a la violación de los derechos, sino que abarcaría incluso la amenaza; y cambia a los herederos por todo aquél con legítimo interés.

Estas bondades, empero, no se encuentran exentas de crítica. En primer lugar, debemos advertir que la amenaza y la vulneración de los derechos se encuentran protegidas, de acuerdo a la Constitución y al Código Procesal Constitucional, por la vía de la acción de amparo o del *habeas corpus*, de donde se sigue que la norma no introduce un tema nuevo, sólo facilita una vía alternativa para tutelar los derechos en peligro de amenaza o vulneración.

Así, en la práctica, actualmente la vía natural para resolver la problemática descrita en el artículo 17 es la acción de amparo o el *habeas corpus*, según el caso.

El Código Civil no recoge –como tampoco lo hace la propuesta y sí lo hacía el Anteproyecto– la vía procesal, por lo que el artículo 17 debe aplicarse por medio del proceso de conocimiento. Ello ha hecho que nadie recurra a tal norma, como tampoco recurrirán a la propuesta, en vista de que la acción de amparo constituye un mecanismo más veloz.

Como última anotación respecto de este artículo, no podemos dejar de subrayar la defectuosa redacción de su inciso 2. La Comisión nuevamente se ha valido de una verdad de Perogrullo; nuevamente se ha valido de la redundancia. En el inciso 2 se establece que cuando el daño es producido por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. Qué, ¿acaso no bastaba con decir que la responsabilidad es solidaria y dejar al lector la difícil tarea de deducir que se refería a dos o más sujetos, simplemente porque la solidaridad sólo puede presentarse ante pluralidad de sujetos?

Además, no podemos dejar de mencionar que la Comisión ha optado por señalar en el inciso 3 que lo establecido en el artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho.

¿El motivo de la aclaración? Un tecnicismo, por supuesto.

Así, la Comisión señala en su exposición de motivos que en el artículo «se extiende el ámbito de protección a otros sujetos de derecho que, técnicamente, no son personas, como el caso del concebido o de las organizaciones de personas no inscritas, con lo cual se solucionan problemas en la interpretación de este numeral».

Título IV

CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO

En esta parte no podemos dejar de reconocer que la Comisión ha admitido lo inconveniente de su propuesta original, así como lo perjudicial de la misma, optando por abandonar su idea de cambiar el sistema de capacidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien no estamos seguros de que haya optado por desistir de esa costumbre de centrar cambios significativos en simples sutilezas de escuela, nos conformamos con darnos cuenta de que, ésta vez, los tecnicismos sin sentido no se impusieron.

De esta forma, se mantiene el uso de las expresiones *incapacidad absoluta* e *incapacidad relativa*, y ya no se plantean sutilezas de escuela, como la expresión *sujetos con capacidad de ejercicio restringida*.

Al abandonar la idea de convertir en sistema lo que, no nos cansaremos de insistir, constituye una sutileza de escuela inútil y perjudicial, se evitan también otras modificaciones sin sentido que en el Anteproyecto original sí se formularon para adaptar al Código a la que se pretendía fuera la nueva terminología.

A pesar de ello, la Comisión propone ciertos cambios en el Título IV del Código Civil de 1984.

Es el caso del artículo 43, relativo a la incapacidad absoluta.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.	Artículo 43.- Incapacidad absoluta Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Quienes hayan sido declarados judicialmente como tales por carecer habitualmente de discernimiento o no poder expresar su voluntad de manera indubitable

Y el del artículo 44, referido a la incapacidad relativa.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los retardados mentales. 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4. Los pródigos. 5. Los que incurren en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	Artículo 44.- Incapacidad relativa. Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación. 3. Quienes hayan sido declarados judicialmente como tales por una discapacidad física, mental, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, les impida atender apropiadamente el cuidado de sí mismos o de su patrimonio.

Lo primero que nos llama la atención es que, pese a que, reiteramos, la Comisión ha abandonado su idea de modificar la terminología actual del Código Civil de 1984 en materia de capacidad, ha tenido el descuido de sostener tal idea en la primera parte de su exposición de motivos.

La Comisión señala que en la Sección dedicada a las Personas Naturales se ha puesto particular atención al actuar jurídicamente relevante de los sujetos de derechos individuales, es decir, a la institución de la capacidad. Asimismo enfatiza que la modificación que plantea parte de la identidad conceptual de la subjetividad jurídica y de la capacidad jurídica o de goce y, por lo tanto, de que no habría restricciones a esta última. Admitirlo —indica— equivaldría a sostener que pueden existir sujetos con más derechos que otros, lo cual es inaceptable a la luz del principio constitucional de la igualdad, que establece claramente que sólo podrán ser considerados como absolutamente incapaces, los menores de dieciséis años.

Como puede apreciarse, los comentarios que la Comisión efectúa en el primer párrafo de su exposición de motivos al artículo 43, contravienen su propia modificación, en la medida de que su propuesta, a diferencia de lo que ocurría en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas, sí asume el uso del término *incapacidad*.

En el segundo párrafo de la exposición de motivos, la Comisión, esta vez, sí se refiere al texto del artículo 43 del Proyecto de Reformas Urgentes. Allí señala que lo que se pretende con el cambio propuesto es establecer claramente que sólo podrán ser considerados como absolutamente incapaces los menores de dieciséis años y aquéllos declarados judicialmente como tales. Asimismo, incorpora el requisito de la habitualidad en materia de privación de discernimiento.

Uno de los cambios más importantes es la eliminación de lo que el Proyecto califica como «la injustificada disparidad de tratamiento» entre los supuestos regulados en el artículo 43.3 y 44.3 del Código.

De acuerdo al Proyecto, independientemente de la causa, la situación de no poder expresar la voluntad de manera indubitable es idéntica que la de no poder expresar la libre voluntad, ya que es imposible entender al agente emisor y no se entiende por qué en un caso adolece de nulidad y en otro de anulabilidad.

Así, tal cambio lo que hace es englobar todos los supuestos en uno solo, el más general, y considerar como incapaces absolutos a todos aquellos que no puedan expresar su libre voluntad. La Comisión ha preferido sintetizar y, en consecuencia, ha optado por modificar los artículos 43 y 44, de modo tal que éstos ya no sean tan específicos, tan casuísticos como sí lo son los artículos actuales.

Ahora bien, esta modificación es aún más relevante si consideramos que en el Proyecto se establece que la incapacidad, sea absoluta o relativa, debe haber sido declarada judicialmente.

Al establecer la declaración judicial como un requisito se llega a la conclusión de que aquel que, aún sin poder expresar su voluntad de manera indubitable o carecer de discernimiento, no ha sido declarado judicialmente como incapaz, es considerado como capaz y los actos jurídicos en los que intervenga serán válidos.

La Comisión ha preterido la noción de incapacidad como un hecho natural y objetivo, adoptando en su lugar la noción de incapacidad como fruto de una declaración judicial lo que, en los hechos, podría generar más de un inconveniente.

Nos explicamos.

En buena cuenta, la incapacidad o la invocación de una causal de incapacidad sirve o para pedir la anulación, si es incapacidad relativa, o para pedir la nulidad, si es incapacidad absoluta.

Dentro de lógica del Proyecto, si una persona es, en los hechos, incapaz por encontrarse dentro de alguno de los supuestos de los artículos 43 ó 44, pero no ha sido de-

clarada como tal, no podría luego plantear la nulidad o anulación del acto una vez pasada la incapacidad transitoria o a través de su representante, una vez que sea declarado incapaz, a pesar de que pueda acreditar en los tribunales que era incapaz al momento en que celebró el acto.

Entendemos que con la exigencia de declaración judicial de incapacidad, que constituye un hecho objetivo, lo que se desea es otorgar mayor seguridad jurídica en las transacciones; sin embargo, lo real es que ello no se logra.

La planteada por la Comisión representa una solución intermedia, en la medida de que no establece que la resolución en la que se declara la incapacidad debe ser siempre inscrita en el Registro Personal. Para que la resolución por la cual se declara incapaz sea oponible a terceros, ésta debería inscribirse en el Registro, que crea una presunción de cognoscibilidad que no tiene la resolución por sí misma⁵⁶.

En las normas actuales sobre *incapacidad* no se exige la declaración judicial, con lo cual se otorga una mayor protección al *incapaz*; La Comisión ha optado por adoptar una postura diferente, esto es, darle prioridad a la seguridad jurídica sobre el interés del incapaz; no obstante, en vez de asumir un modelo de inscripción en el Registro Personal, ha adoptado uno en el que se exige la declaración judicial, con lo cual, en definitiva, no se soluciona el problema.

El modelo intermedio asumido en el Proyecto de Reformas no fomenta la seguridad, en la medida de que la norma no supone que quien contrata con el incapaz decla-

56. El mismo tema de la declaración por medio de la inscripción en el Registro Personal provoca ciertos cuestionamientos en determinados supuestos: ¿Para celebrar un contrato común y corriente se tendría que consultar siempre el Registro Personal?. ¿Para vender un televisor en una tienda necesito consultar el Registro Personal para ver si el comprador es incapaz y el acto que vamos a celebrar es nulo o anulable?

rado judicialmente tenga —en los hechos— conocimientos de la existencia de dicha declaración.

Así, aunque la Comisión lo que intenta al elevar la declaración judicial de incapacidad a la categoría de requisito indispensable, es otorgar mayor seguridad jurídica, lo que lograría es permitir que se conviertan en válidas situaciones injustas.

De esta manera, y aunque a simple vista pueda parecer diferente, al final nos encontraríamos en la misma posición en la que nos ubica el Código Civil vigente, lo que, en pocas palabras, implica que estas modificaciones nada enmiendan.

Resulta claro, entonces, que las modificaciones propuestas respecto de los artículos 43 y 44 del Código Civil, en realidad no significarían un paso hacia delante. Esta constatación nos permite afirmar que tales propuestas, además de no ser ni *urgentes* ni *necesarias*, tampoco son justificadas.

Sección Segunda PERSONAS JURÍDICAS

Título I DISPOSICIONES GENERALES

Al examinar el Anteproyecto en la Sección dedicada a las Personas Jurídicas destacamos y criticamos dura, aunque justificadamente, entre otras cosas, su excesivo reglamentarismo. Y cómo no hacerlo si se proponían treinta y dos modificaciones, muchas de las cuales consistían, más bien, en la introducción de nuevos preceptos.

Así, por ejemplo, no sólo se proponía la modificación del artículo 78, sino que se propuso la creación de los artículos 78-A, 78-B, 78-C, 78-D, 78-E, 78-F y 78-G.

Las propuestas que ahora se presentan en materia de Personas Jurídicas sólo pretenden realizar 6 enmiendas.

Queda por ver, sin embargo, si la Comisión, además de reducir el número y con ello disminuir su consecuente reglamentarismo, nos ofrece enmiendas *urgentes y necesarias*.

En tal sentido juzgamos apropiado, antes de realizar cualquier examen, señalar que, en términos generales, la persona jurídica constituye una creación del Derecho como respuesta a los nuevos retos de organización que trae consigo el desarrollo de la vida social y económica moderna. Al igual que las personas naturales, la persona jurídica es sujeto de derechos y obligaciones, y al actuar para la consecución de sus fines puede chocar con intereses distintos al propio, dando lugar a algún tipo de conflicto.

Todos concuerdan en que un rasgo esencial del sujeto corporativo es que su esfera jurídica es autónoma e independiente de la esfera jurídica de los individuos que la conforman. Nadie duda de que desde el momento en que nace la persona jurídica surgen dos centros de imputaciones: el del ente moral y el de las personas naturales que la integran, vistas de manera individual.

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico ampara este criterio en el artículo 78 del Código Civil, en el cual se señala que «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas».

Asimismo, cabe destacar que este principio también se encuentra consagrado en la Ley General de Sociedades.

Hace unos cuantos meses, sin embargo, dicho principio ha empezado a ser cuestionado por la Comisión, primero a través de su Anteproyecto de Ley de Enmiendas y ahora mediante sus propuestas de modificación. La Comisión no ha tenido reparo alguno en plantear, entre los múl-

tiples cambios que ella misma cataloga como *urgentes y necesarios*, la modificación del citado artículo 78.

De esta manera, propone el siguiente texto:

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad 1. La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros. 2. Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta. 3. Si se realizara actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada, desestimar excepcionalmente su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente. 4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto.

Como puede apreciarse, en realidad, los incisos 1 y 2 se limitan a recoger lo dispuesto en la norma vigente. Mientras el inciso 1 dice exactamente lo mismo que la primera parte del precepto actual, aunque con otras palabras, el inciso 2 recoge el texto restante, pero curiosamente sin cambiar la frase *ninguno de ellos ni todos ellos*, modificación

que resultaba más pertinente que la realizada en el inciso 1, para despojar a la norma de ese aire novelesco que la impregna.

Resulta conveniente destacar que el proyectado inciso 2 no se limita a repetir lo dispuesto en el precepto actual, sino que establece una salvedad. Dicha salvedad nuevamente resulta innecesaria, pues norma especial prima sobre norma general. Hoy, sin necesidad de que ello se señale expresamente, esto es así, como se observa, por ejemplo, en la Ley General de Sociedades que regula supuestos de personas jurídicas en los que la responsabilidad de sus miembros no es limitada, como lo son la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad civil ordinaria. Si se dieran leyes específicas respecto a las personas jurídicas sin fines de lucro reguladas en el Código, estas normas primarían por aplicación del mismo principio.

Ahora bien, en el proyectado inciso 3 es donde se consagra la controvertida doctrina conocida en Derecho Comercial y Derecho Penal como *levantamiento del velo societario*, consagración que, definitivamente, es muy peligrosa por desestimar el principio de autonomía de la persona jurídica como sujeto de derecho distinto a sus miembros.

Son varios los temas que deben analizarse al ponderar la conveniencia o inconveniencia de importar a nuestro Código Civil una teoría doctrinal como aquélla, en especial si consideramos que la misma se caracteriza por la polarización que genera entre juristas y abogados. Mientras algunos alientan su positivización, otros se muestran cautos o justificablemente alarmados.

Nos confesamos miembros del segundo de los grupos, en tanto, como explicaremos, consideramos que la legalización de esta doctrina tiene menos pros que contras y, además, su convivencia con otros cambios que se plantean en las propuestas y que continúan en la misma línea del

Anteproyecto, únicamente lograría consagrar un serio atentado contra la seguridad jurídica.

El primer punto que debemos desarrollar y que nos ayudará a comprender los perjuicios que la consagración de la doctrina del levantamiento del velo acarrearía, es el de la razón por la cual se constituye una persona jurídica.

En tal sentido, consideramos imprescindible resaltar que evadir responsabilidades o cometer actos fraudulentos en perjuicio de terceros, no es la razón que, en la generalidad de casos, incentiva a los sujetos a constituir una persona jurídica. Si bien existen individuos que sí optan por esconder sus actos mediante la creación de este tipo de entes, no obstante, insistimos, ello representa la excepción y no la regla.

La regla o, en todo caso, lo habitual, es que la razón que oriente la constitución de una persona jurídica sea la de realizar actividad comercial de manera ordenada, facilitando, además, las relaciones, también ordenadas, con otras personas jurídicas y naturales.

Dentro de este esquema, sí es importante la cobertura del patrimonio de los socios o miembros de la persona jurídica. Así, partiendo de la constatación de que cualquier negocio implica la asunción de riesgos, es lógico que quienes deciden emprender algún negocio opten por proteger su patrimonio personal.

Allí cobra funcionalidad e importancia la separación de patrimonios que el Derecho acoge entre la persona jurídica y las personas naturales que forman parte de ésta.

Las deudas de la empresa las asume la empresa con su patrimonio y no sus accionistas a título personal. El titular de las ganancias y de las pérdidas de la empresa es, justamente, la empresa misma, de modo que si el negocio va mal, es la empresa la que quiebra.

Sin perjuicio de lo anterior y, aunque en términos económicos no es aconsejable, no son pocos los casos en los que los socios tratan de salvar el negocio sacrificando su patrimonio personal, ya sea asumiendo la responsabilidad solidaria de las deudas mediante fianzas o gravando sus bienes muebles o inmuebles o, incluso, haciendo aumentos de capital con recursos propios.

Tras llegar a la conclusión de que el ánimo de delinquir o perjudicar a terceros no es lo que incentiva la constitución de las personas jurídicas, resulta imprescindible dedicar algunas páginas al estudio de la doctrina del levantamiento del velo societario, a fin de poder determinar, en la medida de lo posible, sus alcances, así como sus pros y sus contras.

Para ser sinceros, esta revisión resulta esencial si tomamos en cuenta que, pese a que la Comisión considera *urgente* la consagración legislativa de la doctrina del levantamiento del velo societario y, por ende, su utilización, no limita la figura ni tiene el cuidado de esclarecer sus requisitos.

A decir verdad, el único límite que impone y que representa un paso hacia adelante respecto del texto original del Anteproyecto, es que ahora sí se utiliza la palabra *excepcionalmente* al referirse a la aplicación de esta doctrina. No obstante, insistimos, no se aclaran los requisitos de esa excepcionalidad.

Nuestro ordenamiento jurídico no recoge esta doctrina en ninguna norma; sin embargo, ello no significa que, aunque difícil, en determinadas circunstancias sea posible que nuestros tribunales apliquen dicha teoría doctrinal al resolver un conflicto.

Así, cuando sea evidente que se esté utilizando la personalidad jurídica y la separación de patrimonios que ésta presupone como un medio para eludir responsabilidades personales, sí se podría invocar el levantamiento del velo

societario; si bien, admitimos nuevamente, el camino en esos casos es más que complicado, en tanto implica demostrar que existe voluntad fraudulenta por parte de quienes utilizan como fachada a su empresa.

No se trata solamente de alegar que, ante la insuficiencia del patrimonio de la empresa para cubrir sus deudas u obligaciones, debe lavantarse el velo societario para que sus accionistas respondan ante los acreedores.

Esos acreedores no contrataron con los accionistas de la persona jurídica, sino con la persona jurídica, por lo que, en principio y salvo raras excepciones, sólo ésta última debería responder frente a ellos.

Si nos situamos en supuestos en los cuales esos acreedores creyeron estar contratando con los accionistas, ya sea por error o dolo, tienen la posibilidad de utilizar como remedio alguno de los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico sí prevé de manera expresa, como, por ejemplo, demandar la anulabilidad del acto celebrado.

Pese a que nuestro ordenamiento jurídico no consagra la doctrina del levantamiento del velo societario, sí ofrece otros mecanismos de protección para quien se vea perjudicado o sorprendido por el actuar de la persona jurídica o sus miembros. No olvidemos que existen diferentes figuras a través de las cuales pueden solucionarse los distintos conflictos susceptibles de surgir.

Frente a los vicios de la voluntad existe, entre otras posibilidades, la opción de exigir la anulabilidad del acto jurídico, además de poder exigir, de haberse configurado un supuesto de responsabilidad civil, la indemnización correspondiente.

En cambio, si se optara por la aplicación del levantamiento del velo societario, habría que demostrar la voluntad preordenada y manifiesta de cometer un acto fraudulento y rehuir de sus obligaciones.

Es cierto que actualmente, aunque existe la posibilidad de que en determinadas circunstancias nuestros tribunales sí apliquen esta doctrina, el camino es difícil para todo aquel que pretende que se levante el velo societario de una empresa; pero ello no significa que sea necesario o conveniente modificar nuestro Código Civil para que ese camino sea sencillo de transitar.

Hoy quien solicita el levantamiento del velo societario de una persona jurídica lo piensa, por lo menos, unas diez veces, constituyendo siempre su último recurso. Sólo luego de que los mecanismos jurídicos que nuestra legislación consagra expresamente no han dado resultado, es que se piensa en solicitar o no a los tribunales el levantamiento del velo societario.

Tengamos en cuenta que para muchos jueces de nuestro país, por no decir la casi totalidad de ellos, la doctrina del levantamiento del velo societario resulta un tema exótico, de donde se sigue que una norma tan general como la que se propone podría ser aplicada de manera diversa en los tribunales, destruyendo cualquier noción de predictibilidad que pudiera existir en esta materia.

Consagrar esta doctrina en una norma de derecho positivo supondría convertir su aplicación en algo tan habitual como el pan de cada día. Y es que resulta obvio, si una norma proclama que por un acto fraudulento se puede pedir el levantamiento del velo societario, no habrá nadie que no lo tenga como primer recurso a emplear.

Pero ello no es todo, pues se tenga o no razón al pedir el levantamiento del velo societario, se pondría al descubierto el patrimonio de los socios o accionistas de la persona jurídica.

¿Qué diferencia habría, entonces, entre constituir una persona jurídica y no constituir la, si igual se va a levantar el velo societario para que sus socios respondan por actos que puedan considerarse como fraudulentos?

Además, seamos francos, acaso podríamos confiar en un ponderado criterio de nuestros tribunales para el empleo adecuado de la expresión *acto fraudulento* o, incluso, de la expresión *excepcionalmente*, con la que se quiere resolver los graves problemas que la propuesta plantea.

Resulta imprescindible tomar en cuenta que los actos aparentemente abusivos o fraudulentos que se realizan a través de una persona jurídica, no necesariamente implican que deba dejarse de lado el principio de autonomía de la misma y aplicar la del denominado *levantamiento del velo societario*, pues el acto no será siempre fraudulento o abusivo en sí mismo. Ello, pues no hay que olvidar el concepto de fraude pauliano recogido en el Código Civil en el Libro de Acto Jurídico. De este modo, si son actos encaminados a enervar los derechos de sus acreedores, lo adecuado no sería levantar el velo, despojar de autonomía a la persona jurídica, sino declarar ineficaces tales actos para que la medida tenga verdaderos efectos sobre la persona jurídica. Se observa, entonces, algo que el proyectado inciso 3 parece no advertir y es que ese concepto de acto fraudulento que hemos delineado, vigente hoy en nuestro Código, es distinto que el que consiste en realizar actos ocultos o querer realizar actos fraudulentos en resguardo del patrimonio de uno o más socios.

Recoger (al igual que se ha recogido en el Título Preliminar del Anteproyecto, la doctrina de los actos propios) la doctrina del levantamiento del velo societario y, de este modo, hacerla de aplicación general a todas las personas jurídicas es en extremo peligroso.

Una vez más nos encontramos frente a un artículo que refleja la tentación de querer incluir en el Código todas las discusiones doctrinales, aun cuando ellas no hayan llegado a una adecuada maduración como para ser introducidas en tan importante cuerpo legal. Hay que ser cautos. Insertarlo todo sin considerar las consecuencias va más allá de lo te-

merario, en especial cuando aquella inserción implica tomar partido por temas que en doctrina son polémicos y objetados por gruesos sectores.

Además, las consecuencias de esa falta de cautela no son pocas, pues una norma como ésta atenta contra la seguridad que sustenta a todo ordenamiento jurídico, atentando también contra principios fundantes de la persona jurídica, de su estructura y, también, de los incentivos para constituirla. Asimismo, estamos convencidos de que en la práctica una norma de aplicación general como aquélla generaría un abuso constante e indiscriminado por parte de los agentes jurídicos.

En este contexto, cabría preguntarse qué es lo que se encontraría en caso se logre levantar el velo societario: ¿acaso se va a encontrar a los sujetos que, en efecto, cometieron el acto fraudulento, o justos pagarán por pecadores?, ¿qué todo socio de la persona jurídica tendrá que ver vulnerado su patrimonio de levantarse el velo societario, a pesar de no tener injerencia alguna en las decisiones de la empresa?

La positivización de la doctrina del levantamiento del velo societario no sólo expone el patrimonio del accionista mayoritario y eventual gerente o director de la empresa, sino el de todos, incluso de los accionistas minoritarios que poco o nada tienen que ver con el manejo de la sociedad.

Ahora bien, supongamos que, si por alguna razón – que escapa a la lógica y a la cordura – la propuesta de modificación sea aceptada, ¿qué ocurriría?

En esencia, todo aquel que decida constituir una persona jurídica tendría que afrontar las consecuencias negativas y perjudiciales que hemos delineado, salvo, claro está que, como suele ocurrir en nuestro país, encuentre una vía alternativa.

¿Y cuál sería esa vía? La de la ilegalidad, por supuesto. ¿Qué, acaso ese no es el camino al que se suele recurrir en

nuestro medio cuando la legalidad resulta ser costosa para quienes se ven sometidos a ella?

La norma que se propone incentiva a que se multiplique la utilización de la figura del testafierro. Así, de entrar en vigencia, muchas empresas no estarían constituidas formalmente por sus verdaderos socios, sino que figurarían personas que por sus escasos recursos patrimoniales no correrían riesgos.

La generalización de los testafierros que fomentaría la consagración legislativa de la teoría del levantamiento del velo societario, afectaría, además, la recaudación tributaria. Los verdaderos socios evadirían el pago de sus impuestos, y la Administración Tributaria tendría serios problemas para realizar un adecuado control.

Si todo lo descrito pareciera insuficiente, agreguemos una consecuencia más que podría generar la vigencia de una norma como la que es objeto de nuestro examen, esto es, el incremento del lavado de dinero.

Y, paradójicamente, la positivización de la doctrina del velo societario, así como fomentaría una actuación fuera del Derecho, también descincentivaría la inversión en nuestro país.

Así, por ejemplo, pocas empresas extranjeras optarían por crear una subsidiaria en el Perú. Si la idea de una subsidiaria es limitar la responsabilidad al patrimonio invertido, es decir, limitar el riesgo de pérdida; para qué constituirla si el ordenamiento peruano reconocería expresamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

Las pocas empresas que decidieran arriesgarse en nuestro país, no escatimarían en agregar cláusulas a todos sus contratos, en las cuales establecerían que los tribunales competentes para resolver los conflictos que las involucren nunca serán los peruanos, ni tampoco serán nuestras normas las que rijan en dicha resolución del conflicto.

Debemos confesar, a estas alturas de nuestra exposición, que no deja de sorprendernos que se promueva la incorporación de esta doctrina a nuestro Código Civil.

¿Acaso la idea de los promotores de esa reforma no se encuentra supuestamente justificada en la actualización de este cuerpo normativo a las exigencias de la economía moderna?

Si lo que orienta la reforma es adaptar nuestras normas de modo que se incentive la inversión, ¿cómo es que se ha contemplado la positivización de la doctrina del levantamiento del velo societario? Más aún, cómo es posible que, por si fuera poco, también se contemple, como analizaremos más adelante, una irreflexiva presunción de solidaridad entre los miembros de la persona jurídica y, además, también se pretenda consagrar la teoría de los actos propios.

No somos exagerados al afirmar que de aceptarse los cambios sugeridos respecto de esos tres temas, únicamente se lograría un tremendo retroceso en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica es una institución nueva —que ha cobrado mayor auge con el desarrollo de la globalización y de la economía de mercado—, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se cometan actos antijurídicos en perjuicio de ciertos accionistas de la sociedad o de terceros vinculados a ella, consideramos que mientras no exista una norma que precise los criterios específicos que permitan aplicar dicha doctrina —y aun existiendo esa norma—, los jueces deberían tener extremo cuidado en aplicarla en sus sentencias.

Del mismo modo, consideramos que sería necesaria una capacitación previa, profunda y permanente de los magistrados, para así obtener una adecuada aplicación de dicha doctrina.

Por otro lado, en el Código Civil encontramos las figuras del abuso del derecho y múltiples formas de nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución de los contratos, para casos de lesión, fraude, excesiva onerosidad, entre otros, que aunque no permiten obtener beneficios idénticos a los del levantamiento del velo, brindan soluciones muy similares y suficientes para alcanzar los mismos objetivos a través de la indemnización y otras sanciones legales.

En virtud de todo ello, consideramos que no sería la alternativa correcta incluir esta figura, pues, aunque novedosa, presentaría grandes márgenes de inseguridad en su utilización, debido a la falta de una normativa específica que precise los supuestos de aplicación de dicha teoría.

Así, sobre la base de lo expuesto, podemos concluir en que, aunque los promotores de la reforma opinen lo contrario, la doctrina del levantamiento del velo societario, ocupa hoy el lugar que debe ocupar, esto es, el de una teoría cuya aplicación es y debe seguir siendo excepcional, para lo cual no bastaría con usar esta palabra en una norma que la positivice peligrosamente.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 78-A.- Responsabilidad ante terceros 1. La persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes desempeñen cargos directivos causen a sus miembros o a terceros cuando: a) se produzcan en el ejercicio o con ocasión de sus funciones; b) provengan de acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto; c) realicen actos con dolo, culpa o abuso de facultades.

	2. Los integrantes de los órganos de la persona jurídica, los representantes de ésta o quienes desempeñen cargos directivos son responsables solidariamente con la persona jurídica. 3. En el caso del párrafo 2 no responden quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición al acuerdo adoptado. 4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto.
--	---

Es sabido por todos que la persona jurídica como sujeto de derechos y obligaciones responde por sus actos. Para realizar tales actos, la persona jurídica, al ser un ente, necesita valerse de personas naturales.

La aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, concordadas con las que regulan el tema de la representación en el Código vigente, logran, sin necesidad de una regulación específica, dar solución a los diferentes supuestos de responsabilidad que se pueden generar. Sin embargo, la Comisión ha considerado *urgente y necesario* introducir una normativa especial.

Estamos de acuerdo en que la atomización de la responsabilidad civil es una realidad, pero una que se intenta manejar dentro de la dualidad de esta institución. No creemos que sea conveniente consagrar en la ley esa realidad; creemos, en cambio, que la misma necesita una mayor flexión.

Con esta premisa analicemos ahora el artículo 78-A propuesto por la Comisión.

Empecemos por dar las gracias a la Comisión por haber escuchado nuestras críticas y, más aún, por haberlas recogido en la nueva versión de esta norma.

Pese a que, lo reiteramos, consideramos que la propuesta no es ni *urgente* ni *necesaria*, en tanto las normas generales vigentes nos permiten resolver el tema de la responsabilidad civil de la persona jurídica, nos alegra darnos cuenta de que, esta vez, la Comisión ha corregido uno de sus más notorios errores.

Para entender la corrección, revisemos primero el texto original del Anteproyecto (artículo 78-B del Anteproyecto) que, en realidad, es idéntico a la norma propuesta, con la importante salvedad de que en esta última se ha agregado el inciso 3.

El inciso 1, que, repetimos, es el mismo en ambas versiones, resulta innecesario e inofensivo, en tanto no genera problemas al plasmar lo que todos admiten como cierto, por derivarse de las normas y principios generales de la responsabilidad y de la especial estructura de la persona jurídica.

La aplicación del inciso 2, sin considerar aún el inciso 3 que ha sido agregado en la nueva versión, sí representa serios peligros, ya que atenta contra el principio que sustenta a la persona jurídica, esto es, el principio de autonomía.

Con una norma como la del inciso 2 de este artículo, aun el denominado *levantamiento del velo societario*, introducido en el artículo 78, deja de tener sentido. ¿Ya para qué el *levantamiento* en materia civil, cuando aquí se establecería que la responsabilidad civil de la persona jurídica sería solidaria junto con todos sus integrantes?

Esta norma, entonces, nos llevaría a una conclusión perjudicial distinta a la que llegamos hoy con el actual Código Civil.

Con una norma como la que se pretendía implementar con el Anteproyecto, nos preguntamos cuál sería la ventaja de constituir o de formar parte de una persona jurídica, si igualmente todas las personas naturales o jurídicas que la integren responderían de manera solidaria, sin importar si tuvieron o no participación en el hecho que generó la responsabilidad.

Definitivamente una norma como ésta sería inadmisiblemente jurídicamente. La Comisión, luego de reflexionar, parece haber advertido esa inadmisibilidad, por lo que ha agregado el inciso 3 que, en alguna medida, evita que la responsabilidad se extienda injustificada y peligrosamente a todos sus miembros.

En el inciso 3 la Comisión ha destruido esa presunción de solidaridad que ella misma creó con el inciso 2.

Así las cosas, podemos concluir en que si comparamos el artículo 78-B del Anteproyecto de marzo del 2005 con el artículo 78-A de las Propuestas de abril del 2006, este último puede calificarse, efectivamente, como una enmienda de aquél. No obstante, ello no significa que pueda calificarse como una enmienda del Código Civil vigente pues, respecto de las normas actuales, nada está enmendando.

Lo único que ha logrado aquí la Comisión es corregir el error que ella misma cometió en el Anteproyecto, empero, su misión supuestamente consiste en enmendar los errores del Código Civil de 1984.

¿Acaso en el Código Civil de 1984 se destruye el principio de autonomía de la persona jurídica y se presume la responsabilidad civil de todos sus miembros sin importar su participación? Claro que no; de hecho, y como juzgamos necesario repetir, las normas generales sobre personas jurídicas, sus normas especiales y las normas generales de responsabilidad civil nos ofrecen, actualmente, una respuesta a la problemática a la que la Comisión dice estar otorgando una solución *urgente*.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 78-B.- Responsabilidad ante la persona jurídica 1. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica, integren sus órganos o la representen, son responsables ante ella por los daños que se le causen derivados de los supuestos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 78-A. Es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 78-A. 2. Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. 3. El acuerdo para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el párrafo 1 debe ser adoptado por el órgano de mayor jerarquía o el órgano directivo de la persona jurídica, según corresponda. La pretensión indemnizatoria prescribe a los dos años desde que queda firme la declaración de responsabilidad de la persona jurídica.

El inciso 1 del proyectado artículo 78-B, vinculado directamente al proyectado artículo 78-A –al cual incluso se remite–, no hace sino otorgar a la persona jurídica la posibilidad de demandar al verdadero responsable por daños y perjuicios.

El proyectado inciso 2 sanciona la solidaridad cuando hay pluralidad de responsables, dando nueva cuenta de la debilidad que tiene la Comisión por aquella.

Por último, el inciso 3 establece que para que la persona jurídica pueda demandar al responsable, ello debería aprobarse en la Junta General de Asociados.

Con la enmienda que la Comisión ha realizado al artículo 78-B del Anteproyecto, ahora presentado como la propuesta 78-A, el artículo bajo comentario no genera mayores inconvenientes, si bien tampoco genera mayor utilidad y, mucho menos, puede calificarse como *urgente*.

Este artículo no dice nada que las normas generales de responsabilidad civil no digan. Con las normas de responsabilidad civil con que contamos actualmente llegaríamos a las mismas conclusiones.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 78-C.- Oponibilidad. Vigencia de funciones 1. La modificación del estatuto, el nombramiento, el cese de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado, así como el de sus representantes, salvo en el caso de representación procesal, son oponibles a los terceros desde su inscripción registral. 2. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos tienen derecho a que el Registro inscriba su renuncia por el sólo (sic) mérito de la solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la persona jurídica. 3. Tratándose de los representantes de las personas jurídi-

	cas se observará el plazo previsto en el artículo 154. 4. Cuando hubiera concluido el período para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección.
--	--

Esta propuesta, si tomamos como referencia el Anteproyecto, en realidad contiene dos enmiendas. Y es que la Comisión decidió evitar la letra D, optando por unir, en un solo artículo, lo que en marzo del 2005 presentaron como 78-E y 78-F.

Cuando comentamos el artículo 78-E del Anteproyecto, comenzamos señalando que el mismo suponía la conversión del Código Civil en un precario manual de Derecho. Dada la distribución del artículo 78-C –que recoge en sus incisos 1 y 4 el contenido de aquél– optamos por ratificar el mismo comentario.

Y es que lo cierto es que el inciso 1 no hace sino reproducir la solución que la práctica y la razón han establecido. Siempre es necesaria la inscripción registral de los actos para que éstos sean oponibles a terceros.

De igual manera, el inciso 4 destaca por no representar novedad alguna y, por ende, ser innecesario. La seguridad jurídica y los principios registrales hacen que mientras no haya nueva elección, quienes forman parte de un órgano directivo y, por consiguiente, cuyo nombramiento ha sido inscrito en el registro correspondiente, se mantengan en sus funciones. Se trata de evitar un vacío durante ese período; además, no olvidemos que mientras no haya nueva elección, son ellos a quienes los terceros considerarán como representantes de la persona jurídica por ser ellos los que se encuentran inscritos en el registro.

El inciso 2, que corresponde al inciso 1 del artículo 78-F del Anteproyecto, constituye, en cambio, una norma que sí da solución a un problema de orden práctico y que no se limita a decir lo que todos ya sabemos. Sin embargo, y aunque estamos de acuerdo con la solución que se brinda, no creemos que el tema corresponda a las disposiciones generales del Título de Personas Jurídicas.

En nuestra opinión, la materia regulada en esta norma corresponde más a los reglamentos de los Registros Públicos que al Código Civil pues, en definitiva, se encarga de establecer que un determinado acto –la renuncia de quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos– es inscribible.

Así, estamos de acuerdo con el contenido del inciso, mas no con la pertinencia de su ubicación en el Código Civil.

Por su parte, el proyectado inciso 3 –copia del inciso 2 del artículo 78-F del Anteproyecto–, lo que hace es establecer que para el caso de los representantes de las personas jurídicas se observará el plazo previsto en el artículo 154 del propio Código, es decir, establece, para este supuesto específico, el plazo valiéndose de la remisión.

Ahora bien, el tema de la representación ya cuenta en nuestro Código Civil con regulación. Uno de los preceptos que forman parte de dicha normativa es el artículo 154. En tal artículo no se realiza ninguna distinción en cuanto a si el representado es una persona natural o una persona jurídica. Si el tema ya está regulado, ¿para qué regularlo aquí?

Pero hay una segunda interrogante que se desprende de la regulación del supuesto específico. Así, es difícil no preguntarse si al agregar este inciso, en el que la remisión al artículo 154 se circunscribe únicamente al plazo, implícitamente no se está señalando que el numeral 154 sólo rige en los casos en que el representado sea una persona natural. Más allá de la respuesta que se elija, esto es, de la inter-

pretación que se prefiera, lo cierto es que se crean dudas respecto del ámbito de aplicación del artículo 154.

Título III FUNDACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 102.- La facultad de revocar no es transmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.	Artículo 102.- Revocación del acto de constitución 1. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable. El fundador o los fundadores tampoco podrán revocar el acto constitutivo de la fundación si, antes de su inscripción, iniciara sus actividades. 2. La facultad de revocar no es transmisible.

En este caso no se ha realizado modificación alguna respecto del artículo 102 del Anteproyecto, por lo que son de aplicación los comentarios que realizáramos en *Ni urgente, ni necesario*.

En tal sentido, debemos señalar que el precepto contenido en el artículo 102 propuesto, se centra, de manera imperfecta, en la revocación del acto constitutivo de la fundación.

Así, el inciso 1 se inicia señalando que el acto de constitución de la fundación una vez inscrito es irrevocable. Tal afirmación, que también se encuentra en el texto de la norma vigente, resulta innecesaria.

Como bien se sabe, las personas jurídicas, entre las que se incluye a la fundación, tienen vida para el Derecho a partir de su inscripción en el registro. De esta manera, si una persona jurídica es inscrita, resulta imposible revocar

su existencia, simplemente porque ya tiene tal existencia para el ordenamiento jurídico y los mecanismos para disolverla y extinguiirla son distintos a la revocación.

Por otro lado, también en el inciso 1, se indica que si la fundación inició sus actividades a pesar de no haber sido inscrita, el fundador o los fundadores no podrían revocar el acto constitutivo. Frente a esta norma cabría preguntar a partir de qué momento se considera que la fundación ha iniciado sus actividades, pues de eso dependerá la posibilidad de que el fundador (que por algún motivo se haya arrepentido o que por problemas económicos ya no pueda afectar su patrimonio sin verse perjudicado) pueda revocar.

En el inciso 2 se opta por reiterar otra afirmación que, aunque también presente en el Código Civil actual, se caracteriza por sobrar.

En primer lugar, resulta curioso que se señale que la facultad de revocar no es transmisible, cuando por definición se sabe que, en efecto, dicha facultad es *intuitu personae*, de donde se sigue que sólo puede revocar algo aquél que ha hecho algo. En el caso de la fundación resulta entonces evidente que únicamente podrá revocar el acto constitutivo aquel que tenga la calidad de fundador, lo que gracias al artículo 101-B inciso 2, es ahora confuso.

En todo caso lo cierto es que, en tanto el carácter intransmisible de la revocación se encuentra implícito en la definición, en la esencia misma del término *revocación*, no resulta ni *urgente* ni *necesario* indicarlo.

Por último, cabe decir que, en estricto, la facultad de revocar, de ser transmisible, sólo podría serlo antes de que el acto constitutivo fuera inscrito y antes de que la fundación inicie sus actividades, pues ambos supuestos ya se encuentran regulados en el inciso 1.

Libro II ACTO JURÍDICO

Título III REPRESENTACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.	Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.

El artículo 148 del Código Civil de 1984 establece que si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

La lógica de esta norma se basa en la consideración de que los diversos representantes hayan sido consignados como tales a través de un mismo acto de apoderamiento y para un objeto de interés común.

Es decir, el presupuesto base de la norma de 1984 es que los diversos representantes hayan sido designados conjuntamente como tales. Decimos esto, habida cuenta de que la pluralidad de representantes es una figura que no sólo puede surgir a través de un poder otorgado en un mismo acto de apoderamiento a varios representantes, ya que es posible que los diversos representantes hayan sido designados como tales a través de diversos actos de apoderamiento independientes.

Si bien es cierto que en ambos casos nos hallaríamos ante supuestos de representación conjunta, es claro que el tema de la responsabilidad civil de dichos representantes frente al representado deberá seguir reglas absolutamente distintas.

En el primer caso, es decir aquel en el cual los representantes han sido designados como tales a través de un acto de apoderamiento único y común, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, precepto que les asigna responsabilidad solidaria.

En tanto que en el segundo caso, es decir si los diversos representantes hubiesen sido designados como tales en virtud de diferentes actos de apoderamiento, mal podría pensarse en una responsabilidad de carácter solidario, en razón de que cada uno de dichos representantes tendría tal representación en virtud de un acto de apoderamiento independiente; y, por ende, la responsabilidad civil que deba asumir con respecto a su representado sería una responsabilidad individual, dada la inexistencia de sujeto plural en la relación poderdante-apoderado.

Y es precisamente en razón de estas consideraciones que el artículo 148 del Código Civil de 1984 establece la solidaridad de los representantes, siempre y cuando éstos hayan sido designados por un poder común.

Por lo demás, el citado precepto nunca ha merecido reparo por parte de la doctrina nacional, dado que su texto es meridianamente claro.

No obstante dicha claridad, la Comisión se empeña en desnaturalizar la norma, estableciendo responsabilidad solidaria para todos los casos de representación conjunta, es decir para aquella representación conjunta de los representantes designados por un poder común (donde sí es pertinente la solidaridad) y para aquella representación conjunta de los representantes designados por poderes in-

dependientes, pero con la instrucción de que actúen conjuntamente, cuando es evidente que en este último caso de representación no procede responsabilidad solidaria alguna, en la medida de que resultaría tremendamente injusto asignar solidaridad a cada uno de los representantes, cuando ninguno de ellos fue designado como tal conjuntamente con otro u otros, habiendo sido designado representante en un acto de apoderamiento individual, razón por la cual –precisamente– su responsabilidad civil debe ser estrictamente individual.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 150.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.	Artículo 150.- Representación común La revocación del poder otorgado por varios representados para una finalidad que es de interés común entre ellos produce efecto solamente si es realizada por todos, salvo disposición distinta de éstos.

En este caso, la Comisión ha decidido modificar la enmienda que planteó en el Anteproyecto de marzo del 2005 y que representaba una modificación prácticamente total del artículo vigente.

Ahora ha optado por resaltar las características que, en realidad, la interpretación actual de la norma ya impone. Así, ha cambiado la expresión *un objeto* por otra que, en efecto, resulta más apropiada, esto es, *para una finalidad*, subrayando, además, que la finalidad es de interés común para los representados.

Como acabamos de señalar, estos dos cambios no pueden calificarse como *urgentes y necesarios*, en la medida de que, en realidad, es así como actualmente se lee e interpreta la norma.

En todo caso, la modificación sustancial que se sugiere se encuentra en la posibilidad de las partes de pactar algo distinto a lo dispuesto en la norma, esto es, en la posibilidad de que las partes acuerden que para que la revocación surta efecto, no es necesario que sea realizada por todos.

La solución propuesta por la Comisión no es, en nuestra opinión, ni urgente, ni necesaria, ni apropiada.

Nos explicamos.

El artículo 150 del Código Civil de 1984, señala que *La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.*

En esta norma se pone en evidencia que el Código Civil de 1984 ha adoptado determinados conceptos tradicionales en torno a la revocación del poder, poniendo algunas trabas o requisitos para que opere dicha revocación.

En tal sentido, en junio de 1998, en *Tentaciones Académicas*⁵⁷ manifestamos nuestro parecer en el sentido de que el artículo 150 podría ser derogado, en razón de que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

En razón de ello manifestábamos que el caso planteado por el artículo 150 del Código Civil de 1984, nos parecía ilógico, porque por más de que el poder haya sido otorgado por varias personas (representados) para un objeto de interés común, no será necesario que todos ellos lo revoken para que el mismo quede revocado. Bastará que lo revoque alguien para que ese ex representado deje de tener representantes, y para que el representante continúe

57. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomo I, p. 298.

representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

Creo que el actual 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.

Es en razón de estas consideraciones que estimamos que la Comisión nada soluciona con esta norma, en tanto, más allá del *salvo disposición distinta* que se agrega al final del precepto, la rigidez del mismo es evidente. Si bien pretende atenuar la rigidez actual del artículo 150, se queda a medio camino, pues a pesar de admitir la revocación por parte de algunos poderdantes, sigue poniendo trabas a la revocación del poder y a su eficacia.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 153.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.	Artículo 153.- Poder irrevocable 1. La irrevocabilidad del poder puede estipularse para un acto especial o por plazo limitado o cuando se establece para un poder otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. La irrevocabilidad del poder debe constar expresamente. 2. El vencimiento del plazo de la irrevocabilidad no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.

El artículo 153 del Código Civil de 1984 consagra, equivocadamente, la figura del poder irrevocable. En el Anteproyecto de Ley de Enmiendas se mantuvo ese mismo error.

Así, la Comisión propuso, en dicho Anteproyecto, la siguiente norma:

«Artículo 153.- Poder irrevocable

1. El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

2. La estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado. A falta de indicación, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.»

En *Ni urgente, ni necesario*, criticamos tal propuesta, resaltando que lo que hacía la Comisión era sólo desdoblar el artículo en vigencia, incluyendo en el inciso 1 proyectado casi todo el cuerpo de la norma vigente; y el tema del plazo lo ha pasado al proyectado inciso 2, estableciendo que la irrevocabilidad del poder podía pactarse, a diferencia de lo que ocurre hoy, por un plazo mayor de un año.»

Esto significaba que la Comisión consideraba conveniente que la irrevocabilidad de los poderes pudiera ser pactada incluso por plazos mayores a un año, rigiendo el plazo de un año sólo en defecto de plazo determinado por las partes.

Lo anterior suponía, como se infiere, no uno, sino dos errores.

El primero de ellos, el insistir en la existencia del poder irrevocable; y el segundo, en tratar de hacer más irrevocable el poder irrevocable.

El suscrito, en 1998, en *Tentaciones Académicas*⁵⁸ proponía modificar el artículo 153 por una norma que establecía

58. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 299.

ra que *El poder siempre es revocable*. Procedíamos en tal sentido, pues el texto actual de la norma resulta atentatorio contra la naturaleza y esencia revocables del poder, sea cual fuere la circunstancia del acto de apoderamiento.

Nunca debemos olvidar, como sí lo hizo el Código Civil de 1984, que el otorgamiento de poder es siempre unilateral, al igual que su revocatoria.

Al parecer, nuestra opinión esta vez sí ha sido tomada en cuenta, de modo tal que en el denominado Proyecto de Reformas Urgentes, se ha presentado como propuesta una modificación en la que se establece como regla la revocabilidad del poder, al regularse que la irrevocabilidad debe constar expresamente.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.	Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento 1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por documento de fecha cierta. 2. El acto de disposición o gravamen celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1 es ineficaz respecto del representado.

El artículo 156 del Código Civil se encarga de regular la forma del poder destinado a la realización de actos de disposición. En tal sentido, establece que *Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad*.

El artículo citado supone entonces que cuando se trate de un poder otorgado con el fin de disponer o gravar un bien, dicho poder debe constar en forma indubitante y, además, debe ser elevado a escritura pública. En este sentido, es importante resaltar que la Corte Suprema ha establecido que:

«El artículo 156 del Código Civil señala que 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, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado»⁵⁹.

A decir de Giovanni Priori⁶⁰, esta exigencia legal implica que el poder debe ser otorgado de manera expresa y, adicionalmente, que la facultad de disponer o de gravar conste expresamente conferida. Esto quiere decir que al imponer que el poder debe ser otorgado de forma expresa, el Código establece que en el caso tratado el poder no puede otorgarse tácitamente.

En relación al segundo requisito, el que la facultad de disposición o gravamen debe constar expresamente conferida en el poder, podemos afirmar que es necesario entonces que en el documento en el que consta el poder se precise y establezca dicha facultad.

Es claro que la norma exige para este caso una formalidad *ad solemnitatem*, ya que de no cumplirse con los requisitos previstos por el Código, el acto será nulo.

59. Caso n.º 2021-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 5/12/98, p. 2148.

60. PRIORI POSADA, Giovanni. En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I, p. 684.

El Proyecto de Reforma del Código Civil desdobra el texto del artículo que nos ocupa.

La Comisión establece en el inciso 1 el grueso del artículo vigente y sustituye la expresión *el encargo* por *la facultad de representación*. En este sentido, cabe afirmar que la sustitución señalada resulta innecesaria, ya que la expresión original se entiende a la perfección, tal y como está redactada. Además, es importante tener en cuenta que lo que debe constar no es la facultad de representación sino la representación en sí misma.

Sin embargo, el cambio más importante que se pretende establecer radica en el hecho de que la facultad en cuestión debe constar en forma indubitante y, además, en documento de fecha cierta. Es decir, que la reforma propone eliminar la exigencia del Código de 1984 vigente en el sentido de que este poder sea otorgado por escritura pública, lo que implica una grave afectación a la seguridad jurídica. Es clara la importancia que tiene el encargo de disponer o gravar un bien; por tanto, no resulta adecuada la propuesta de la Comisión.

Ahora bien, cualquier análisis serio del tema que se propone modificar en el Proyecto de Reforma del Código Civil no puede realizarse si no es partiendo de una interrogante, esto es, si resulta *urgente y necesario* modificar el artículo 156.

La respuesta a la interrogante planteada nos invita a cuestionar si, en efecto, la norma de 1984, al exigir la escritura pública bajo sanción de nulidad, impone algún tipo de obstáculo que haga difícil o imposible que podamos disponer o gravar de nuestros bienes.

Probablemente, la respuesta de algunos será afirmativa, por cuanto, como suele suceder, prestarán especial atención al aspecto económico inmediato o, lo que es lo mismo, a los costos propios de la escritura pública.

Tal respuesta, sin embargo y como demostraremos, no es acertada, ni desde un punto de vista jurídico, ni desde uno económico, puesto que, a la larga, la modificación que se propone generaría mayores inconvenientes, mayores pérdidas, mayores costos.

Antes de adentrarnos más en nuestra posición, detengámonos un momento a examinar los argumentos sobre los cuales se sustenta la postura de la Comisión y, con ello, su deseo de reducir la formalidad, de modo que baste con un documento de fecha cierta.

Tratando de encontrar sus razones, podemos identificar dos argumentos interrelacionados.

Por un lado, la convicción de que, en tanto la disposición o el gravamen de bienes no sólo se refiere a inmuebles sino también a muebles, la exigencia de la escritura pública resulta, en su opinión, excesiva. Por otro, la idea de que la escritura pública se encuentra sobrevaluada, como también se encuentra, al menos a ojos de la Comisión y de muchos seguidores del Análisis Económico del Derecho, sobrevalorada la función e importancia de la intervención notarial.

El primero de sus motivos no puede considerarse, en nuestra opinión, lo suficientemente sólido como para sostener la modificación que se pretende instaurar.

Nos explicamos.

El examen que ha realizado la Comisión y de acuerdo al cual ha fundamentado la modificación que propone, parte de una distinción superflua, por no decir pueril, entre ambas clases de bienes. Así, su examen se basa en la idea de que el artículo 156 del Código Civil de 1984, al abarcar bienes muebles, se extiende a bienes de poco valor en los que la aplicación de dicha norma no se justificaría.

Su principal observación, entonces, pasa por alto que en no pocas ocasiones un bien mueble puede valer más que un bien inmueble. De esta manera, es evidente que su aná-

lisis, lejos de ser exhaustivo, se sustenta en generalizaciones que, de ninguna manera, pueden calificarse como motivos suficientes para proclamar la *urgencia* y *necesidad* de esta reforma.

Los defectos de dicho análisis se proyectan en las consecuencias que podrían generarse de ser aceptada la propuesta, en tanto una disminución de las formalidades significaría, como contrapartida, un aumento del riesgo de las falsificaciones.

Con ese incremento del riesgo llegamos al examen del segundo de sus argumentos, esto es, la supuesta disminución de costos que supondría la reducción de las formalidades.

Quienes piensen que los costos van a disminuir porque ya no se exija la escritura pública, realmente serían demasiado ingenuos.

El hecho de que se implante en nuestro país una norma que establezca que para que alguien (el representante) disponga o grave un bien ajeno, sólo requiera de un documento de fecha cierta, importa el peligro de que fácilmente se vean afectados los intereses del representado; en la medida de que, como veremos, exigir como formalidad la escritura pública, por su propia naturaleza, implica mayor seguridad para que se celebre un acto de este tipo, que la que ofrece la formalidad propuesta por la Comisión.

En este sentido cabe precisar qué significa que un documento sea de fecha cierta. A decir de Barchi⁶¹, *fecha cierta* es la precisión en el tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. La fecha es la del documento (título en sentido formal)

61. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, 2004, Lima, tomo VI, pp. 35 y 36.

y no la del acto en aquel documento (título en sentido material). El mismo autor señala como ejemplos de documentos de fecha cierta a los siguientes:

1. El documento público. En el acto público, la fecha es la constatación de un hecho por parte de un funcionario público o de un notario. Según el artículo 235 del Código Procesal Civil es documento público:

a) El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y,

b) La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

2. El documento privado presentado en un proceso judicial. La fecha de presentación de dicho documento es la fecha cierta.

Podemos concluir, entonces, en que si bien todo documento público expedido por un notario es un documento de fecha cierta, no todo documento de fecha cierta es una escritura pública, ya que como se desprende de la propia ley, un simple documento privado puede calificar también como documento de fecha cierta.

Ante tal constatación resulta obvio que el hecho de que la Comisión proponga la eliminación de la formalidad que exige el Código vigente (escritura pública) y la pretenda sustituir por un documento privado, extiende los supuestos a través de los cuales una persona estaría acreditada para disponer o gravar bienes ajenos. Así, como ya hemos resaltado, la naturaleza de un acto de este tipo resulta ser muy delicada y si no se establece para él una exigencia que importe seguridad, los intereses del propietario, es decir, del representado, podrían verse lesionados.

Tenemos, entonces, que la exigencia que establece el Código de 1984 se condice más con la defensa de la propiedad y de los derechos del representado, pues es claro que la escritura pública importa una seguridad a la que no aspira

un simple documento privado, y por tal motivo, al dar fe el notario de dicho documento, se están protegiendo de mejor manera los intereses señalados. Es claro, por consiguiente, que se intenta eliminar un requisito que garantiza el tráfico y la defensa de los derechos de aquellos que podrían verse afectados por el aprovechamiento de terceros, que valiéndose de la forma propuesta en el Proyecto podrían disponer a su antojo de bienes que no les pertenecen, con el simple recurso de la falsificación de documentos.

Falsificar la firma de un notario en una simple legalización es una labor del día a día en el famoso Jirón Azángaro, en el Centro de Lima y en los más diversos lugares del Perú; en cambio, falsificar una escritura pública y su respectivo testimonio es una tarea mucho más complicada y, por lo mismo, menos común.

Últimamente se ha optado por minimizar la función notarial, ya sea cuestionando su importancia o proponiendo normas como las que hoy analizamos, en las que se restringe su actuación. Y es que para muchos la participación del notario no hace otra cosa que encarecer las transacciones.

En nuestra opinión, esa concepción errónea de la función notarial representa gran parte del problema, así como también es parte del problema la poca trascendencia que se le otorga a la seguridad jurídica dentro de las transacciones.

Algunos economistas y los abogados amantes del Análisis Económico del Derecho parecen no terminar de entender que los costos de transacción no pueden disminuir a costa de la seguridad jurídica. Cualquier transacción en la que no haya seguridad no será nunca *barata*, ni para las partes, ni para la sociedad.

No olvidemos que la seguridad constituye, junto a la justicia, uno de los fines sobre los cuales se encuentran sustentadas la existencia y necesidad del Derecho.

La seguridad jurídica es un valor esencial del Derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el célebre Bien Común⁶² al que aspira todo sistema o, mejor dicho, toda sociedad. Esta seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como a la protección del tráfico sobre los mismos.

No podemos concluir sin resaltar que la norma propuesta en el Proyecto presenta varias aristas que, por lo menos, dan motivo a discusión; sin embargo, salta a la vista que el asunto más importante y peligroso en torno al artículo 156 proyectado por la Comisión es la eliminación de la exigencia que hace el Código de 1984 de que el poder otorgado al representante para disponer o gravar un bien, deba ser otorgado por escritura pública, y su sustitución por el requisito de que sólo se emplee un documento de fecha cierta.

Con el fin de disminuir, aunque sea sólo en apariencia, los costos de transacción y, asimismo, otorgarle celeridad a la transferencia, se ha restringido la participación del notario. En nuestra opinión, ello representa uno de los puntos más débiles del Proyecto, en tanto puede dar lugar a que se realicen transferencias de propiedad o se graven bienes sin importar que el acto jurídico adolezca de algún vicio que le reste eficacia o validez. Sería necesario un proceso judicial para que se corrijan las situaciones injustas a las que ello podría dar lugar, situaciones que tal vez no se hubieran presentado si se hubiese verificado adecuadamente la validez de la operación. No obstante, cabe destacar que

62. GONZALES LOLI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho». En: *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, año VII, n.º 6, 1997, p. 113.

esa operación podría ya haber generado efectos respecto de terceros de buena fe, con lo que la figura se complicaría.

La Comisión ha olvidado que el valor de la seguridad jurídica no es sólo abstracto o teórico, sino que su existencia e importancia puede justificarse desde un punto de vista económico, al constituir un elemento que reduce los costos propios de las transferencias o intercambios de bienes.

Para concluir, entonces, juzgamos conveniente subrayar, otra vez, que una propuesta como la plasmada en el texto del artículo 156 del Proyecto de Reforma no puede, de modo alguno, calificarse como una *enmienda*, mucho menos como una *enmienda urgente y necesaria*.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.	Artículo 157.- Delegación. Sustitución El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la delegación o sustitución.

En el Anteproyecto de Ley de Enmiendas, a la Comisión se le ocurrió la nada brillante idea de modificar el artículo 158, en el que regulaba defectuosamente el tema de la responsabilidad del representante en la sustitución. Peor aún, se le ocurrió sugerir como enmienda la introducción del artículo 158-A en el que se regulaba la figura de la delegación.

En este nuevo intento, denominado ahora como Proyecto de Reformas Urgentes, la Comisión se ha visto obligada ha disminuir el número de sus *enmiendas*. Por lo mismo, ahora se limita a proponer la modificación del artículo 157. La Comisión sugiere que se acepte la figura de la delegación.

Así, aunque en menor grado o, en todo caso, de manera más sutil, la Comisión no se rinde en su intento de introducir en nuestro Código la figura de la delegación.

Consideramos que entre los muchos calificativos que se le pueden dar a esta propuesta, destaca el de absurda. Es imposible decir algo positivo sobre un precepto como éste que crea una figura innecesaria y perjudicial.

Nos explicamos.

El artículo 158 del Código de 1984 –que no ha sido enmendado por la Comisión–, al referirse a la sustitución indica que requiere que el representado pueda otorgar a su representante la facultad de sustituirse por un tercero. Es necesario que la sustitución, para ser tal, requiera autorización del representado. Resulta lógico, pues, que el poder, dada su naturaleza, sea *intuitu personae*: el representante ha sido elegido por sus características personales, de modo tal que sin permiso del representado no podría sustituirse por otro.

Esa idea, que en principio resulta tan clara, es completamente desfigurada, destrozada, con la figura de la delegación, que además de mencionarse en la enmienda bajo análisis, no se le otorga mayor tratamiento en el Código Civil ni en el Proyecto de modificaciones *urgentes*.

En tal sentido y aunque ahora, repetimos, no ha sido propuesta como *enmienda*, consideramos apropiado comentar el citado artículo 158-A del Anteproyecto de ley de Enmiendas, en tanto en aquél, la Comisión nos ofrece cuál es su visión de esta figura y de sus alcances.

En esta norma la Comisión proponía lo siguiente:

Artículo 158-A.- «Delegación

1. Salvo disposición distinta del representado, el representante puede delegar todas o parte de sus facultades, y es directamente responsable ante al representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute.

2. La delegación no supone la extinción de las facultades del representante».

Así, en el artículo 158-A se establece que ante el silencio del representado (que implica que el representante no pueda sustituirse, según lo dispuesto por el artículo 158), sí puede delegar el poder. En otras palabras, el representante no se sustituye por un tercero, sigue siendo representante, pero delega en otro el ejercicio del poder.

Gracias al artículo 158-A del Anteproyecto se conseguiría por vía indirecta lo que se trata de evitar con el artículo 158. Esto es muy grave, pues se estaría otorgando la posibilidad de que cualquiera se burle de la norma utilizando un argumento sofístico, una sutileza de escuela. A pesar de que yo (representado) no quería que otro ejerciera mi representación, si no lo manifiesto expresamente así, mi representante puede, sin que yo me entere, delegar ese poder en otro que, incluso, pudiera ser mi enemigo.

Pero lo absurdo no termina allí pues, conforme al inciso 2 que se proponía en el Anteproyecto de marzo del 2005, la delegación no conllevaba la extinción de las facultades del representante. De este modo, un representado que escogió a su representante por sus cualidades personales y no lo autoriza para sustituirlo, podía llegar a tener dos personas que ejerzan poder de representación: aquél a quien escogió y aquél que, no siendo su representante, actúa como tal.

¡Qué barbaridad!

Título IX
NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.	Artículo 219.- Causales de nulidad El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento. [...]

Analicemos ahora el texto propuesto para el artículo 219, que se encarga de regular las causales de nulidad.

En el inciso 1 la Comisión ha decidido agregar que el acto es nulo cuando el sujeto carece de discernimiento.

Frente a ello no podemos dejar de preguntarnos cuál es la razón que justifica esta adición. Qué, ¿acaso los sujetos

que carecen de discernimiento no se encuentran comprendidos en el artículo 43 del Proyecto, de donde se sigue que se está agregando algo que ya está dicho en el inciso 2?

Lo positivo de esta propuesta de modificación es que, a diferencia de lo que ocurría en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas, ya no se sugiere modificar todos los incisos de este artículo, sino únicamente el primero, aunque, insistentes, innecesariamente.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.	Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio 1. La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1, 2 y 6 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes, que encontrándose en aptitud de conocer el vicio, hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad. 2. Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio. 3. La nulidad no puede subsanarse por confirmación.

Nuestro Código Civil de 1984 regula entre los artículos 219 y 229, la nulidad del acto jurídico. Es así que en el artículo 219 presenta las causales de nulidad de forma expresa. Además, y este es el tema que nos ocupa, el artículo 220 regula la llamada *nulidad de oficio*, señalando lo siguiente:

Artículo 220.- «La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

Nulidad de oficio quiere decir, entonces, aquella que, según nuestro Código vigente, el Juez puede declarar aun cuando la misma no constituya materia de las pretensiones formuladas por alguna de las partes en el proceso.

El Proyecto de Reforma del Código Civil presenta variantes con respecto al tema tratado.

Como se advierte, las variantes propuestas por la Comisión implican grandes cambios que, de ser aceptados, llevarían a desnaturalizar la figura de la nulidad.

En el inciso 1 la Comisión ha restringido la legitimidad para solicitar la nulidad a aquéllos que tienen interés directo.

Gracias a este desacierto, quien es indirectamente perjudicado por un acto jurídico nulo no podría demandar su nulidad, viéndose obligado a buscar otras vías para velar por sus intereses.

¿Cómo poder justificar algo como lo que se propone, si se trata de un acto jurídico nulo, que –como tal– adolece de un vicio que violenta al ordenamiento jurídico? ¿Cómo es posible que sólo se otorgue legitimidad para demandar la nulidad a quien tenga interés directo y al Ministerio Público?

El artículo en vigencia desde 1984 emplea la expresión *interés* en el sentido más lato de la palabra, justamente porque la sanción de nulidad implica que el acto adolece de un vicio que lo hace contrario al orden público. De este modo, cualquiera que demanda demuestra ya su interés en ese sentido lato, pues de lo contrario simplemente no lo hubiese hecho.

Lo cierto es que salvo en los casos de excepción, la declaración de nulidad de un acto jurídico interesa a toda la sociedad. Dentro de tal orden de ideas, cualquier persona debería poder alegarla.

Como señala Escobar⁶³ comentando el artículo 220 en vigencia, en primer lugar, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad le corresponde a quienes tengan interés en que se reconozca la verdadera situación jurídica del negocio. Sobre el interés, indica, citando a Nicolò, que no es más que la relación de tensión existente entre un sujeto que padece una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla.

El interés exigido por el artículo que tratamos, sostiene el mismo autor, supone la necesidad de que el accionante demuestre que el reconocimiento judicial de la invalidez absoluta del negocio le proporcionará un beneficio (lícito) de orden patrimonial o extrapatrimonial. Por tanto, no sólo las partes (cuyo interés en conocer a cabalidad si están o no jurídicamente vinculadas es evidente) están legitimadas para demandar la declaración judicial de nulidad, sino también todos aquellos terceros que obtengan un provecho lícito con dicha declaración.

Entonces, por los argumentos esbozados anteriormente, cabe afirmar que la posición de la Comisión de querer

63. ESCOBAR ROZAS, Freddy. En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I, p. 931.

otorgar legitimidad para demandar la declaración judicial de nulidad sólo a quienes tengan interés directo, no es correcta, pues como hemos observado, también terceros que puedan obtener un provecho de ésta pueden solicitarla, y es claro que su interés no es directo, sino, más bien indirecto (piénsese en el ejemplo, propuesto por Escobar⁶⁴, que grafica el caso de los acreedores de una de las partes que necesitan embargar los bienes enajenados por esta última mediante un negocio nulo).

En ese sentido, los Tribunales peruanos han resuelto señalando que «*La nulidad del acto jurídico puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga interés, esto es, que afecte directa o indirectamente su derecho, o el de la persona o grupo de personas que representa, o exista un interés difuso*»⁶⁵.

Pero no crean que allí termina lo absurdo del proyectado inciso 1, pues, para colmo, en el mismo se establece que la nulidad no podrá ser alegada por las partes si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.

Con esa medida la Comisión está llevando la teoría de los actos propios, mal definida en el Título Preliminar del Proyecto, a extremos alarmantes, pues legitima su aplicación incluso en materia de nulidad, lo que es rechazado en doctrina de manera unánime.

El nivel de irreflexión alcanzado con una norma como ésta realmente nos deja perplejos. Con esta norma se abarca prácticamente todo. De este modo, si alguien celebró un acto jurídico cuando adolecía temporalmente de incapacidad, una vez recuperada su capacidad no podrá accionar

64. *Ibid.*

65. Caso n.º 2381-97-Tacna, Diario Oficial «*El Peruano*», 31/01/99, p. 2560.

por nulidad, en caso haya ejecutado el acto antes de percatarse del vicio que éste tenía.

En otras palabras, gracias a esta aberración que se pretende convertir en norma, un sujeto podría estar condenado a la validez y eficacia de un acto jurídico que en esencia es nulo.

El inciso 2 del artículo propuesto sigue la misma línea de su predecesor, caracterizándose también por ser absolutamente injustificado y por generar consecuencias jurídicas contrarias a nuestro actual ordenamiento jurídico.

En dicho inciso la Comisión postula como fórmula, que el Juez que durante un proceso advierta la existencia de una causal de nulidad del acto, simplemente no haga nada definitivo; sólo se limite a informar a las partes y al Ministerio Público sobre su hallazgo. Es más, la Comisión enfatiza que el Juez nunca, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, puede declarar la nulidad de oficio.

Como indicamos anteriormente, nuestro Código Civil de 1984 se pronuncia en sentido distinto al sugerido por el Proyecto, en tanto establece que el Juez sí puede declarar la nulidad de oficio, aunque con la condición de que dicha nulidad sea manifiesta.

¿Cómo justificar la eliminación de la nulidad de oficio? No lo sabemos y si la Comisión lo sabe no ha querido explicarlo.

En vista de que no encontramos argumentos con los que se pueda justificar la modificación que sugiere la Comisión, tendremos que utilizar un camino distinto. Así, preguntémonos por qué no es *urgente* ni *necesario* modificar el artículo 220 del Código Civil de 1984, o más aún, por qué no es conveniente hacerlo.

La respuesta, a decir verdad, no es tan complicada; basta con recordar dos características esenciales de la noción que en nuestro medio jurídico se maneja respecto de la nulidad de oficio.

En primer lugar, que si un acto es susceptible de nulidad es porque adolece de un vicio grave, de modo que ese acto jurídico afecta directamente el orden público. En segundo lugar, la constatación de que el texto de la norma de 1984 exige que la nulidad sea manifiesta.

Se entiende que la nulidad es manifiesta cuando la causal que la produce se encuentra al descubierto de manera clara y patente. Además, para que el Juez pueda declararla es necesario que sea competente para ello⁶⁶.

En la misma línea se han pronunciado los Tribunales peruanos al sostener «*Que, el artículo 220 del Código Civil faculta al juzgador a declarar de oficio la nulidad siempre y cuando ésta resulte manifiesta, por lo cual, contrario sensu, el juez no tiene esa facultad cuando tales condiciones no estén presentes [...]*»⁶⁷.

Como se puede advertir, al unir ambas características encontramos la razón por la cual el artículo 220 en vigencia debe permanecer tal cual está.

Lo que la norma actual establece no es que el Juez, porque le dé la gana, analice exhaustivamente el acto jurídico sobre el cual se discute y, de encontrar algún vicio que como tal atente contra el orden público, declare la nulidad de dicho acto, sin dar a las partes la posibilidad de pronunciarse u opinar al respecto; lo único que establece la norma es que si la nulidad salta a la vista, si está presente en un grado tal que sea imposible no notarla, el Juez puede voltear la mirada, pues mal haría en pronunciarse sobre los efectos de un acto jurídico que, en realidad, carece de validez.

Así, el texto vigente del artículo 220 no señala que el Juez pueda declarar la nulidad cada vez que lo crea conve-

66. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 932.

67. Caso n.º 456-96. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 38, Lima, enero 2001, p. 24.

niente; la norma no autoriza al Juez a examinar la validez del acto jurídico cuando esa validez no es parte de la discusión o del conflicto que tiene que resolver.

En los casos en los cuales la nulidad no sea manifiesta, el Juez no podrá declararla de oficio pues, admitir lo contrario, podría dar lugar a serias complicaciones e injusticias, en la medida de que podrían generarse situaciones en las que esa nulidad sí podría ser discutida e, incluso, ser susceptible de ser interpretada.

La norma únicamente exige –y con razón– que declare la nulidad cuando aquélla sea obvia. La norma no vulnera el derecho de defensa de las partes, lo que hace es tutelar el interés de la sociedad pues, lo reiteramos, si un acto jurídico es nulo, lo es por afectar el orden público.

Partiendo de las ideas que acabamos de esbozar, podemos afirmar que la modificación que se plantea en el Proyecto no tiene razón de ser y mucho menos puede calificarse como una *enmienda*. La norma propuesta pervierte esas nociones esenciales de la nulidad de oficio, lo cual es preocupante.

Imaginemos un proceso en el que se discute sobre la ejecución una donación de un bien inmueble y nadie se ha dado cuenta de que el acto jurídico respecto del cual se discute es nulo por carecer de escritura pública (argumento del artículo 1625 del Código Civil). El Juez advierte el vicio del que adolece la donación, pero no puede declararla pues la ley le exige seguir con el proceso y avisar a otros para que sean ellos quienes decidan si quieren demandar o no la nulidad. Si deciden hacerlo, sería necesario otro proceso.

Incluso, si las partes pidieran la nulidad extemporáneamente, el Juez no podría pronunciarse sobre tal pedido, pues la pretensión no se habría formulado en momento oportuno, por lo que se verían forzadas a iniciar un nuevo proceso.

Definitivamente la Comisión ha olvidado conceptos básicos en Derecho Civil y en sede de nulidad. Resulta imperdonable un artículo como éste, que no sólo se burla de la economía procesal, generando gastos inútiles de recursos y tiempo, sino que, por si eso fuera poco, contraviene nociones elementales de acto jurídico.

En nuestra opinión el Juez que conoce de una causa debería no sólo poder declarar la nulidad, sino que debería tener la obligación de declararla de oficio, cuando ella sea manifiesta⁶⁸.

68. Resulta importante también conocer qué dice el Derecho comparado respecto del tema que estamos tratando. En primer lugar, citaremos el artículo pertinente del Código Civil de la República Argentina:

Artículo 1047.-«La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida. Puede también pedir su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación».

Como podemos observar, el Código argentino al igual que el nuestro, permite que la declaración de nulidad pueda aplicarse de oficio por el Juez, respetando el requisito de que sea manifiesta, como bien lo señala la doctrina de ese país. Señala también la norma citada que la nulidad puede alegarse por quien tenga interés para hacerlo, no importando si éste es directo o indirecto; pero plantea una excepción, que es el caso de aquel que cometió el acto conociendo el vicio o de quien debió conocerlo. Esta excepción no está presente en nuestro Código Civil; sin embargo, la Comisión plantea, como ya se ha analizado, precisar en la norma que si las partes, en el caso de los incisos 1 y 2 del artículo 219, ejecutaron el acto con conocimiento del vicio, no podrán alegar la nulidad.

Por su parte, el Código Civil brasileño señala en su artículo 168 que la nulidad puede ser alegada por cualquier interesado o por

La nulidad es algo que interesa a todos, es de orden público, implica la contravención del ordenamiento jurídico; ¿cómo no poder declararla de oficio?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 226.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.	Artículo 226.- Incapacidad de uno de los sujetos Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la incapacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sea indivisible la prestación o su objeto.

En este artículo, aunque con una redacción defectuosa, la Comisión ha adoptado la idea que el suscrito propusiera en Tentaciones Académicas⁶⁹, años atrás. En tal sentido sólo nos queda dar las gracias.

el Ministerio Público, cuando quepa su intervención. Además, establece que la nulidad debe ser pronunciada por el Juez, cuando concierne al negocio jurídico o a sus efectos y se encuentren probadas, no siendo permitido salvarla, aunque haya solicitud de las partes a estos efectos. Ello quiere decir, que esta norma consagra también la nulidad de oficio y establece que la nulidad puede ser alegada por cualquier interesado, sin señalar si este interés debe ser directo o no.

Como hemos podido observar, las dos normas citadas a manera de ejemplo muestran que dentro de los ordenamientos jurídicos citados está contemplada la figura que nos ocupa, es decir, la nulidad de oficio, si bien cada uno con sus respectivos matices. Además, es de resaltar que ambos Códigos establecen, al igual que el peruano de 1984, que la nulidad puede ser alegada por cualquier interesado, tema que el Proyecto peruano pretende variar, siendo ésta, por los argumentos ya expuestos, una opción desacertada.

69. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 331.

Libro III
DERECHO DE FAMILIA

Sección Segunda
SOCIEDAD CONYUGAL

Título III
RÉGIMEN PATRIMONIAL

Capítulo Primero
DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los	Artículo 295.- Elección y formalidad del régimen patrimonial del matrimonio 1. Antes o en el acto de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. 2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. 3. No será necesario otorgar escritura pública cuando lo declaran en el acto de la celebración matrimonial, lo que deberá constar en el acta.

interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.	4. Para que surta efecto ante terceros, debe inscribirse en el registro personal. El notario o el alcalde, en su caso, dispondrán que se envíen los partes al registro. 5. A falta de escritura pública o de declaración ante funcionario municipal se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.
--	--

Uno solo es el cambio que se propone respecto del actual artículo 295 del Código Civil. Éste consiste en introducir la posibilidad de que el régimen de separación de patrimonios no se establezca antes de la celebración del matrimonio, sino en el propio acto del matrimonio.

De acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos, la propuesta se sustenta en liberalizar la voluntad de los contrayentes en la misma ceremonia matrimonial, así como en unificar en un solo acto la voluntad nupcial, economizando costos, trámites y tiempo. La Comisión espera que esta fórmula tenga un impacto en las relaciones económicas en general, dado que del matrimonio surgen y se consolidan tales relaciones.

Sin embargo, a nuestro entender, esta consideración que puede sonar tan bien al leerla en voz alta, no tiene mayor trascendencia y, por consiguiente, no va a tener mayor futuro por una razón tan sencilla que para la Comisión ha pasado inadvertida.

Cuando una pareja decide casarse por el régimen de separación de patrimonios es por razones que, generalmente, desea guardar en reserva y preferiría no hacer públicas para que el resto de personas empiecen a preguntarse por qué esa pareja se casa bajo el régimen de separación de patrimonios, sea por las razones que fuere.

Entonces, resultaría muy raro pensar que alguna pareja quiera que, en su ceremonia matrimonial, con los amigos, los parientes y, en general, con todos los asistentes a la ceremonia civil, que incluso a veces se realiza inmediatamente después de la ceremonia religiosa, el alcalde o funcionario anuncie en voz alta que de conformidad con el artículo 295 del Código Civil, los contrayentes han elegido el régimen de separación de patrimonios.

Se supone que el matrimonio es un acto en el cual no debería haber ninguna suspicacia. El tema del régimen económico escogido por la pareja no tiene por qué hacerse público durante la boda. ¿Qué pareja va querer compartir esta información para ser luego objeto de comentarios o especulaciones?

¿Qué impacto en las relaciones económicas tendrá una enmienda como ésta que, en la práctica, ténganlo por seguro, no sería aplicada?

La Comisión, otra vez con buenas intenciones, sugiere una enmienda que nos confirma que el Proyecto de Reformas se ha elaborado, en gran parte, sin tomar en cuenta la realidad. Esta enmienda, que se vende como *urgente y relevante*, no es sino una sutileza de escuela.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 296.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde de su inscripción.	Artículo 296.- Sustitución voluntaria del régimen patrimonial 1. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública. 2. Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal.

Tras leer esta enmienda propuesta no podemos dejar de cuestionarnos cuáles son los cambios *urgentes* que se quiere efectuar.

La respuesta a esta interrogante viene a ser ya una constante: en esta mal llamada *enmienda*, no hay cambio *urgente* alguno.

Cabe destacar que en este caso, sin embargo, es aún peor pues, en estricto, no hay cambio alguno. El sentido de la norma es exactamente el mismo que el del precepto en actual vigencia.

La gran modificación propuesta es simplemente una cuestión teórica que, como tal, no tiene mayor injerencia en los hechos, en tanto los efectos prácticos serían exactamente iguales a los que emanan de la norma vigente.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
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 rige en los casos considerados en las leyes especiales.	Artículo 315.- Disposición o gravamen de los bienes sociales 1. Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención de ambos cónyuges. El acto practicado en contravención de lo anterior es anulable a solicitud del cónyuge que no intervino o de sus herederos. 2. No obstante lo establecido en el párrafo 1 cualquiera de los cónyuges puede ejercer la facultad de disponer de los bienes sociales o gravarlos, si tiene poder especial del otro. 3. Lo dispuesto en el párrafo 1 no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tam-

	poco rige en los casos considerados en las leyes especiales. 4. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición que requieran el asentimiento del otro, siempre que existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendándose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo. 5. El acto es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento fue otorgado, pero de dicho acto no surgirá obligación personal ni responsabilidad alguna para él.
--	---

La primera y más importante conclusión que podemos extraer de comparar ambas normas, es que en la enmienda sólo se ha tratado de solucionar uno de los tantos problemas que trae el artículo 315 del Código Civil de 1984.

Se señala en la exposición de motivos que la regulación vigente de la disposición o gravamen de los bienes sociales, prevista en el artículo materia de comentario, ha generado posiciones jurisprudenciales diversas, así como criterios administrativos contrapuestos en el ámbito registral respecto a la contravención de la regla de la intervención conyugal conjunta para la disposición de los bienes sociales.

Según la Comisión, con la propuesta se subsana la omisión y se regula la diversidad de criterios que han tratado de hallar la solución más correcta, estableciéndose que el acto practicado contraviniendo la regla general de la intervención conyugal conjunta para la disposición de bienes sociales es sancionada con anulabilidad. En este sentido, cuando uno de los cónyuges disponga unilateralmente de

los bienes sociales, el cónyuge que no interviene en el acto de disposición o sus herederos podrán demandar la anulabilidad. Como se sanciona con anulabilidad –y no con nulidad el acto de disposición unilateral– es posible la confirmación de este acto por quienes están facultados para demandar la anulabilidad.

Así, actualmente la discusión que genera el artículo 315 se circunscribe a determinar si se trata de un acto anulable o un acto nulo, es decir, cuál es el carácter de ese acto. La Comisión trata de zanjar el tema diciendo que ese acto es anulable. Y, claro, los actos son anulables también cuando la ley los declara anulables.

Resulta evidente que se ha preferido ir por el camino de la anulabilidad porque el acto anulable –a diferencia del nulo– es susceptible de confirmación.

No obstante ello, lo cierto es que no se soluciona ningún problema, en la medida de que se mantienen todos los inconvenientes relativos a la disposición de bienes que hace uno de los cónyuges sin poder del otro, porque al fin y al cabo, el tercero que contrata con el cónyuge puede ser perjudicado si éste no tenía poder ni asentimiento del otro.

La enmienda bajo análisis no soluciona el problema de fondo del que adolece el artículo 315, puesto que no otorga una verdadera respuesta respecto de los serios inconvenientes que se desarrollan en las relaciones de los cónyuges con terceros y que atentan contra la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

Ése es un problema que los seguidores del Análisis Económico del Derecho han resaltado desde hace más de quince años, y es un problema que no encuentra solución en esta enmienda, porque la Comisión no se ha atrevido a dar el paso de establecer la presunción contraria, es decir, la presunción, no del régimen de sociedad de gananciales,

sino del de separación de patrimonios, cambio que ha sido propuesto por nosotros.

Si se estableciera esa presunción, y sólo si estuviera inscrita la sociedad de gananciales, ambos cónyuges tendrían que intervenir. Caso contrario, el tercero presumiría la separación de patrimonios. De donde se seguiría que en una transacción, en tanto se presumiría la separación de patrimonios, se acrecentaría la seguridad jurídica⁷⁰.

Para finalizar nuestra revisión de esta enmienda, consideramos conveniente advertir que, además de no resolver el problema sustancial del artículo 315, su redacción resalta por no ser clara, en tanto no se entiende si el inciso 5 sería de aplicación de manera general o únicamente respecto del inciso 4.

Capítulo Tercero SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 329.- Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le correspon-	Artículo 329.- Sustitución judicial del régimen 1. El régimen de separación puede ser establecido por el juez: a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa.

70. Para mayor ilustración remitimos al lector a nuestra obra *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. (CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004).

den o actúa con dolo o culpa.
Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquel. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

b) Si el otro cónyuge ha sido declarado judicialmente interdicto o condenado por delito doloso.
c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado.
2. Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las medidas concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. Entre los cónyuges la sentencia que declara fundada la sustitución del régimen patrimonial surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada.

El artículo 329 del Código Civil de 1984 regula lo que se conoce como sustitución judicial del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Como puede apreciarse al leer la enmienda propuesta, en ésta se han agregado algunas causales.

No tenemos nada que discutir respecto de aquélla según la cual el cónyuge abandonado podría pedir la sustitución judicial del régimen por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. También resulta clara la causal que legitima que se solicite la sustitución cuando el otro cónyuge ha sido condenado por delito doloso.

Esas dos nuevas causales resultan, a nuestro entender, convenientes por seguir la orientación que inspira a la

norma. No obstante, la tercera de las causales que la Comisión ha decidido introducir deviene, por el contrario, en más que cuestionable.

¿Cómo es que la Comisión puede considerar *urgente* que se agregue como causal que el otro cónyuge haya sido declarado judicialmente interdicto?

Decimos esto, pues se ha olvidado de que entre las razones por las cuales se puede declarar a una persona interdicta están el ser un ebrio habitual o toxicómano; o por padecer de alguna enfermedad que disminuya su criterio. En otras palabras, la declaración de interdicto, en no pocas ocasiones, se encuentra vinculada a algún tipo de penuria.

Además, y esto es importante subrayarlo, cuando el otro cónyuge hubiera sido declarado interdicto, se le tiene que nombrar un representante para que actúe a nombre de él y muy probablemente el representante será su mujer o su esposo quien –según el caso– lo representará.

De ello se sigue que no habría necesidad de liquidar el régimen de sociedad de gananciales y transformarlo en régimen de separación de patrimonios, porque en ese caso no habría culpa o dolo del representado.

De haber culpa o dolo se ingresaría al supuesto ya contemplado en el literal *a)* del inciso 1 de la enmienda propuesta y en el primer párrafo del artículo 329 vigente.

Sección Tercera

SOCIEDAD PATERNO-FILIAL

Título II

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Capítulo Cuarto

FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

Admitimos que los adelantos científicos en materia de reproducción humana ofrecen un abanico de posibilidades, dudas y situaciones que hasta hace poco sólo podíamos imaginar. Esto nos confronta con una serie de cuestiones éticas, sociales, morales y legales, que hacen imposible que podamos voltear la mirada e intentar ignorar esta nueva realidad.

No obstante, estamos seguros de que en el caso específico de la fecundación humana asistida, las relaciones a las que ella da lugar se caracterizan por su complejidad. Por consiguiente, las esferas jurídicas que pueden verse afectadas no son las mismas en todos los supuestos. Tratar de reglamentar cada situación resulta por demás imposible, y más aún en un cuerpo normativo como el Código Civil.

Los criterios adoptados por la Comisión no resultan, en nuestra opinión, apropiados, en tanto los mismos conllevan, en los hechos y como veremos, a un tratamiento desigual e injustificado respecto de los derechos de hombres y mujeres.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 417-A.- Filiación mediante fecundación médicamente asistida

	1. La filiación derivada de las técnicas de reproducción médicamente asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo. 2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
--	--

Tal cual destaca la Comisión, las técnicas de reproducción médicamente asistida (TERMA) son procedimientos válidos que permiten el ejercicio del derecho a la reproducción, también conocido como derechos sexuales. Tal regulación se establece en concordancia con lo prescrito en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Advierte la Comisión, que si bien las TERMAS son métodos supletorios frente a la infertilidad, éstas no deben contrariar –en la medida de lo posible– los principios rectores que inspiran la filiación. Por ello, se reconoce expresamente que la filiación derivada de las TERMAS se regula por las normas vigentes, es decir, por las establecidas en el Código Civil, Sección Tercera, Sociedad Paterno-Filial, aplicándose especialmente las consideradas en este capítulo.

También en la exposición de motivos se enfatiza que, a fin de consolidar la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebidos mediante las TERMAS, expresamente se prohíbe hacer cualquier referencia en el documento de identidad (DNI) o en el Registro de Estado Civil, acerca de la forma cómo se realizó la concepción, ni de la clase de TERMA utilizada.

El fundamento de la propuesta, señala la Comisión, radica en medidas discriminatorias contra aquellos niños venidos al mundo por las TERMAS, no importando la for-

ma de reproducción, sino el ser humano que en las mismas surge, teniendo en cuenta que la vida humana es digna de la más amplia protección.

Teóricamente uno podría llegar a pensar que la enmienda propuesta constituye un acierto de la Comisión. Y es que, quién puede discutir que, en efecto, no debe hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal, ni en el Registro de Estado Civil.

Sin embargo, eso que en un principio podría aparentar ser un acierto, en realidad no lo es, pues la Comisión no está solucionando ningún problema, en tanto no existe documento personal alguno en el que se indique el tipo de reproducción del que proviene cada ser humano. No existe un *registro de fecundaciones*, por ejemplo.

Ni en la partida de nacimiento, ni en el DNI, ni en Registro alguno se guarda información relativa a si el niño fue fecundado de manera natural o gracias a algún método de reproducción asistida; nadie anota si fue producto de una violación, si fue deseado por los padres o si fue un error de cálculo; todo ello, a pesar de no existir una norma que expresamente lo prohíba.

En ningún documento o registro consta ese tipo de información, justamente por ser contraria a la dignidad de la persona. Si consideramos *urgente* esta enmienda, tendríamos que introducir infinidad de normas prohibitivas similares, y, aún así, no se eliminaría el riesgo de que una norma posterior o especial las modifique o derogue.

Pero por supuesto que la Comisión no se conforma con proponer la introducción de una nueva norma, sino que opta por proponer una serie de enmiendas adicionales, los artículos 417-B, 417-C, 417-D y 417-E, cuyos textos comentaremos a continuación.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 417-B.- Determinación de la filiación matrimonial 1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el párrafo 3. 2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero. 3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que se realice dentro del plazo máximo de seis meses de la muerte del marido.

Con esta norma la Comisión intenta establecer los parámetros según los cuales un niño procreado gracias a la ayuda de la ciencia es considerado como hijo matrimonial y también cuándo no es considerado de esa manera.

Cabe resaltar que lo dispuesto en esta norma debe ser interpretado en concordancia con lo que la propia Comisión propone en el artículo 4 y en el artículo 417-E.

Ahora bien, advertido ello, no podemos dejar de manifestar nuestro asombro por lo que para la Comisión constituye una enmienda *urgente* y, en realidad, no hace sino positivizar una medida discriminatoria, en tanto conlleva un trato desigual e injusto para las mujeres.

Nos explicamos.

En el primero de los incisos se indica expresamente que los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida.

Nos vemos obligados a subrayar que de acuerdo al artículo 417-E, que se refiere a la determinación de la maternidad, la madre *es quien lo parió*, por lo que para que el niño sea hijo matrimonial, se presume, además, que la esposa de ese hombre al cual le pertenece el material genético es quien da a luz, sin importar que el óvulo fecundado sea de otra mujer.

De esta manera, si quien da a luz al niño no es la esposa, a pesar de que ella esté de acuerdo e, incluso, sea su óvulo el fecundado con el material genético de su esposo, no sería su hijo y, por lo mismo, no sería un hijo matrimonial.

En un supuesto como el planteado, el niño sería hijo de esa otra mujer y del esposo de quien, legalmente, no tendría parentesco o derecho alguno respecto de esa criatura que ha sido concebida con su óvulo.

Como resulta evidente, este escenario nos presenta un absurdo, en tanto se perjudica siempre a la mujer que, a pesar de poder concebir, no puede gestar, ya que a ella le resultaría inútil que la ciencia le otorgue la posibilidad de ser madre, en tanto el Derecho la estaría despojando de la oportunidad de valerse de ella, lo que no ocurre respecto de los hombres, a quienes este tipo de normas sí protegen.

Así, siguiendo esta misma línea de pensamiento, en el segundo de los incisos, la Comisión le soluciona el problema

a aquellos hombres que tienen problemas de fertilidad y que, aún así, desean tener un hijo con su esposa. De esta manera, se señala que si existe asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero, el hijo también será matrimonial.

Pese a que el citado artículo no lo manifiesta explícitamente, se sobreentiende que el inciso 2 únicamente favorece a los hombres pues, lo repetimos, en el Proyecto presentado por la Comisión, legalmente se considera como madre a quien alumbró a la criatura, sin importar si entre ella y el niño existe o no algún parentesco a nivel genético.

Por último, en el inciso tercero se indica que en los casos de reproducción médicamente asistida *post mortem* con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que tal fecundación se realice dentro del plazo máximo de seis meses contado desde la muerte del marido.

Se entiende, siguiendo una interpretación sistemática de los artículos propuestos por la Comisión, que quien geste al niño debe ser la viuda, aunque no importaría si utiliza o no su óvulo o el de una tercera persona pues, lo reiteramos, en el Proyecto se establece que madre es quien pare al niño.

En la exposición de motivos, la Comisión argumenta que ha contemplado la posibilidad del caso de la TERMA *post mortem*, tomando en consideración la existencia de los bancos de semen y que, en virtud del principio de la autonomía privada, una persona en vida decida por este tipo de técnica. Si bien ello no resulta del todo natural, es preciso facilitar a la viuda la descendencia de su marido utilizando su material genético dentro de un plazo (6 meses), período fijado con la finalidad de que el hijo nazca protegido por la presunción *pater est* y para evitar la zozobra o pendencia de la partición hereditaria.

En nuestra opinión esos seis meses son adecuados y convenientes en materia hereditaria en tanto, de no establecerse, el niño no tendría derecho hereditario alguno por haber sido concebido tras la muerte del causante. No obstante, esos seis meses no se justifican en lo que concierne a la condición de hijo matrimonial. En ese caso el plazo debería ser más amplio, pues al que va afectar va a ser al niño, en especial si tomamos en cuenta que, como veremos en el artículo 417-C, incluso se va a poder impugnar la paternidad cuando el niño haya sido concebido fuera de dicho plazo.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 417-C.- Impugnación de paternidad Procede la impugnación de paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el párrafo 2 o fuera del plazo establecido en el párrafo 3 del artículo 417-B.

La Comisión, en el artículo 417-C permite la impugnación de la paternidad de niños procreados por métodos de reproducción médicamente asistida de la mujer.

En dicha norma se contemplan dos supuestos.

Por un lado, el supuesto en el cual no ha habido asentimiento expreso del marido y el material genético es de un tercero, supuesto que, además y en nuestra opinión, debería constituir una causal de divorcio.

En este caso, el problema consiste en que, si el material genético provino de lo que se conoce como un banco de

esperma, de declararse fundada la impugnación, ese niño legalmente no tendría un padre.

Por otro lado, el segundo de los supuestos plantea que en los casos de reproducción médicamente asistida *post mortem* con material genético del marido, se podría impugnar la paternidad si aquella fecundación no se realizara dentro del plazo máximo de seis meses de la muerte del marido.

De acuerdo a la Comisión, para el caso especial de la práctica de una TERMA *post mortem* fuera del plazo referido se dispone, a fin de evitar una tutela indefinida con la presunción *pater est*, así como para evitar la pendencia de la partición hereditaria, que se podrá contestar la paternidad.

Así, se posibilitaría que se pueda impugnar la paternidad, a pesar de que en los hechos (que son lo que importa) ese niño sí sería hijo biológico de quien figura como su padre, quien, además ha sido esposo de su madre, y cuyo apellido se le quiere arrebatar con la finalidad de que ese hijo no nazca protegido por la presunción *pater est* y para evitar la zozobra de la partición hereditaria.

Para la Comisión la aparente seguridad jurídica está por encima de los derechos que tiene ese niño a llevar el apellido de su padre. En nuestra opinión, se ha cometido un error, pues si bien aceptamos que, por seguridad jurídica, ese niño no debería entrar en la repartición de la masa hereditaria, no podría negársele su condición de hijo; no se le podría negar tal condición porque no se puede ni se debe ir contra la realidad.

Si de todas maneras se quería plantear una propuesta, la Comisión debió proponer el plazo de los seis meses únicamente para efectos hereditarios.

Tengamos presente que, si nos restringimos a las normas y principios del Derecho Sucesorio, quien hubiese sido concebido cuando su padre ya hubiere fallecido, no ten-

dría por qué heredar en tanto, reiteramos lo obvio, ni siquiera había sido concebido al momento de la muerte.

No se puede heredar si no se ha sido concebido al momento de la muerte del causante. Al concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece, pero al no concebido no se le considera nacido para efecto alguno y, mucho menos, para todo lo que le favorece.

De tal manera, que si se le concibe después del plazo de los seis meses, *que juega a favor del niño* en lo que concierne a los derechos hereditarios, sí debería tener la condición de hijo, pues en efecto es hijo, pero no la posibilidad de heredar.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 417-D.- Determinación de la paternidad extra-matrimonial 1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genético, equivale al reconocimiento de la filiación. 2. La utilización de material genético de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación pater-filial. 3. En la reproducción médicamente asistida <i>post mortem</i> con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el párrafo 3 del artículo 417-B.

El artículo 417-D constituye otra de las novedades que ofrece la Reforma en materia de Derecho de Familia, misma que consiste en los criterios según los cuales se determina la paternidad extramatrimonial.

En el inciso primero se establece que no mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida –por ejemplo, una pareja de amigos– el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización del material genético, equivale al reconocimiento de la filiación.

En nuestra opinión la exigencia de fecha cierta resulta innecesaria, en la medida de que lo relevante es el asentimiento, es decir el que exista una manifestación de voluntad indubitable. Tengamos presente que no estamos abordando un tema patrimonial, sino que lo que está en juego es el bienestar de un niño y su derecho a ser reconocido por su padre.

Por otro lado, el inciso segundo no presenta mayores dificultades, pues la Comisión ha optado por la solución más conveniente que, asimismo, es la que predomina en el Derecho comparado.

Por último, respecto del tercero de los incisos, basta con remitirnos a lo que ya hemos comentado al revisar el inciso 3 del artículo 417-B.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 417-E.- Determinación de la maternidad 1. El parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja.

	2. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro.
--	---

De acuerdo a lo propuesto por la Comisión, el parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja.

Así, esta norma no hace otra cosa que reiterar lo que ya se encuentra sugerido respecto del artículo 4, esto es que «*la madre es siempre la que lo parió*», tema que hemos comentado en extenso al estudiar el citado precepto. En tal sentido, juzgamos conveniente remitir al lector a lo que allí hemos expuesto.

Sin perjuicio de esa remisión, consideramos oportuno dedicar unas líneas al segundo de los incisos que dan contenido al artículo 417-E. Según el inciso 2, no serían exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro.

Al respecto, entonces, debemos indicar que, como es lógico, aun considerando válidos este tipo de acuerdos, no se podría exigir la ejecución forzosa de los mismos.

Si la madre sustituta, contratada antes de que se realice la implantación del óvulo fecundado, decide incumplir con su parte del contrato, es evidente que no se le podría exigir que cumpla. No obstante, si el o los gametos ya hubiesen sido implantados, sí se le podría exigir que lo haga porque el aborto está prohibido.

El problema es que, aun mediando consentimiento de ambas partes –pues se supone que ha habido un acuerdo–, legalmente el niño sería hijo de la mujer que le dio a luz.

Dentro de tales consideraciones, la única que se perjudicaría sería la señora que trató de verse favorecida con los avances de la ciencia, los mismos que le ofrecían la posibili-

dad de ser madre. Esa señora, cuyo óvulo fue fecundado con el material genético de su esposo e implantado en esa tercera persona, no será la madre, aunque su esposo sí sea considerado como el padre.

Definitivamente, la opción adoptada por la Comisión es sumamente injusta y discriminatoria en perjuicio de la mujer.

Sección Cuarta AMPARO FAMILIAR

Título II INSTITUCIONES SUPLETORIAS DE AMPARO

Capítulo Segundo CURATELA

En realidad, en esta parte no tenemos nada que comentar, en la medida de que los cambios que se proponen respecto de los artículos 564, 569, 610 y 612 únicamente se justifican en tanto ha sido necesario que dichas normas se adapten a las modificaciones introducidas en la Reforma respecto de los artículos 43 y 44 del Código Civil.

De esta manera, la única razón por la que la Comisión considera *urgentes* estas enmiendas es porque en el Libro de Personas ha propuesto cambios en las normas sobre capacidad e incapacidad de ejercicio, cambios que como destacamos en su momento, no son ni *urgentes*, ni *necesarios*.

Siendo así las cosas, creemos conveniente transcribir las enmiendas que, reiteramos, no tienen mayor relevancia al ser sólo consecuencia de modificaciones introducidas en otro Libro del Código Civil, a cuyos comentarios nos remitimos.

Por último, cabe preguntarse por qué, en este Título, además de modificaciones sin importancia, se ha sugerido la derogación de diez artículos, los numerales 566, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 592, 594 y 613.

Lamentablemente, en la exposición de motivos, nada se dice al respecto.

Para muestra basta con revisar dos de las normas que se pretende eliminar sin motivo alguno.

Así, según el artículo 587 hoy vigente, pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 588 únicamente pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

De la sola lectura de las dos normas, queda, a nuestro entender, clarísimo, que ambas son en extremo relevantes en materia de curatela. La primera determina quiénes pueden pedir la curatela del mal gestor, la segunda quiénes están legitimados para solicitar la declaración judicial de interdicción del ebrio habitual y del toxicómano.

¿Cómo poder considerar *urgente* el que normas como éstas sean eliminadas?, ¿en qué perjudican esos preceptos?, ¿en qué beneficia que se deroguen?

Las respuestas a estas interrogantes son, a nuestro entender, tan evidentes que no vale la pena siquiera ensayarlas; basta con decir que con esta iniciativa la Comisión nos confirma lo defectuoso de su Proyecto de Reformas Urgentes.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 564.- Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8.	Artículo 564.- Sujetos a curatela 1. Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, inciso 2 y 44, incisos 2 y 3. 2. No se puede nombrar curador para los incapaces sin previa declaración judicial de interdicción, salvo el caso del inciso 2 del artículo 44.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
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. 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.	Artículo 569.- Prelación para la curatela La curatela de las personas a las que se refieren los artículos 43, incisos 2, y 44, incisos 2 y 3, corresponde: 1. Al cónyuge no separado judicialmente. 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.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 610.- La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.	Artículo 610.- Cese de curatela por rehabilitación 1. La curatela instituida conforme a los artículos 43, inciso 2, y 44, inciso 3, cesa por declaración judicial que levante la interdicción. 2. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 612.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.	Artículo 612.- Rehabilitación del incapaz La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, incisos 2, y 44, inciso 3, se concede sólo cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 566.- No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44.	Artículo 566.- Se deroga.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.	Artículo 584.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 585.- Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.	Artículo 585.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 586.- Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.	Artículo 586.- Se deroga.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 587.- Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.	Artículo 587.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 588.- Sólo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por si o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.	Artículo 588.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 589.- La curatela de los incapaces a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia.	Artículo 589.- Se deroga.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 590.- El curador del ebrio habitual y del toxicómano debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación conforme a las reglas contenidas en los artículos 576, 577 y 578.	Artículo 590.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 591.- El pródi-go, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.	Artículo 591.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 592.- El curador de los incapaces a que se refiere el artículo 591 representa legalmente a los hijos menores del incapaz y administra sus bienes, a menos que estén bajo la patria potestad del otro padre o tengan tutor.	Artículo 592.- Se deroga.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 593.- Los actos del pródi-go y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa. Los delebriohabitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.	Artículo 593.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 594.- Las personas que pueden promover la declaración de interdicción y el curador pueden demandar la anulación de los actos patrimoniales practicados en contravención del artículo 591.	Artículo 594.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 613.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refiere el artículo 44, incisos 4 a 7, sólo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.	Artículo 594.- Se deroga.

Libro IV
DERECHO DE SUCESIONES

Sección Primera
SUCESIÓN EN GENERAL

Título II
PETICIÓN DE HERENCIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 664.- El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.	Artículo 664.- Petición de derecho hereditario. Prescripción 1. El que se considere con derecho a ser llamado a la herencia puede solicitar el reconocimiento de su calidad de heredero. La pretensión se tramita como proceso de conocimiento y se dirige contra quien actúe a título sucesorio, posea o no los bienes o derechos de la masa, o el respectivo causahabiente de toda o parte alícuota de la herencia, con el objeto de excluirlo o para concurrir con él. 2. Los acreedores del que tenga derecho a ser llamado a la herencia están legitimados para ejercer directamente la pretensión petitoria, conforme al artículo 1219, inciso 4. 3. A la pretensión del inciso 1 pueden acumularse: a) La de declarar heredero legal al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración

	judicial o notarial de herederos por sucesión legal, considera que con ella se han preterido sus derechos. b) Su derecho de participación sobre todos o parte de los bienes o derechos de la herencia y los frutos respectivos que considera que deben pertenecerle y, en su caso, la de nulidad de partición a que se refiere el artículo 865. 4. Las pretensiones a que se refiere este artículo prescriben como las acciones personales, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de prescripción adquisitiva. 5. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a lo establecido en los artículos 806 y 807.
--	--

El primero de los veintiún artículos respecto de los cuales se plantean cambios en el Libro de Derecho de Sucesiones es el artículo 664.

Son varias las modificaciones que se han propuesto a la citada norma. De las mismas, son dos los temas en los que consideramos necesario enfocar nuestro análisis.

El primero de ellos es el referido a la prescripción de la acción petitoria de herencia.

Hoy en día el texto del Código Civil en materia de acción petitoria de herencia, señala que ésta es imprescriptible, representando en nuestro ordenamiento jurídico el emblema de las acciones imprescriptibles, como excepción a la regla de que todo prescribe o todo caduca.

Nos explicamos.

En un sentido amplio, se suele denominar como *prescripción* a aquellos fenómenos que parecen consistir en una modificación que experimenta determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo.

Messineo se aproxima a esta noción cuando califica a la *prescripción* como un evento vinculado con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva lo define como el modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de la falta de ejercicio⁷¹.

Por su parte, Díez-Picazo enfatiza que, en realidad, fundamentar la prescripción exclusivamente sobre el transcurso del tiempo contribuye a oscurecer el panorama. Si bien se admite que el transcurso del tiempo como hecho jurídico altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas, lo cierto es que el mismo no pertenece a la sustancia de la prescripción⁷².

Así, el citado autor llama la atención sobre la inexactitud en que se incurre cuando se define a la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio del derecho. Señala, al respecto, que aunque el titular incida en inactividad o en inercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento.

A esta idea hay que agregar que la prescripción no puede ser acogida de oficio por el Juez. La prescripción

71. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, tomo II, p. 610.

72. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil*. Op. cit., p. 981.

debe ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella.

Lo dicho nos permite demarcar la idea de prescripción a partir de dos perspectivas⁷³:

Desde el punto de vista estructural, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un período de plazo razonable, puesto que es antisocial y contrario al fin o función para los que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudiendo hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente.

Por otro lado, desde el punto de vista funcional, la prescripción es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo.

Esta perspectiva funcional nos permite apreciar claramente que en la prescripción se protege, sobre todo, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas, de las cuales se ha perdido la memoria, pues el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercidos⁷⁴.

«Las funciones de la prescripción, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correla-

73. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil*. Op. cit., p. 1000.

74. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil*. Op. cit., p. 999.

tiva de desventaja, y segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Las funciones jurídicas reales de la prescripción, examinada desde un contexto de incertidumbre, son dos: para el caso concreto, descartar la atendibilidad judicial de un proceso inidóneo en tanto que configurado como privadamente inútil, ahorrando a las partes costos procesales; desde una perspectiva general, disminuir la carga procesal de la judicatura en relación a procesos no meritorios, lo que no es sino una visión de lo que ocurre para el Estado, de la sumatoria de descartes de procesos privadamente inidóneos»⁷⁵.

En lo que respecta a la caducidad, la misma es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares.

En la caducidad se protege el interés general en una pronta certidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el Juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado, dado el tiempo transcurrido⁷⁶.

Su justificación, como resulta evidente, radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen

75. CUEVA GARCÍA, David Ernesto. «Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva». En: *Ius et veritas*, año X, n.º 21, Lima, p. 106.

76. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 999.

inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

Ahora bien, ya en lo que respecta a la acción petitoria de herencia, debemos señalar que el Código Civil peruano de 1984 ha considerado, sin duda, la enorme importancia de esta acción, en base al derecho de toda persona de poder contar con el patrimonio que le corresponde y que, por diversas razones, no posee, luego de una sucesión.

Pero –lo reiteramos–, más allá de la importancia de esta acción, lo que correspondería es formularnos la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 664 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción petitoria de herencia, dicha acción sería imprescriptible.

Aquí tampoco cabe duda de que, independientemente de la gravedad del tema controvertido, la respuesta negativa se impone, pues fuera de cualquier otra consideración jurídica, no tendríamos ninguna razón absolutamente contundente para sostener la imprescriptibilidad de dicha acción, a menos que la ley –como en efecto lo ha hecho– señalase su carácter imprescriptible.

Entonces, de no haberse precisado en la ley su carácter imprescriptible, igualmente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

En el Proyecto de Enmiendas Urgentes, se advierte que la acción petitoria no debe ser imprescriptible, aunque esta idea se sustenta en un razonamiento distinto al que acabamos de esbozar.

De acuerdo a lo señalado por la Comisión en la exposición de motivos, resulta absolutamente imprescindible suprimir la imprescriptibilidad, en tanto no se debe confundir un derecho a heredar, que es de carácter personal,

con un derecho real sobre bienes concretos en los cuales ya haya copropiedad.

Más allá de argumentaciones teóricas en las que se podría cuestionar si la acción petitoria constituye una acción real o una acción personal, la pregunta de fondo es si dicha acción debe o no prescribir, es decir, si es conveniente que prescriba o no.

En tal sentido, consideramos apropiado, primero, explicar el por qué se ha adoptado como criterio la imprescriptibilidad respecto de la acción petitoria de herencia.

Así, debemos señalar que el fundamento de la imprescriptibilidad se sustenta en la propia materia del derecho que se protege pues, recordemos, con la acción petitoria de herencia se tutela el derecho a la herencia, un derecho que incluso se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.

Tratándose de un derecho a participar en el patrimonio de una determinada persona que –en la mayoría de los casos– tiene relación de parentesco con el causahabiente, no es extraño, entonces, que en nuestro ordenamiento jurídico vigente se haya previsto la imprescriptibilidad de la acción petitoria de herencia.

De manera más general, podemos decir que se parte del entendimiento de que ponerle un plazo prescriptorio podría generar supuestos de hecho injustos, en la medida de que hay ocasiones en las cuales no se conoce la condición de heredero. Actualmente, por ejemplo, si una persona descubre su condición de hijo del causante después de quince años de la muerte de aquél y, asimismo, se entera de que fue –evidentemente– preterido en la sucesión, podría interponer una acción petitoria de herencia para hacer valer, precisamente, su derecho a la herencia.

Por esa razón, esto es, que no siempre se tiene conocimiento de la condición de heredero, la ley establece actualmente –y, en realidad, siempre lo ha establecido–, que la acción petitoria es imprescriptible. A ello hay que agregar que en el Código Civil de 1984, si bien se adopta como criterio la imprescriptibilidad para, lo reiteramos, tutelar el derecho a la herencia, el tercero de buena fe siempre se encuentra protegido, lo que, a su vez, protege la seguridad jurídica de las transacciones.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer las buenas intenciones que inspiran esta enmienda. Incluso podemos ir un poco más lejos y admitir que el establecimiento de un plazo prescriptorio, como opción legislativa, podría ser conveniente en la medida de que con aquél no se dejaría desprotegidos a los herederos, pero se fomentaría una conducta diligente de éstos.

Desde esta perspectiva, sin embargo, aún subsistiría un problema: determinar el momento desde el cual debería empezar a correr el plazo prescriptorio.

Si dicho plazo se empezara a contar desde el momento de la muerte del causante, sí se podrían generar situaciones injustas pues, lo repetimos, no son pocos los casos en los que el momento de la muerte no coincide con el momento del conocimiento de la condición de heredero.

Insistimos, la lógica de la acción petitoria de herencia no se sustenta en el descuido en el ejercicio de los derechos. Si alguien sabe que es heredero, lo habitual es que se presente a la declaratoria de herederos.

Así las cosas, la prescripción sí tendría asidero en el supuesto de una persona que, sabiendo su condición de heredero, no la hace valer durante diez años.

En tal sentido, si se quisiera plantear un plazo prescriptorio –como de hecho se plantea en el Proyecto de Reformas Urgentes– aquél debería empezarse a computar

desde el momento en el cual el eventual heredero, tras la muerte del causante, toma conocimiento de su condición de tal.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 673.- La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.	Artículo 673.- Plazo de aceptación o renuncia 1. Si el llamado a la sucesión como heredero no la aceptara ni renunciara dentro de los noventa días de conocido por él el contenido del testamento o, en su caso, de haber adquirido firmeza la declaración de sucesión legal y llamamiento de herederos, los demás llamados a la sucesión, los acreedores de aquéllos y de ésta, pueden requerirlo notarialmente para que dentro de un plazo no mayor de noventa días desde notificado el requerimiento, declare si acepta la herencia o la renuncia. Si se desconociera el domicilio, el requerimiento será judicial y por edictos, tramitándose como proceso no contencioso. 2. A falta de declaración de aceptación expresa, o de que el requerido haya supeditado su aceptación al resultado del inventario de la masa, o de renuncia dentro del plazo señalado en el inciso 1, la herencia se tiene por aceptada pura y simplemente, salvo que el llamado fuera una persona incurso en los artículos 43 ó 44 o una repartición estatal.

La Comisión también plantea la modificación del artículo 673, referido al plazo de aceptación o renuncia de la herencia.

Empecemos por señalar que, en efecto, sí es posible renunciar a la condición de heredero. Eso, obviamente, no es cuestionado por nadie. La pregunta a contestar es cuándo se puede renunciar a la condición de heredero, y si es preciso ser declarado, primero, como tal.

A nuestro entender, la renuncia puede realizarse antes de la declaración, en la medida de que, como el mismo término lo indica, ésta no es constitutiva de derechos sino declarativa. De allí que, por ejemplo, el ordenamiento jurídico permita que se realice la cesión de derechos hereditarios sin poner como límite que el cedente haya sido declarado previamente como heredero.

Con esta premisa, podemos retomar la pregunta principal: ¿A partir de qué momento debería computarse el plazo de tres meses señalado en el artículo 673 del Código Civil de 1984?

Una posibilidad es que se tome como momento de inicio del cómputo el de la muerte del causante, por ser un momento objetivo y, además, por ser, como todos sabemos, un instante clave dentro de la lógica del Derecho de Sucesiones.

En nuestra opinión, sin embargo, no debería entenderse el inicio del cómputo desde la muerte del causante, aspecto en el que coincidimos con la Comisión de Reforma. Sin embargo, si bien la muerte del causante constituye un hecho objetivo y, por consiguiente, verificable, no es menos cierto que en no pocas ocasiones, ese momento no supone que quien es su heredero conozca su condición de tal. Incluso, muchas veces por diversas circunstancias, el heredero no se entera de la muerte del causante hasta mucho tiempo después de ocurrida ésta.

La Comisión llega a esta misma conclusión, aunque con un razonamiento distinto, pero no por ello excluyente. Según señala, es obvio que el plazo no podría ser desde la muerte, ya que el llamamiento que se puede aceptar o renunciar es el contenido en testamento o el legal. Para ilustrar su afirmación cita como ejemplo el caso del testamento. En tal supuesto, el plazo para solicitar la protocolización del ológrafo es de un año, de modo que hasta entonces no se sabe quién es el llamado en aptitud de renunciar.

En todo caso y –como también se resalta en la Exposición de Motivos– considerando que los demás interesados en la sucesión tienen derecho a una situación de seguridad respecto de los llamados que guarden silencio, en consecuencia, es necesario establecer un plazo que fomente esa seguridad.

Pensando en ello, en el inciso 1 de la enmienda, se establece un plazo prudencial de noventa días, lo que no implica, en esencia, un cambio del criterio actual que señala un plazo de tres meses; la novedad es que ese plazo se cuenta desde uno de dos momentos cuya certeza puede determinarse: el conocimiento del testamento o la declaración de herederos legales.

Lo único que podría cuestionarse de esta posición es que, como hemos advertido al revisar el artículo 664, en ocasiones el que una persona sea declarada heredera no significa que tenga conocimiento de que haya sido declarada como tal.

No obstante, consideramos que esta crítica carecería de objeto en tanto, en el caso concreto del artículo 673, la presunción de aceptación es a favor del heredero. No se presume que vencido el plazo de los noventa días se renuncia a la herencia, sino que, por el contrario, se presume que la acepta, lo que, en definitiva y en la medida en que la ley dispone que las deudas del causante serán cubiertas

teniendo como límite el patrimonio dejado por éste, no perjudica al heredero.

Ahora bien, aunque admitimos que, en efecto y como advierte la propia Comisión, la norma propuesta busca remediar el censurable vacío de nuestra legislación actual (que omite fijar el momento inicial del plazo para la aceptación o renuncia), y se deja así de lado la criticable decisión legal del artículo 673 actual (de aceptación presunta, si no se renuncia en los plazos señalados, cuyo momento inicial no se indica), consideramos que, en general, la solución propuesta ha sido demasiado elaborada. En nuestra opinión, hubiese bastado con agregar una línea al texto vigente en la que se estableciera que no se puede renunciar a la condición de heredero o aceptarla, si ya hubiese sido declarado como tal.

Título IV

ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 679.- El derecho de aceptar o renunciar la herencia, se transmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado.	Artículo 679.- Transmisión de la delación 1. El derecho de aceptar o renunciar herencias o legados se transmite a los sucesores. Este derecho se pierde si el sucesor renuncia a la herencia del primer llamado. 2 Los plazos a que se refiere el artículo 673 se cuentan a partir de la muerte del primer llamado.

La siguiente enmienda que se plantea es la del artículo 679. La norma propuesta ha sido dividida en dos incisos.

En el segundo de ellos simplemente se ha transcrito lo establecido en el párrafo segundo del precepto hoy vigente. La modificación, entonces, se encuentra en el primero de los incisos.

Como puede apreciarse, el cambio consiste en que, a diferencia de lo prescrito en el primer párrafo de la norma actual, la transmisión del derecho a renunciar o aceptar ya no se restringe a las herencias, sino que se extiende a los legados.

Ahora bien, si es *urgente* o *necesario* realizar esa modificación, resulta en extremo discutible.

Por un lado, puede sostenerse que sí, pues se supone que a la muerte del causante el legatario sería titular de un derecho sobre el bien legado que puede aceptar, o, incluso, al que puede renunciar, en virtud de lo establecido por el artículo 773 del Código Civil. Si el legatario falleciera antes de haber aceptado, ese derecho que –de acuerdo a esta posición– ya habría entrado en su esfera jurídica, debería poder transmitirse a sus herederos.

Por otro lado, puede sostenerse también lo contrario, aduciendo que la condición de legatario es una condición *intuitu personae* y, en consecuencia, no puede ser transmitida, por lo que, de fallecer el legatario antes de haber aceptado el legado, éste regresaría a la masa hereditaria en favor de los herederos del causante.

Frente a estas dos posibilidades cabría preguntarse, entonces, qué sería mejor: que esos derechos pasen a los herederos del legatario o que el legado se revierta a la masa hereditaria.

La Comisión se ha decidido por la primera de las alternativas, no obstante, y por cuanto existen razones para justificar ambas posturas, este tema podría ser objeto de debate.

Más allá de dicha pregunta, debemos señalar que la modificación propuesta no era *urgente* ni *necesaria*, ya que en doctrina se entendía que los alcances del artículo 679 podían aplicarse no sólo a las herencias sino también a los legados.

En efecto, Augusto Ferrero⁷⁷ –comentando el actual artículo 679– señala que «siendo la aceptación y la renuncia derechos que les asiste no sólo a los herederos sino también a los legatarios, debe entenderse que el plazo también se interrumpe cuando fallece el legatario dentro del plazo para renunciar, pudiendo sus herederos, por transmisión, ejercer el derecho al que se refiere el artículo 679».

Por su parte, Lohmann⁷⁸ señala que en el caso de que el segundo muerto sea legatario no puede transmitir un *ius delationis* (derecho de aceptación) del que carece, porque los legatarios adquieren el legado por el solo hecho de la muerte del testador causante, sin requerir aceptación⁷⁹. Por

77. FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998, pp. 141-142.

78. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, vol. XVII, tomo I, pp. 273 y 274.

79. No compartimos lo señalado por el autor en torno a que el legatario no requiere aceptación, sino que opera de pleno derecho. El artículo 773 del Código Civil establece expresamente que «es aplicable al legado la disposición del artículo 677», precepto que –a su vez– establece que «la aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión».

Más aún, en el supuesto negado de que los legatarios adquieren el legado por el sólo hecho de la muerte del testador –tal como lo señala Lohmann–, la norma modificatoria no tendría sentido, ya que no podría transmitirse a los sucesores el derecho de aceptar el legado.

cierto que los herederos de tal legatario pueden renunciar al legado, pero hablando con propiedad no renuncian a él como elemento sucesorio de la herencia del primer muerto, sino que renuncian a reclamar algo que ya pertenecía y era de propiedad del segundo muerto, aunque éste hubiese omitido realizar los actos para incorporarlo realmente a su haber.

Título V REPRESENTACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 682.- En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna.	Artículo 682.- Representación ilimitada La representación es ilimitada en la línea de los descendientes, aunque haya una sola estirpe.

Ahora bien, en el Título IV se propone modificar el artículo 682. Según comenta la Comisión en la Exposición de Motivos, el cambio obedece a la necesidad de evitar que se interprete que cuando hay una sola estirpe la sucesión es por derecho propio, y que no hay representación.

Debemos advertir que esta enmienda únicamente podría considerarse como *necesaria* si se realizara una interpretación perversa de la norma vigente pues, aunque la Comisión sostenga algo distinto, hoy –de ningún modo– se colige de la norma que cuando hay una sola estirpe no hay representación.

Lo que la norma propuesta estaría enmendando sería esa interpretación equivocada y que hoy no tiene cabida en nuestro sistema jurídico, de donde se sigue que, en definitiva, la enmienda, en realidad, no implicaría cambio alguno, ni positivo, ni negativo.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 683.- En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681.	Artículo 683.- Representación en la línea colateral En la línea colateral, los descendientes de los hermanos y tíos carnales tienen derecho de representación según el lugar y grado de éstos, a recibir la herencia que a éstos les correspondería si viviesen o a la que hubieran renunciado o perdido por indignidad.

Por otro lado, se sugiere modificar –innecesariamente en nuestra opinión– el artículo 683.

Supuestamente esta enmienda tiene por finalidad corregir la complicada redacción del texto actual, además de pretender ampliar los casos de representación colateral, que actualmente están restringidos sólo a los sobrinos que concurren con sus tíos, hermanos del difunto.

A decir verdad, el texto mismo de la enmienda es confuso y, por lo mismo, no es tarea sencilla encontrar su sentido. Haciendo un esfuerzo y partiendo de lo que resulta lógico, debemos suponer que la referencia a los tíos carnales y a su descendencia, implica que el causante no tenga hermanos.

De esta manera, en realidad no se estaría ampliando notablemente los supuestos contemplados en la norma, como se sostiene en la Exposición de Motivos, ni tampoco se estaría aclarando su texto.

En todo caso, hubiera sido más adecuado, y por tanto menos confuso, que se señalara «los descendientes de los hermanos y, en su defecto, de los tíos carnales».

Sección Segunda SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Título II FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS

Capítulo Segundo TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en 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. 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	Artículo 696.- Formalidades esenciales Las formalidades esenciales del testamento por escritura pública son: 1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y un testigo en el caso del artículo 697. 2. Se mantiene el mismo texto. 3. Se deroga. 4. Se deroga. 5. Que el testamento sea leído en voz alta por el notario, por el testador o por el testigo testamentario en el caso del artículo 697. 6. Se mantiene el mismo texto. 7. Se mantiene el mismo texto. 8. Que el testador, el notario y, en su caso, el testigo, firmen la escritura pública en el mismo acto.

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, viéndolo 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.

La siguiente norma que se propone reformar regula un tema de gran importancia para la seguridad jurídica, esto es, el de la formalidad de los testamentos.

De los ocho incisos que componen la norma vigente, se sugiere modificar tres, esto es, el inciso 1, el 5 y el 8; y, además, derogar los incisos 3 y 4.

La intención que subyace esos cambios no es otra que la de simplificar las formalidades, lo que, aunque puede, en el corto plazo, significar una reducción de los costos, en el mediano y en el largo plazo podría resultar más costoso, en la medida de que, como hemos advertido en más de una oportunidad, a mayor formalidad, mayor seguridad jurídica.

Partiendo de esta premisa, revisemos los cambios que se plantean.

En el inciso 1 se elimina el requisito de los testigos, el cual únicamente será necesario en los casos previstos en el artículo 697, pero restringido a un solo testigo. De esta manera, la presencia de un testigo –ya ni siquiera dos– sólo sería un requisito cuando el testador sea ciego, o analfabeto o sordo. En todos los otros supuestos, bastaría que se encuentren presentes el testador y el notario.

En nuestro modo de ver las cosas, hubiera sido mejor que la Comisión simplemente disminuyera el número de testigos a uno, como lo ha hecho respecto de lo previsto en el artículo 697, mas no eliminara este requisito, sencillamente porque al hacerlo la seguridad jurídica disminuye. Se está dejando como todo testigo del acto al propio notario que da fe del mismo.

Por otro lado, se propone la derogación del inciso 3, el cual actualmente señala que el notario debe escribir el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.

Esta derogación sí la consideramos conveniente, pues con ella se posibilita que el notario se valga, por ejemplo, de las evidentes bondades de una computadora.

El problema se presenta con la propuesta de derogación del inciso 4, que hoy establece que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

Resulta evidente que la derogación de este requisito sería un grave error, pues significaría disminuir enormemente la seguridad jurídica que debe primar en los testamentos.

Si se permite que el notario no tenga, necesariamente, que transcribir el testamento con su puño y letra, es lógico

que deba exigirse que, al menos, firme cada una de las páginas que lo conforman, lo que no generaría mayores costos y, ni siquiera, implicaría perder demasiado tiempo.

Los cambios en los incisos 5 y 8 obedecen solamente a la modificación planteada respecto del inciso 1, de aquí que nos limitamos a reafirmar nuestro desacuerdo con la eliminación de la exigencia del testigo pues, insistimos, conllevaría irremediablemente la disminución de la seguridad jurídica.

Título III

LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 723.- La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.	Artículo 723.- Legítima. No-ción. Cálculo 1. La legítima constituye la parte del valor del patrimonio del causante, calculado como se establece en el inciso siguiente. 2. El patrimonio del causante sobre el que se determina la legítima es el resultado de sumar al valor neto de la masa sucesoria el valor de todas las donaciones u otras liberalidades efectuadas por el causante, con excepción de: (a) las efectuadas verbalmente; (b) las no colacionables a que se refieren los artículos 837, 838 y 839 y (c) las efectuadas a no legitimarios diez años antes de la apertura de la sucesión. Para calcular el valor neto de la masa sucesoria no se incluyen en los

	pasivos las cantidades por los conceptos a que se refiere el artículo 869. 3. Lo dispuesto en el artículo 835 también se aplica para calcular el valor de las liberalidades a no legitimarios. 4. Las disposiciones de este Título se aplican a la sucesión legal.
--	---

La enmienda planteada respecto del artículo 723 sí puede calificarse, a nuestro modo de ver, como urgente y necesaria.

En esta parte, estamos de acuerdo con la Comisión en que el nuevo texto cumpliría una función importantísima, crucial, y además poco sabida por la generalidad de personas, pues no sólo define la noción de legítima, sino que además establece cuáles son los criterios que se deben seguir para calcularla.

Antes de pasar a revisar otra de las propuestas, quisiéramos manifestar nuestra complacencia por la acertada decisión que ha adoptado la Comisión, en el sentido de restringir las donaciones o liberalidades otorgadas a no legitimarios, a aquéllas realizadas hasta diez años antes de la apertura de la sucesión.

A decir verdad, hace varios años, al analizar el tema de la donación inoficiosa en nuestro Tratado de los Contratos Típicos⁸⁰, advertimos la necesidad de reducir el plazo, a fin de brindar mayor seguridad jurídica. Nos alegra saber que nuestra sugerencia no ha pasado desapercibida.

80. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos. El Contrato de Suministro. El Contrato de Donación*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, vol. XIX, tomo I, 2002.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 729.- La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.	Artículo 729.- Aplicación de normas Las disposiciones de la sucesión legal se aplican supletoriamente a la participación, concurrencia o exclusión de legítima.

En este caso, la Comisión plantea una enmienda que consideramos acertada, en tanto corrige un error que ha sido criticado por toda la doctrina nacional.

Así, sugiere que se modifique el texto de la norma, de manera tal que ya no se confunda, como ocurre hoy en día, dada la defectuosa redacción del artículo 729 del Código de 1984, la expresión *cuota de legítima* con *cuota de sucesión legal*, pues la primera podría ser mucho menor a la segunda.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 771.- Si el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquéllos no será menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.	Artículo 773.- Se deroga.

La siguiente enmienda consiste en la derogación del artículo 771 que, actualmente, consagra la llamada Cuarta Falcidia, la cual es una institución anacrónica que limita la facultad de disposición del testador, aunque no tenga legitimarios o herederos forzosos.

Comenta Augusto Ferrero que esta institución ya estaba plasmada en el Código de 1852, y así pasó al Código de 1936, en su artículo 728. Refiere que en su Tratado de Derecho de Sucesiones, Rómulo Lanatta explicaba que la finalidad de esta institución fue la 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 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 concordamos⁸¹.

En tanto coincidimos en que, no habiendo herederos forzosos o legitimarios, la voluntad del testador no debería restringirse, estamos de acuerdo con esta enmienda.

81. FERRERO, Augusto. Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente exposición de motivos. En: http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/civil/SUCESIONES/libro4.htm

Título VIII

ALBACEAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 788.- Los albaceas no son representantes de la testamentaria para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y del caso del artículo 787, inciso 10.	Artículo 788.- Intervención procesal 1. El albacea tiene legitimación para intervenir en representación de la sucesión indivisa como demandante, demandado, litisconsorte o coadyuvante, según corresponda, en todos los procesos de los que el causante fue parte y en todos los procesos relativos a la sucesión o masa sucesoria. 2. Si el albaceazgo fuera conjunto, bastará la intervención de uno cualquiera de ellos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

El cambio propuesto respecto del artículo 788 del Código Civil de 1984 constituye una de las pocas modificaciones del Proyecto de Reforma que, en realidad, sí pueden calificarse como enmiendas necesarias y hasta urgentes.

Siguiendo lo señalado por la Comisión, debemos resaltar que la enmienda modifica la regla del artículo 788 actual, que es limitativo, causante de serios problemas prácticos y, en parte, contradictorio con el artículo 791, lo que en los hechos podría generar y, en efecto, genera serios

inconvenientes. Cabe advertir además que el inciso 2 recoge el mismo principio establecido en el artículo 68 del Código Procesal Civil, cuya idea reproduce para disipar cualquier duda.

De esta manera, con la norma propuesta sí se solucionaría un problema y, por consiguiente, sí resultaría necesaria.

Sección Tercera

SUCESIÓN INTESTADA

Título I

DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
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, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, 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.	Artículo 816.- Órdenes sucesorios 1. Son llamados a heredar del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto orden, los hermanos y sus descendientes; del quinto orden, los abuelos; del sexto orden, los tíos carnales y sus descendientes; del séptimo orden, los demás ascendientes y los demás parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad. 2. El cónyuge también es llamado a heredar en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Las modificaciones relativas a la Sección de Sucesión Intestada se inician con la propuesta de enmienda del artículo 816.

Actualmente en dicha norma se establecen los órdenes sucesorios.

La Comisión plantea como urgente y necesario, aunque sin explicar adecuadamente el por qué, cambiar el orden de preferencia allí dispuesto.

Como puede apreciarse, la enmienda no representa mejoras en lo que concierne a la claridad del texto, pues, pese a que en principio la mayoría de enmiendas se han caracterizado por dividir los artículos en varios incisos, aquí no ha sucedido lo mismo (sólo se han consignado dos) y –tal vez– sí hubiese sido necesario hacerlo.

La única mejora es que el cónyuge, en el caso de que no hubieran hijos u otros descendientes, sólo concurriría a heredar con los padres del causante, ya no con los demás ascendientes.

Los otros cambios en el orden de sucesión responden a criterios arbitrarios que, de ningún modo, pueden catalogarse como *urgentes* y *necesarios*.

Así, en general y con excepción de lo dispuesto para el caso del cónyuge, la modificación sugerida es, entonces, una cuestión de política legislativa y no una modificación que solucione un problema real.

Título II

SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 819.- La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Éstos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por stirpe, cuando concurren con hijos del causante.	Artículo 819.- Sucesión de nietos y otros descendientes La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes conforme a las reglas de la representación.

Ahora bien, el siguiente de los artículos que se sugiere modificar es el 819.

Por alguna razón que no terminamos de entender, la Comisión sostiene que el cambio es indispensable porque, supuestamente, hoy existe una contradicción entre el texto del artículo 819, relativo a la sucesión por cabeza, en un caso, y por stirpe, en otro, y el del artículo 682, precepto que establece que la representación es ilimitada en la línea descendente.

En nuestra opinión y como lo viene demostrando actualmente la interpretación y consecuente aplicación de dichas normas, no existe tal contradicción, como lo acreditan los libros más representativos de Sucesiones (César Fernández Arce, Guillermo Lohmann Luca de Tenna y Augusto Ferrero).

Título III

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 821.- Si no hubiere padres, heredan los abuelos, en igual forma que la indicada en el artículo 820.	Artículo 821.- Sucesión de abuelos y demás ascendientes. Los abuelos, así como los demás ascendientes, heredan en igual forma que la indicada en el artículo 820.

La siguiente norma que se sugiere modificar es la contenida en el artículo 821, relativa a la sucesión de los abuelos y de los demás descendientes.

En la Exposición de Motivos se argumenta que al haberse cambiado el orden sucesorio (después de los padres, los hermanos y, en su caso sobrinos, antes que los abuelos), es necesaria la modificación.

En realidad y siendo coherentes con nuestra posición respecto del arbitrario cambio propuesto al artículo 816, no podemos sino calificar de innecesaria esta enmienda, pues no hace otra cosa que adaptar el texto vigente a lo establecido en la citada *enmienda*.

Título IV

SUCESIÓN DEL CÓNYUGE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 824.- El cónyuge que concorra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.	Artículo 824.- Concurrencia con padres del causante. El cónyuge que concorra con los padres del causante hereda una parte igual a la de cada uno de ellos.

El siguiente de los artículos del Código Civil que se propone enmendar es el 824, sugiriéndose la modificación del criterio que hoy rige para los casos en que el cónyuge concurre con los padres del causante.

Actualmente, tal vez por no haberlo advertido al momento de la redacción del Código Civil de 1984, se establece que el cónyuge que concurre con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.

De esa manera, el texto actual dispone que el cónyuge que concurre con padres herede un tercio, lo cual no genera crítica alguna, aunque lo contrario ocurre si en vez de concurrir con los padres concurriera con los cuatro abuelos, supuesto en el cual heredaría un quinto.

Así las cosas, coincidimos con la Comisión en que la norma debe limitarse a la concurrencia del cónyuge con los padres del causante.

Esta enmienda guarda directa relación con la que se propone para el artículo 816 que ya hemos comentado y respecto de la cual hemos resaltado que, justamente, el único cambio que debería realizarse es el relativo a la prelación del cónyuge que sólo debería concurrir con hijos o descendientes, o con padres, y debería ser preferido a todos los demás órdenes.

Título V

SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 828.- Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar,	Artículo 828.- Parientes colaterales Los parientes colaterales son llamados a heredar en el orden

la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluyendo los más próximos a los más remotos, salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación de sus padres, de conformidad con el artículo 683.

que establece el artículo 816 hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluyendo los más próximos a los más remotos, salvo el derecho de los sobrinos, sobrinos nietos y primos hermanos, quienes heredan siempre por representación, de conformidad con el artículo 683.

Sobre la enmienda al artículo 828, referida a la sucesión de los parientes colaterales, no creemos que haya nada que comentar pues, como se advierte en la exposición de motivos, ella únicamente se justifica en el cambio propuesto al artículo 816 respecto de los órdenes sucesorios y del régimen de representación.

Como subrayamos en el momento apropiado, no juzgamos, de ningún modo que dichos cambios al artículo 816 sean *urgentes* o *necesarios*, y, en consecuencia, esta enmienda tampoco.

El único acierto del que hace gala la enmienda de la norma contenida en el artículo 816, es respecto de la prioridad que debe tener el cónyuge en la sucesión, lo que, en estricto, no supone la necesidad de enmendar el artículo 828.

Sección Cuarta
MASA HEREDITARIA

Título I
COLACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 833.- La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor. Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su valor. En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.	Artículo 833.- Forma de colacionar La colación se hace incluyendo el valor de la liberalidad en la masa distribuible entre los legitimarios, para recalcular las cuotas a fin de que el colacionante tome de menos en la partición un tanto igual al valor de lo que ya recibió.

La Comisión inicia sus propuestas de modificación en la Sección Cuarta del Libro de Sucesiones, proponiendo cambios al artículo 833, de modo que el colacionante ya no tenga la posibilidad de elegir si devuelve el bien o el valor de la liberalidad.

Conviene leer la Exposición de Motivos:

«Se modifica el criterio actual de reintegrar, o sea, devolver en dinero el valor de la liberalidad a la cuota legitimaria o, a opción del colacionante, de restituir el objeto de liberalidad a la masa hereditaria, que se configuran como un auténtico retorno patrimonial que produce la extinción (real o económica) de la liberalidad.

Además, se considera altamente inconveniente que la elección de colacionar en valor o en especie quede deferida en favor de quien debe colacionar porque eso es, hasta cierto, una imposición injustificada en contra de los intereses de los otros legitimarios y, además, contrario a la voluntad del donante. A poco que se medite se advertirá que si el colacionante elige devolver el bien es porque muy probablemente ya no le interesa, y posiblemente por la misma razón tampoco interese a los otros legitimarios, quienes sin embargo se verían compelidos a aceptar que la masa de la que son cotitulares se acreciente con algo que no les interesa y que, además, el causante donante ya no tenía en su patrimonio porque lo había transferido al donatario. Como por efecto de la devolución en especie el bien se considera como si hubiese pertenecido al causante al momento de su fallecimiento, dicho bien integrará la masa partible y si el colacionante lo está devolviendo, lo lógico es que no quiera que le toque en la partición. Y llevando las cosas a extremos, acaso los otros legitimarios tampoco quieran que les toque en pago de su cuota legitimaria».

Como podemos observar, la Comisión está partiendo de un supuesto no siempre cierto, esto es, que quien opte por devolver el bien, lo haga porque ya no le gusta o porque ya no le es útil. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones la razón sobre la que se fundamenta esta elección es distinta.

En la mayor parte de situaciones en las que se opta por la devolución del bien, la razón se basa en que, justamente, resulta más fácil devolverlo que venderlo y luego devolver su valor.

Tengamos presente que no todas las personas cuentan necesariamente con la liquidez que una circunstancia como la planteada les podría exigir. Si el bien vale, por ejemplo, diez mil dólares y el colacionante no cuenta con esa cantidad de dinero, resulta más eficiente que opte por devolver el bien en vez de venderlo o, incluso, de tener que conseguir un préstamo para tal efecto.

Además, tengamos presente que, es probable, que pese a que el bien sea valorizado en diez mil dólares, al venderlo no se pueda obtener esa cantidad y el colacionante, forzado siempre a la devolución del valor de la liberalidad, se vería injustamente perjudicado.

Insistimos. Ninguna de las soluciones es cien por ciento adecuada. No hay ninguna solución que vaya a ser justa siempre. En todo caso, la del Código no es peor que la de la enmienda.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 834.- El que colaciona en especie deducirá en su favor el valor de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.	Artículo 834.- Se deroga.

La Comisión, siendo coherente con la enmienda que sugiere respecto del artículo 833, propone la derogación del artículo 834 pues, de entrar en vigencia la citada enmienda, este último artículo carecería de sentido.

Por nuestra parte, guardando también coherencia con nuestro desacuerdo a la enmienda del artículo 833, por las razones que ya hemos explicado, también manifestamos nuestra disconformidad con esta derogación.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 835.- Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos	Artículo 835.- Reajuste del valor El valor a colacionar es el correspondiente al momento de la

valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, 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 la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.	liberalidad, actualizado a la fecha de la partición.
---	--

Como puede apreciarse al comparar ambos artículos, la Comisión propone modificar la norma en la que se establece el criterio según el cual se determina el valor a colacionar.

Conforme se argumenta en la Exposición de Motivos, se modifica el criterio del Código de 1984, que fija el valor a la fecha de la muerte, pues lo correcto es medirlo a la fecha de partición entre los legitimarios, que es cuando se valorizan todos los activos y pasivos para repartirlos. Y frecuentemente transcurre mucho tiempo entre la fecha de la muerte y la partición.

Tal cual se infiere, siempre la opción legislativa va a partir de la idea de cuál es el valor que debería tomarse en consideración: Si el valor es lo que, por ejemplo, valía la casa cuando se celebró el anticipo de legítima, o el valor de la casa es aquél que tenía al momento de la partición.

Como hemos subrayado en más de una ocasión, ello es extremadamente relativo, de modo tal que, ya sea con la solución vigente como con la que se propone en el Proyecto de Reforma, siempre alguna de las partes podría verse perjudicada, pues hay bienes que se deprecian, pero también otros que pueden aumentar su valor con los años.

La Comisión trata de solucionar ello sosteniendo en la Exposición de Motivos que no se debe reajustar el valor intrínseco del bien (que puede haberse depreciado o apreciado), sino el valor económico de la liberalidad cuando ella se hizo, pues de lo contrario podría haber graves distorsiones. Así, señalan a manera de ejemplo que un inmueble –otorgado a modo de liberalidad– tiene un valor en dinero, y es el valor del dinero el que se ajusta con referencia al poder adquisitivo, referencia a otra moneda y criterios o factores análogos que, por supuesto, deben ser aplicados por igual a todas las liberalidades.

Los criterios de la Comisión no resultan, como puede observarse, nada claros, menos aún si consideramos que ellos no emanan del texto de la norma.

En todo caso, lo que creemos necesario resaltar es que no se podrá nunca determinar *a priori* quién se va a perjudicar siempre o quién se va a beneficiar siempre; ninguna de las opciones legislativas puede evitar que en algunos casos se beneficie el colacionante y en otros los legitimarios.

Entonces, cualquier solución va a ser, al final, una solución arbitraria; cualquier solución podrá beneficiar o perjudicar a alguien. Y es que, en este tipo de situaciones nunca va a haber una solución justa para todos, de aquí que, en realidad, todo se reduce a una cuestión de política legislativa.

Al igual que la enmienda propuesta respecto del artículo 833, ésta no es una enmienda que otorgue una solución *urgente* y *necesaria* a un problema que generen nuestras normas vigentes. No es cuestión de urgencia, es –simplemente– una cuestión de opción legislativa.

En tal sentido y dado que, en definitiva, no se está enmendando nada, no consideramos que deba aceptarse la modificación. Al fin y al cabo, no tiene caso realizar cambios que no contribuyen a mejorar nuestro ordenamiento

jurídico. La enmienda sugerida por la Comisión no es ni mejor ni peor que la norma actual.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 840.- Los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión.	Artículo 840.- Se deroga.

Como se señala en la Exposición de Motivos, se propone la derogación del artículo 840 en tanto éste parte de la premisa de que la propiedad de lo anticipado se devuelve a la sucesión desde la muerte. La Comisión ha optado por modificar el sistema en el Proyecto de Reformas y, por ende, le sería necesario derogar el citado artículo.

Así, tal cual hemos anotado al revisar la enmienda del artículo 833, la Comisión plantea que la colación se realice incluyendo el valor de la liberalidad en la masa distributable entre los legitimarios, para volver a calcular las cuotas a fin de que el colacionante tome de menos en la partición un tanto igual al valor de lo que ya recibió.

De esta manera, según el sistema que pretende imponer la Comisión, el colacionante tendría siempre que devolver el valor de la liberalidad, es decir, ya no tendría la posibilidad de optar por devolver el bien en que haya consistido aquélla. La actualización de ese valor se haría conforme a lo previsto en la enmienda del artículo 835.

Como hemos advertido en su momento, ni la enmienda del artículo 833 ni la del artículo 835 constituyen cambios *urgentes* o *necesarios*, pues las mismas no constituyen

otra cosa que una opción legislativa distinta a la vigente, pero que no se puede considerar ni mejor ni peor que ésta.

Siendo coherentes con nuestra posición, no consideramos ni *urgente* ni *necesaria* la derogación pues, insistimos, la misma se funda en una modificación del sistema que tampoco es *urgente* o *necesaria*.

Título II INDIVISIÓN Y PARTICIÓN

Capítulo I INDIVISIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
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. Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia. Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legisla-	Artículo 846.- Indivisión testamentaria y legal 1. El testador puede establecer la indivisión forzosa de todo o parte de la herencia, hasta por un plazo de diez años. Salvo disposición distinta del testador, los copartícipes podrán distribuirse los beneficios que resulten, sin perjuicio de los derechos de los acreedores de la masa sucesoria. 2. La sucesión también permanecerá indivisa a partir de la publicación del sometimiento de la sucesión indivisa a cualquiera de los procedimientos concursales.

ción nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada.	
--	--

Actualmente, el artículo 846 de nuestro Código Civil de 1984 prevé la posibilidad de que el testador pueda establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia hasta por un plazo de cuatro años.

Si bien, como es sabido por todos, la indivisión no es una situación deseada por el Derecho, en el caso concreto de la norma bajo análisis, el legislador de 1984 pensó adecuado permitir esta posibilidad, considerando la consecución de una finalidad ulterior, esto es, que la empresa pueda desarrollarse durante esos cuatro años. Por supuesto y con el objetivo de no perjudicar a los herederos, se estableció también que los herederos se podrían distribuir normalmente las utilidades.

La Comisión lleva al extremo el espíritu que inspira a este precepto y propone extender su aplicación, de modo tal que el testador pueda establecer la indivisión forzosa de todo o parte de la herencia, hasta por un plazo, ya no de cuatro años, sino de diez años. Además propone que, salvo disposición distinta del testador, los copartícipes puedan distribuirse los beneficios que resulten, sin perjuicio de los derechos de los acreedores de la masa sucesoria.

En otras palabras, el testador podría, sin que haya una razón que lo justifique —que sí existe en el caso de la empresa—, disponer que sus herederos no puedan dividir los bienes que conforman la masa hereditaria, y no sólo eso, sino que el testador podría establecer un plazo de diez años que resulta, desde cualquier punto de vista, excesivo.

¿Qué utilidad tiene una norma como la propuesta? Ninguna. ¿Cuál sería el sentido, por ejemplo, que en su testamento el testador disponga que los herederos no podrán

dividirse los libros de su biblioteca hasta que transcurran esos diez años?

¿Qué, acaso el artículo 993 del Código Civil de 1984, respecto del cual no se ha planteado enmienda alguna, no impone que el pacto de indivisión celebrado entre propietarios no tenga un plazo de duración mayor a cuatro años?

¿Cómo es que los copropietarios tienen un límite de cuatro años, cuando son ellos mismos los que han tomado el acuerdo, y el testador tiene un límite de diez años, a pesar de que su decisión no lo va a afectar a él sino a sus herederos, quienes se verán forzados a ser copropietarios durante diez años?

Además, una norma como ésta dificultaría la circulación de la riqueza en tanto pondría trabas a que esos bienes sean, por ejemplo, vendidos, o incluso se invierta en ellos.

En nuestra opinión, el único acierto de esta enmienda consiste en corregir el texto actual del último párrafo agregado por la Ley n.º 27809, pues alude a una inscripción que no hay dónde efectuar, además de simplificar su complicada redacción.

Capítulo I PARTICIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 865.- Es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor, la pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento. La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.	Artículo 865.- Nulidad de la partición 1. Es nula la partición hecha con omisión de algún sucesor. 2. La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por último, se propone enmendar el artículo 865.

De acuerdo a lo señalado por la Comisión en la Exposición de Motivos, el cambio es imprescindible por varias razones:

La primera, es porque la norma alude a *preterición* y los actuales artículos 806 y 807 dotan al concepto de preterición el sentido de lesión cualitativa o cuantitativa de la legítima, no sólo de privación total de ésta, ni omisión de participación en el derecho hereditario, que alcanza incluso a los herederos no legitimarios. Además, el solo hecho de que a un legitimario se le haya dado en partición menos de lo que se cree con derecho, no es razón para anular el acto. En síntesis: el caso que debe regularse es aquél en el cual en el acto jurídico no haya intervenido algún heredero o legatario de cuota.

Coincidimos con los argumentos esgrimidos y, por lo mismo, consideramos que este cambio se encuentra justificado, en la medida de que con el mismo se clarifica el texto de la norma, habida cuenta de que actualmente ella hace que se puedan dar confusiones al interpretarla y aplicarla.

La segunda razón esgrimida por la Comisión, consiste en que no hay motivo para que la pretensión sea imprescriptible, con grave daño a la seguridad jurídica, debiendo tener concordancia con la modificación del artículo 664, que suprime la imprescriptibilidad.

El segundo de los cambios es una consecuencia de la modificación planteada respecto del artículo 664, en el cual se propuso que la acción petitoria de herencia prescribiera a los diez años, por considerarla una acción personal.

Sobre ese tema ya nos hemos pronunciado, por lo que invitamos al lector a que revise nuestros comentarios respecto de la enmienda al artículo 664.

En todo caso vale la pena recordar que, más allá de que la prescripción pueda resultar conveniente en alguna

medida, no es menos cierto que la imprescriptibilidad, en tanto no afecta los derechos adquiridos por los terceros de buena fe (sino que protege a los herederos que no conocen su condición de tales, de la mala fe con la que puedan conducirse sus coherederos), no representa una modificación que tenga carácter de *urgente*.

Además, cabe resaltar también que en el Proyecto de Reforma no se ha dejado claro cuál sería el momento a partir del cual empezaría a computarse el plazo prescriptorio.

Pero, en este artículo, aunque con una redacción defectuosa, la Comisión ha adoptado la idea que el suscrito propusiera en *Tentaciones Académicas*⁸² años atrás. En tal sentido sólo nos queda dar las gracias.

Libro V DERECHOS REALES

Sección Primera DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.	Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.

82. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 331.

Las propuestas de reforma al Libro de Derechos Reales se inician con el artículo 882, en el cual la Comisión recoge los comentarios que se han vertido sobre el tema en los últimos años.

Así, en principio, la Comisión ha recogido la propuesta que formulamos en el año de 1998 en *Tentaciones Académicas*⁸³. Allí expresamos que se debía flexibilizar el contenido del artículo 882 para que no constituya obstáculo al tráfico comercial y a la contratación contemporánea.

Señalamos en esa oportunidad que no debía negarse la posibilidad de prohibir, vía pacto, la enajenación o el gravamen de un bien; no obstante, advertimos que esa facultad de prohibir no debería ser ilimitada, pues una situación de ese tipo desnaturalizaría el derecho de propiedad.

Cabe resaltar, asimismo, que en *Analizando el Análisis*⁸⁴ desarrollamos con mayor profundidad el tema en el capítulo VII, titulado *Indulgencias y Ave Marías Ajenas*, por lo que remitimos al lector a lo allí señalado.

En *Tentaciones Académicas* propusimos un plazo de 20 años. En el año de 2001 una de las tantas Comisiones de Reforma asumió la propuesta, pero disminuyó el plazo a 10 años que es, en definitiva, el plazo que se adopta en el Proyecto bajo examen.

83. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. Op. cit.*, tomo II, p. 601.

84. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil. Op. cit.*

Sección Tercera

DERECHOS REALES PRINCIPALES

Título II

PROPIEDAD

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.	Artículo 923.- Noción. Ejercicio La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

Empecemos por decir que el modelo liberal del siglo XIX tuvo como gran protagonista de todos los sistemas jurídicos al derecho de propiedad. Alrededor de aquel derecho –que era considerado como absoluto, inalienable y sagrado– giraban todas las demás instituciones.

Posteriormente el modelo liberal es abandonado, de forma tal que la propiedad deja de ser el eje sobre el cual se construye el sistema del Derecho Privado. Así, en el siglo XX se abandona la noción de propiedad como derecho sagrado, absoluto e inviolable, aceptando que la misma puede someterse a límites a fin de asegurar su función social.

Esta transformación en el modo de concebir la propiedad –ya no como derecho ilimitado y eje del sistema– se encuentra plasmada en nuestro Código Civil de 1984.

El tema de la norma bajo comentario es lo que en *Analizando el Análisis*⁸⁵ denominamos como *fantasmas en la propiedad*, esto es, la existencia de una idea –falsa y radical– vendida por el Análisis Económico del Derecho, de que el artículo 923 consagra una propiedad relativa, capaz de convertirse en una más importante y absoluta.

Sobre el particular, lo primero que debemos resaltar es que el actual artículo 923 recoge, en su primer párrafo, los conceptos tradicionales de propiedad que le otorgan cuatro atributos esenciales. Sobre ello no hay nada que discutir.

Los debates, entonces, se centran en el tema de los límites al ejercicio del derecho de propiedad. Actualmente esos límites son la ley y el interés social.

Ahora bien, de la lectura del proyectado artículo 923 surge como interrogante ineludible la siguiente: ¿qué significa *bien común*?

La respuesta no es fácil, por una razón muy sencilla: *Bien común* puede ser cualquier cosa, pues es una expresión abstracta y polisémica que –como tal– carece de certeza en el Derecho.

Así las cosas, ¿Por qué debemos usar nuestras propiedades a favor del bien común? Justificar ello es más que complicado, habida cuenta de que determinar el significado de la expresión no es tarea sencilla.

En opinión nuestra, la expresión *bien común* es incluso más peligrosa que la expresión hoy vigente de *interés social*. Como explicamos en *Analizando el Análisis*, el empleo de la frase *interés social* implica afirmar que el derecho de propiedad es relativo y, por lo mismo, si algo se debió cambiar en

85. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, Capítulo «Fantasmas en la propiedad», pp. 67 y ss.

el artículo 923 fue esa frase, pero no para sustituirla por otra que es mucho más confusa.

¿Para qué sustituir la expresión, cuando es suficiente establecer que el ejercicio de la propiedad debe realizarse dentro de los límites de la ley?

En todos los países del mundo el derecho de propiedad tiene límites, eso nadie lo discute, mas sí es discutible que sea *urgente* y *necesario* sustituir una expresión ambigua por otra todavía más ambigua.

La frase *interés social*, al menos, tiene algún significado en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Civil. En cambio, la expresión *bien común* puede significar prácticamente cualquier cosa.

Después de tantos años de criticar la expresión *interés social*, al menos se ha logrado cierto consenso. Pero, de llegarse a aprobar esta modificación, se tendría que discutir unos cuantos años más para poder determinar qué se entiende por *bien común*.

En el mejor de los casos, ambas expresiones podrían tomarse como sinónimas; no obstante, el hacerlo conllevaría a que la modificación fuese una modificación hueca, pues en realidad no se estaría cambiando nada y, por ende, nada se estaría solucionando tampoco; por el contrario, el escenario creado a partir de esta supuesta *enmienda*, resultaría más dramático.

Aceptar la modificación que se pretende instaurar, implicaría que aquel que se acerque a la norma tendría que pasar largas horas tratando de averiguar qué significa *bien común*, pues desde la lógica de cualquier usuario se trataría de un concepto distinto al vigente, habida cuenta de que quién va a pensar que una enmienda *urgente* y *necesaria* no mejore o corrija la norma sino que solamente la refrasee.

Desde 1984 no han existido cuestionamientos prácticos al artículo 923. Todos los cuestionamientos de los que

ha sido objeto son puramente teóricos, de donde se sigue que la *urgencia* y la *necesidad* de la modificación son sólo ficticias.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.	Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos 1. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe. 2. Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los poseedores. 3. Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.

No podemos comenzar nuestro análisis de la norma propuesta sin comentar que la Comisión, en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas presentado en marzo del 2005, optó por regular la prescripción adquisitiva sin distinguir entre bienes muebles y bienes inmuebles. En su lugar, proponía una norma en función de los bienes no registrados, de modo que éstos sean los únicos que se puedan adquirir por esta vía.

La Comisión, en tal sentido, planteaba que se limitara la aplicación de la prescripción adquisitiva a los bienes no registrados.

En el Anteproyecto, la Comisión no se animó a instaurar el registro constitutivo y tomó como sistema un modelo intermedio, por demás imperfecto y dañino; no se animó a clasificar los bienes en registrables y no registrables, pero sí se animó a desfigurar a la prescripción adquisitiva.

Afortunadamente, en el Proyecto de Propuestas Urgentes, probablemente debido a las críticas que su iniciativa generó y que, como anotamos, lo ha llevado a ya no modificar la transferencia de propiedad, ha vuelto a la distinción que acoge desde siempre nuestro Derecho Civil. Así, nuevamente realiza distinciones entre la prescripción de bienes inmuebles y la de bienes muebles.

Así, ahora el inciso 1 del artículo propuesto es idéntico al actual, por lo que no amerita comentario alguno.

En todo caso, debemos aplaudir que la Comisión haya retrocedido en su intento de reducir los plazos a este respecto.

Y es que, además de esa radical modificación del sistema que propuso en el Anteproyecto y que abandonó en su nuevo texto de Reformas Urgentes, la Comisión proponía que se modifiquen los plazos. De esta manera, quien poseyera de manera continua, pacífica, pública y como propietario, podría adquirir la propiedad del bien luego de dos años, si mediaba justo título y buena fe; necesitando cuatro años si careciera de estos dos últimos requisitos.

No entendíamos por qué la Comisión deseaba realizar una modificación tan absurda y aventurada como ésa.

En fin, lo bueno es que abandonó esa idea.

Ahora bien, cabe destacar que el inciso 2 y el inciso 3 del artículo 950, propuesto, son exactamente iguales, letra por letra, a los establecidos en la enmienda presentada en el Anteproyecto y que comentamos en *Ni urgente, ni necesario*.

El inciso 2 lo que hace es agregar una cosa obvia, que no se encuentra en el Código Civil actual, pero que puede

inferirse sin dificultad alguna. Así como hay copropiedad, también hay coposesión, por lo que todos los coposesionarios, por efecto de la prescripción adquisitiva, se convertirían en copropietarios.

Por otra parte y pasando al inciso 3, debemos decir que es difícil encontrar adjetivos con los cuales describirlo.

Es increíble que en el Anteproyecto se promueva, gracias a ese *salvo*, la prescripción adquisitiva a favor del copropietario que posee de forma exclusiva.

Si hay algo que se tuvo en cuenta siempre, es que hay casos muy importantes –numéricamente hablando– de bienes en copropiedad, en los cuales no puede haber prescripción adquisitiva. Una de las razones, mas no la única, es que la copropiedad tiene como principal fuente generadora a la sucesión. Así, por ejemplo, cuando muere el padre suele ocurrir que uno de los hijos vive en la casa. Ese hijo que vive en la casa, de la que ahora es copropietario con sus hermanos, de seguir viviendo allí y poseerla de forma exclusiva durante cuatro años, se quedaría con el bien para sí.

De esta manera, la Comisión otorga, con este inciso, la posibilidad absurda de que un copropietario adquiera la propiedad de manera exclusiva en perjuicio, no de cualquiera, sino de los otros copropietarios.

Pero, esta norma también es peligrosa pues, aunque se presuma que todos conocen la ley, eso no es cierto. El que todos conozcan esta norma constituiría una necesidad de primer orden para evitar que alguien pierda su propiedad por desconocimiento. Después de todo, quién va a suponer que se puede adquirir por prescripción entre copropietarios.

Imaginemos que cuatro hermanos heredaron una casa. Tres de ellos viven en Lima, el cuarto vive en la casa de Huancayo, de la que todos son copropietarios por sucesión. Los que viven en Lima están contentos de que su her-

mano viva allí, pues de esa forma se cuida la casa y se evita que otros puedan apropiarse de ella. Hoy ese escenario no acarrea inconvenientes; con una norma como la contenida en el inciso 3, propuesto, los tres hermanos que viven en Lima podrían perder la casa.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 971.- Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por: 1. Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él. 2. Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, decide el juez por la vía incidental.	Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por: 1. Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código. 2. Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.

Sobre el proyectado artículo 971, podemos cuestionar el que se haya cambiado la manera en que se decide si el bien en copropiedad se da o no en comodato. En nuestra opinión debe exigirse, como se exige actualmente, la unanimidad. Asimismo, pensamos que, en general, cualquier acto de disposición de algún o algunos atributos de la propiedad del bien, que se quiera realizar a título gratuito, debería requerir también unanimidad.

Por otro lado, resulta curioso que en el inciso 2, ante el empate, se adopte la decisión por sorteo. Ahora el azar decidirá en vez del Juez, lo que –en muchos casos– a la luz de la situación judicial de nuestro medio, no implica mucha diferencia. De esta manera, no consideramos que se trate

de una modificación tan absurda, como a primera vista pudiera parecer, pues porque si de todas maneras, sea cual fuere la decisión, los propietarios del 50 por ciento del bien no estarán de acuerdo, no hay razón para acrecentar la carga procesal y gastar tiempo y recursos acudiendo al Juez.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.	Artículo 985.- Imprescriptibilidad La acción de partición es imprescriptible.

Como puede apreciarse, la modificación que se propone en el Anteproyecto, consiste en eliminar la segunda parte del texto del artículo vigente. Esta modificación es una consecuencia de la modificación planteada en el artículo 950, precepto que –como hemos visto– otorgaría la posibilidad de que un copropietario pueda adquirir por prescripción, en menoscabo del derecho de los restantes copropietarios.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 988.- Los bienes comunes que no son susceptibles de división material pueden ser adjudicados, en común, a dos o más copropietarios que convengan en ello, o se venderán por acuerdo de todos ellos y se dividirá el precio. Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo con	Artículo 988.- Adjudicación o venta 1. El bien común que no sea susceptible de división material o cuya división menoscabe su valor puede, por unanimidad entre los copropietarios: a) Ser adjudicado a un copropietario o en común a dos o más copropietarios que convengan en ello y que compensarán a los demás copropietarios en la

la adjudicación en común o en la venta contractual, se venderán en pública subasta.	proporción que a cada uno corresponda; b) Ser vendido contractualmente, dividiéndose el precio de venta entre los copropietarios, según la porción de sus alícuotas. 2. Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo en la adjudicación o en la venta contractual, a solicitud de cualquiera de ellos se procederá a su venta en subasta pública tomando como base el precio de la tasación que el solicitante anexará a su solicitud. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, concluido el cual el Juez dispondrá la venta mediante remate por martillero público conforme a las reglas de ejecución forzada con exclusión de los artículos 728, 729 y 730 del Código Procesal Civil. El precio de venta será dividido entre los copropietarios, según la porción de sus alícuotas.
---	---

Esta *enmienda* no fue propuesta en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas.

Como una manera de *compensar* el que se haya visto obligada a desistir de un gran número de modificaciones, la Comisión, en el Proyecto de Reformas Urgentes, plantea ciertos cambios en el artículo 988.

El numeral 1, como la propia Comisión lo subraya, corresponde, en esencia, al primer párrafo del texto actual. En esta parte, lo único que ha agregado es el criterio del

posible menoscabo del bien, que ahora no está previsto pero que, en palabras de la Comisión, es importante.

El cambio, sin embargo y como la propia Comisión lo afirma, no es tan relevante, en tanto la modificación significativa se encuentra en el numeral 2, que sustituye el párrafo segundo del texto actual.

Según se justifica en la Exposición de Motivos, la modificación responde a razones eminentemente prácticas, que la experiencia judicial ha puesto de manifiesto. Así, argumenta que el texto actual de la norma se refiere lacónicamente a que el bien se venderá en subasta pública y el Código Procesal Civil omitió establecer vía procedimental para la pretensión materia de este artículo.

En nuestra opinión, si bien reconocemos que a diferencia de otras tantas *enmiendas* propuestas, ésta no resultaría perjudicial de ser aplicada y hasta podría considerarse conveniente, no creemos que pueda considerarse *urgente*. La interpretación de la norma salva los inconvenientes que su texto podría generar en algunos casos.

Sección Cuarta

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

La Comisión plantea, en el Proyecto de Reformas Urgentes de fecha 11 de abril de 2006, una serie de modificaciones a los artículos relativos a la prenda.

Ello nos sorprende, en la medida de que con fecha 1 de marzo de 2006, es decir, 41 días antes de la publicación en el Diario Oficial «El Peruano» del referido Proyecto, fue publicada en el mismo diario, la Ley n.º 28677, que regula la Ley de la Garantía Mobiliaria, la misma que derogó, a través de su Sexta Disposición Final, todas las disposiciones del Código Civil en materia de prenda (artículos 1055 a 1090).

Esto significa que a partir de la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, es decir, desde el 30 de mayo de 2006, la prenda ha dejado de existir jurídicamente en el Perú.

En tal sentido, nos abstendremos de comentar las propuestas que la Comisión formula a los artículos 1066, 1069, 1069-A, 1069-B, 1084, 1089-A, 1089-B, 1089-C y 1089-D.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo todo pacto en contrario.	Artículo 1066.- Adjudicación del bien por el acreedor 1. Es válido que las partes acuerden que el acreedor prendario pueda adjudicarse la propiedad del bien afectado en garantía. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien acordado por las partes y además otorgarse el poder a que se refiere el párrafo 6 de este artículo. 2. Producido el incumplimiento, el acreedor que desee adjudicarse el bien deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 6, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación no pagada y el valor del bien acordado por las partes. 3. Si el valor del bien fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor podrá exigir el saldo en la vía del proceso de ejecución. 4. Si el valor del bien fuera mayor que el monto de la deuda,

	para poder adjudicárselo el acreedor deberá pagar previamente la diferencia al representante a que se refiere el párrafo 6, dentro de un plazo de diez días naturales de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el párrafo 2. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor tendrá derecho a demandar en la vía del proceso sumarísimo el pago de la penalidad estipulada, la cual no podrá ser menor al décuplo de la diferencia, más intereses y gastos. A falta de pacto, rige el límite señalado. 5. Cuando el acreedor pretenda adjudicarse el bien afectado en garantía de conformidad con este artículo, deberá pagar previamente el crédito de los acreedores que lo preceden en el rango o consignar su importe. Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores cancelarán su crédito, de ser el caso, con cargo a la diferencia prevista en el párrafo 4. Para este efecto el representante a que se refiere el párrafo 6 cumplirá con consignar el monto mencionado en el párrafo 4. 6. Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien afectado en garantía, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documenta-
--	--

	ción necesaria para la transferencia del bien. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. El poder constará en documento con firma legalizada por notario. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156. 7. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien a favor del acreedor, que éste pague al representante la diferencia de valor o la penalidad previstas en el párrafo 4 o que pague o consigne el importe del crédito de los acreedores que lo preceden en el rango.
--	---

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1069.- Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago.	Artículo 1069.- Ejecución de la prenda 1. Si es exigible la obligación garantizada con prenda, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de pacto o en la situación prevista en el párrafo 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil. 2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del

	bien afectado en garantía mediante subasta notarial convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156. 3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial. 4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la prenda que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del Juez competente, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del Juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El Juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.
--	---

	5. Una vez iniciada, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, bajo responsabilidad. 6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y en su caso al constituyente y al representante, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto. 7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones pactadas para la venta por subasta notarial. 8. Tratándose de una garantía constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas de los párrafos que anteceden en cuanto fueren aplicables.
--	---

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1069-A.- Venta en caso de garantías sucesivas Cuando hubiere prendas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la prenda de primer rango.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1069-B.- Modo de tomar posesión del bien preñado 1. Las partes podrán regular mediante pacto el modo de tomar posesión del bien preñado. 2. A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente de dicho bien, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto

	en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien prendado. 3. El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al Juez competente la incautación del bien prendado. El Juez no correrá traslado del pedido de incautación, y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El Juez expedirá el mandato de incautación por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada. 4. El mandato de incautación se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar. La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el párrafo anterior, deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien prendado incautado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente. Quien reciba el bien deberá hacer los arreglos necesarios para su transporte y custodia. Es responsable de su conservación.
--	--

Capítulo Tercero

PRENDA SOBRE CRÉDITOS Y TÍTULOS VALORES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1084.- Sólo pueden darse en prenda créditos que consten de documento, el mismo que debe ser entregado al acreedor o, de mediar acuerdo entre las partes, ser confiado a un tercero o depositado en institución de crédito. El asentimiento del constituyente es irrevocable y el deudor debe ser notificado.	Artículo 1084.- Créditos no representados en títulos valores En el caso de la prenda sobre créditos que no se encuentren incorporados en títulos valores, se observará las disposiciones de la cesión de derechos, en lo que sean aplicables.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1089-A.- Prenda Global y Flotante. Noción 1. Puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre activos, mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos en el ámbito de la actividad comercial, industrial, agrícola, minera o cualquier otra de la producción o servicios. 2. Los bienes que sean retirados del conjunto prendado, quedan subrogados por otros de la misma especie, calidad y cantidad, de acuerdo con el inventario valorizado a que se refiere el artículo 1089-B.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1089-B.- Inventario valorizado 1. El constituyente de la garantía se obliga a mantener permanentemente la cantidad y calidad de los bienes que integran el conjunto prendado. Los bienes serán materia de inventario valorizado, el cual deberá formar parte integrante del documento constitutivo de la garantía, bajo sanción de nulidad. 2. El acreedor podrá inspeccionar en cualquier momento la cantidad y calidad de los bienes que integran el conjunto prendado.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1089-C.- Depositario 1. El constituyente de la prenda global y flotante tiene necesariamente la calidad de depositario de los bienes prendados. Tratándose de personas jurídicas, el depositario será la persona designada por las partes o, en su defecto, el representante legal de dicha persona jurídica. El depositario está sujeto a las responsabilidades civil y penal correspondientes.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
	Artículo 1089-D.- Inscripción Es requisito de validez para la constitución de la prenda global y flotante, que se inscriba el gravamen en el registro respectivo.

Título III

HIPOTECA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1101.- La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.	Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.

En el sistema vigente, una modificación como la que se plantea en este artículo es innecesaria pues, en la actualidad, no se duda de que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorias del bien, tanto actuales como futuras.

Y es que lo cierto es que, con el régimen actual, si el bien alcanzara un valor mayor al que tenía al momento en que se constituyó la hipoteca, en la venta se alcanzará un mejor precio y con él podría cubrirse la deuda y, la diferencia entregársela al deudor.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1106.- No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.	Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir.

El artículo en actual vigencia prohíbe constituir hipoteca sobre bienes futuros. El artículo propuesto la hace válida, aunque la condiciona a que el bien llegue a existir.

Ahora bien, ¿acaso la hipoteca en el Anteproyecto no recaía siempre sobre bienes registrados y, por consiguiente, tenía como requisito de validez su inscripción en el registro respectivo?

Siendo la respuesta afirmativa, no entendíamos cómo la Comisión hacía válida la hipoteca sobre bienes futuros, si en la práctica ella hubiese sido jurídicamente imposible por no poder inscribir en el registro un bien que ni siquiera existe. ¿En qué registro se iba a inscribir una hipoteca sobre un bien inmueble que aún no existe y, por ende, aún no se encuentra inscrito?

Pero la Comisión ya desistió de la idea de clasificar a los bienes en registrados o no registrados.

Sin embargo, la condición a la que se refiere el artículo no soluciona ninguna de las contradicciones. No olvidemos nuestros cursos básicos de Derecho: Los actos que pueden estar sujetos a condición suspensiva son aquellos que tienen validez, para luego tener eficacia. Pero aquí no podría haber validez, puesto que el acto no podría inscribirse.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1107.- La hipoteca cubre el capital, los	Artículo 1107.- Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito

intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio.	La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos que origine la cobranza. El importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.
--	---

En este artículo podemos apreciar otra de las constantes que hemos podido identificar en las *enmiendas* que conforman el Proyecto. La constante a la que nos referimos es aquel afán de agregar líneas innecesarias, que tratan de aclarar lo que ya está claro en la norma.

La lectura del artículo vigente permite inferir, sin ninguna dificultad, que pese a que el monto del gravamen sea 5, al final podría ser 8, pues la garantía también cubre los gastos que genera la cobranza de la deuda.

El hecho de que en el Proyecto se indiquen costas y costos, tampoco tiene demasiada relevancia. La modificación tiene por finalidad el precisar con mayor claridad los montos que cubre la hipoteca.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.	Artículo 1111.- Rige para la hipoteca lo dispuesto en los artículos 1066, 1069, 1069-A y 1069-B.

En el artículo propuesto se hacen extensivos a la hipoteca, el pacto comisorio, la ejecución extrajudicial y, en general, todas las medidas que la Comisión planteaba en relación a la prenda y que hoy ya rigen en lo que respecta

a la Ley de la Garantía Mobiliaria y que hemos criticado oportunamente, en nuestra obra *Ni urgente, Ni necesario*. Estamos convencidos de que ello constituye un grave error. En tal sentido, pensamos que todas las críticas que realizamos, al examinar cada uno de los temas citados, se extienden a los casos de hipoteca, en los cuales incluso se potencializan.

La Comisión opta por lo más fácil: escoge el extremo contrario al que hoy es objeto de los más agresivos ataques y construye su régimen en los terrenos de ese extremo. Ignora, o mejor dicho, prefiere ignorar, que la misión del ordenamiento jurídico es encontrar una vía razonable que además sea, en lo posible, justa respecto de todos los intereses involucrados. El Proyecto renuncia a la búsqueda de ese mecanismo justo.

El Proyecto sigue, también en este tema, la lógica del Análisis Económico del Derecho en el Perú, esto es, resuelve injusticias creando otras aún más costosas.

Uno de los ejemplos más claros, que hemos comentado en *Analizando el Análisis*⁸⁶, es el caso de la ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias y del pacto comisorio que propugna.

Allí el argumento es que resulta injusto y caro que, ante el incumplimiento de un deudor que ha garantizado su deuda con una hipoteca, tenga el acreedor que pasar por los engorrosos y largos trámites de un proceso judicial para ejecutar la garantía y cobrarse el saldo, con todos los inconvenientes que esto implica para el acreedor. Así, el *Aná-*

86. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Op. cit., Capítulo IX: Amor de Gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales, p. 136. Nota a pie de página.

lisis propone la *expeditiva* justicia de vender el bien hipotecado sin necesidad de proceso judicial alguno o de quedarse, simplemente, con el bien.

El problema es que esa supuesta solución –asumida por el Proyecto– es la puerta abierta para mayores problemas que el que se pretende resolver. En efecto, la lógica de la ejecución judicial de garantías y la prohibición del pacto comisorio, es proporcionar todas las seguridades posibles del Estado, para evitar una venta fraudulenta de la garantía o un despojo de ésta.

Mediante un remate judicial se puede impedir que el acreedor venda el bien en garantía a un precio menor del que puede figurar en un contrato de compraventa celebrado sin la supervisión del Estado, cobrando más de lo que en realidad le correspondía e incluso aduciendo que la garantía no alcanzó para cubrir la deuda y que el deudor aún tiene una obligación que pagar.

También existe un riesgo todavía mayor, esto es, que se haya honrado la deuda pero que el acreedor, en vez de levantar la hipoteca, simplemente venda el bien, toda vez que podría hacerlo sin pasar por algún filtro estatal.

Peores riesgos lleva consigo el pacto comisorio, pues se presta a malos manejos, tales como el despojo de la garantía, aduciendo que no se pagó o que se pagó mal, de manera que se obliga al deudor a recurrir a los tribunales que, precisamente, se pretendía alejar del escenario contractual.

Un claro ejemplo de lo peligroso de la figura del pacto comisorio, lo tenemos en la Ley n.º 28698, *Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas*.

En efecto, el literal c) del artículo 5 de la referida Ley, sobre *ejecución extrajudicial*, establece que «En caso de que el acreedor hipotecario no pudiese vender el inmueble en

el plazo previsto en el inciso (sic) a) podrá solicitar la adjudicación del bien en pago del crédito pendiente, para lo cual deberá realizar una tasación del inmueble [...]».

Resulta evidente lo abusiva y peligrosa que es esta norma, ya que pone en riesgo un justo mecanismo de ejecución de las garantías hipotecarias de cientos de miles de personas que en los últimos años han contraído créditos para acceder a la propiedad de una vivienda de interés social.

Esta Ley permitiría –como ya lo hemos señalado– que se produzcan injusticias en la ejecución de la garantía hipotecaria, pues ella dejará de tener supervisión estatal. Será el propio acreedor el que *verifique* el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley.

En resumidas cuentas, todas esas falsas soluciones terminan siendo más onerosas para la sociedad, en especial si consideramos que el Análisis Económico del Derecho generalmente prescinde de argumentos morales y de criterios de justicia, los mismos que considera accesorios frente a la idea de reducir costos. El Proyecto, en muchos de sus pasajes, sigue esa misma línea, por lo que no es extraño encontrar que una injusticia sea *enmendada* con otra injusticia.

Así y gracias al sistema de garantías que el Proyecto sugiere como *urgente y necesario*, el deudor se quedaría sin la garantía de la justicia.

Libro VI LAS OBLIGACIONES

Sección Primera LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

Título VI OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.	Artículo 1183.- Presunción de solidaridad pasiva. Pluralidad de acreedores 1. Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación. 2. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

Lo primero que debemos resaltar en nuestro análisis es que la modificación de esta norma constituye un anhelo largamente acariciado por los devotos del Análisis Económico del Derecho.

Si revisamos el texto exacto de la *enmienda*, encontramos que en su primer párrafo establece como regla la presunción de la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación (contrato).

La Comisión considera *urgente y necesario* invertir la presunción existente, de modo que ahora se presume la solidaridad, pero únicamente para los deudores. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

Lo que significa que si estuviésemos frente a una obligación en la cual no existiera ninguna referencia de las partes con respecto a la solidaridad o mancomunidad, los codeudores se presumirán codeudores de obligación solidaria, mientras que entre los coacreedores habría mancomunidad. Es decir, tendríamos una obligación de deudores solidarios y de acreedores mancomunados.

Y esto también nos llevaría a que para que exista solidaridad en ambas partes, en tanto ya se presume la solidaridad de los codeudores, tendría que pactarse la solidaridad de los acreedores.

Lamentablemente, en la Exposición de Motivos, la Comisión no ofrece una verdadera explicación según la cual sea *urgente* o siquiera conveniente presumir una y no presumir la otra.

Como en realidad no creemos que siquiera exista una razón valedera sobre la cual pueda fundamentarse una modificación como ésta, juzgamos más apropiado dedicar unas líneas a explicar el por qué no debería presumirse la solidaridad en el Derecho Peruano, sino la mancomunidad.

La razón de ser del precepto contenido en el actual artículo 1183 del Código Civil radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, hoy en día la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación se deduzca la solidaridad a través de un proceso lógico, sino que exige que la solidaridad conste de manera

expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

Partiendo de lo anterior, consideramos que el error más grave de la Comisión encargada de elaborar esta mal llamada *enmienda*, es que pretende modificar una norma que hoy resulta clara, por una que crea distinciones injustificadas y que deviene en injustamente onerosa para los deudores.

Nos explicamos.

Hoy en día, cuando nosotros hablamos de solidaridad, y se pacta solidaridad en una obligación, la solidaridad, en principio, o es para todos los deudores o para todos los acreedores, o no es para ninguno de ellos.

Así, dentro del régimen actual no se plantea expresamente la posibilidad de que los deudores se obliguen solidariamente y los acreedores se obliguen mancomunadamente; o que los deudores se obliguen mancomunadamente, y los acreedores se obliguen solidariamente, a pesar de que teóricamente podrían hacerlo.

El vigente artículo 1183 constituye, entonces, una norma que no se presta a confusiones al señalar que la solidaridad, sea ésta pasiva o activa, no se presume, de modo tal que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

El artículo propuesto, en cambio, al dividir el tema de la solidaridad; por un lado, en lo que respecta a los deudores; y por otro lado, en lo que respecta a los acreedores, lo que hace es originar problemas conceptuales muy serios.

De aprobarse esta modificación, podría presentarse un supuesto en el cual, ante una pluralidad de deudores obligados de manera solidaria y ante una pluralidad de acreedores que sólo se hubieran obligado de manera mancomunada, ninguno de estos acreedores podría cobrar por sí solo el íntegro, pues no serían coacreedores solidarios.

En este esquema, por lo tanto, cada acreedor tendría la posibilidad de cobrar a cada uno de los deudores únicamente su parte. Esto, como resulta evidente, implicaría una contradicción en la manera como se podría cobrar y en la manera como se tendría que pagar, ya que los deudores no se habrían obligado a pagar de manera mancomunada, sino de manera solidaria.

Esta misma contradicción se presentaría en el caso de que los deudores fuesen mancomunados y los acreedores solidarios. En un contexto como ese cada coacreedor podría reclamar el íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores, pero el codeudor mancomunado tendría todo el derecho de deducir el beneficio de la mancomunidad y pagar únicamente su parte, a pesar de que quien reclame sea un coacreedor solidario.

Y es en razón de ello, esto es, de evitar situaciones absurdas o injustas, que el tema no ha sido materia de debate a lo largo de los casi 22 años de vigencia del Código nacional.

Siempre se ha entendido que, o bien la mancomunidad es para todos los deudores y para todos los acreedores, o bien la solidaridad es para todos los deudores y para todos los acreedores, pero no se ha entendido que sólo lo sea para una parte de ellos, salvo que hubiesen pactado algo distinto. Entender lo contrario, implicaría, irremediablemente, imponer trabas notables a la manera cómo se podría pagar y cómo se podría cobrar una obligación.

En definitiva, un régimen como el propuesto en el Proyecto de Reforma generaría que no se pueda cobrar ni se pueda pagar adecuadamente.

Si el objetivo de la Comisión era modificar este artículo, al menos debió reflexionar con más detenimiento sobre cuál era el cambio menos perjudicial que podría proponerse. En tal sentido y aunque no somos partidarios de que se

modifique el artículo 1183, pensamos que hubiera sido más coherente proponer que se presuma la solidaridad activa y también la pasiva, y no sólo una de ellas.

En todo caso, y esto queremos resaltarlo, lo cierto es que el día de hoy, con la vigencia de la presunción establecida por el artículo 1183; es decir, que se presume la mancomunidad y no la solidaridad, no existen problemas, porque cuando se quiere pactar la solidaridad, las partes lo hacen de manera expresa.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1194.- La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.	Artículo 1194.- Mora La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto de los demás, salvo para aquel cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el culpable, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

La segunda de las *enmiendas* propuestas en este Libro establece una barbaridad dentro del plano teórico. La lógica y el sentido común nos enseñan que cuando se reclama el pago a alguien y este alguien decide no pagar, los efectos de esa decisión no pueden extenderse a otros a los que no se les otorgó la posibilidad de decidir entre pagar o no.

¿Cómo justificar que se extiendan los efectos de la mora a un sujeto al que jamás se le solicitó el pago?

No hay forma de justificarlo; y esto por una razón muy sencilla. Si nosotros entendiésemos que los efectos del no

pago se esparzan o se propaguen a aquellos codeudores a quienes el acreedor o los coacreedores no hubiesen reclamado el pago, estaríamos asumiendo que esos otros codeudores tampoco habrían pagado en la eventualidad de haberseles reclamado.

Pero lo real e innegable es que no tenemos por qué asumir que ellos no hubiesen pagado en tal situación, por la sencilla razón de que nunca se les reclamó.

A esto debemos agregar que con la propuesta de modificación anotada se comete el error de generalizar, de creer que los deudores o acreedores solidarios siempre asumen la obligación bajo la misma modalidad, lo cual no es cierto.

Se pueden presentar supuestos en los cuales, a pesar de que los deudores o los acreedores sean solidarios, hayan asumido la obligación bajo modalidades diferentes, entre las que podrían encontrarse, por ejemplo, el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduciría a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

La Comisión, con la modificación que propone no enmienda nada; lo único que hace es desnaturalizar la figura de la mora, en aras de una búsqueda desmedida por acabar con cualquier rezago de lo que considera un precepto que favorece al deudor, no importándole que en ese afán se generen situaciones injustas donde, además, prevalezca la inseguridad jurídica.

Título V

Transmisión de las obligaciones

Capítulo Único

Cesión de derechos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.	Artículo 1207.- Formalidad La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. (Derogar el segundo párrafo)

La Comisión sugiere la derogación del segundo párrafo del artículo 1207, cuya aplicación se limita exclusivamente a aquellos casos en que el documento que constituye el título del derecho de crédito no se encuentra extendido a favor de una persona en particular sino a favor del portador del documento, situación que, como advierte en la Exposición de Motivos, es absolutamente excepcional y más bien extraña.

A diferencia de las *enmiendas* precedentes, en este caso la Comisión sí propone una modificación que resulta conveniente.

En nuestra opinión y como advertimos en el año 1994 al analizar esta norma en el Tomo III de nuestro *Tratado de las Obligaciones*⁸⁷, el segundo párrafo resulta reiterativo y, por lo mismo, superfluo e innecesario.

87. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obli-*

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.	Artículo 1209.- Cesión de derechos sucesorios 1. Los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total o parcialmente sus derechos de participación en la sucesión indivisa. 2. El cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste. 3. En la cesión que se haga sin especificación de los bienes y derechos que componen la sucesión indivisa, sólo se responde como enajenante de cosa ajena si no fuera cierta la calidad sucesoria. 4. Salvo disposición testamentaria distinta, los coherederos y, en su caso, colegatarios, tienen preferencia absoluta entre sí, y de acuerdo a su cuota, para la adquisición de la cuota indivisa que uno de ellos desee transferir por cualquier título a quien no sea cosucesor. 5. Si la cesión a quien no sea cosucesor es a título oneroso, se aplican las disposiciones del retracto en cuanto sean pertinentes.

Actualmente el artículo 1209 constituye una norma que no ofrece problema alguno. Una norma que no ofrece con-

gaciones. Biblioteca «Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

flictos no tiene por qué ser enmendada; después de todo, ¿cómo se puede pretender arreglar algo que no está malogrado?

La Comisión, con su propuesta, nos contesta esta interrogante. Para la Comisión una norma absolutamente clara, que no ofrece dificultades y que, evidentemente, contempla el principio general de la posibilidad de ceder derechos sucesorios o derechos hereditarios, se *enmienda* complicándola por medio de su reglamentación.

Así, la modificación que se vende como *urgente*, no es sino una manifestación más de la costumbre de la Comisión por señalar, uno por uno, los supuestos que la norma vigente ya abarcaba de manera general.

¿Cuál es la necesidad y urgencia de detallar cuáles son los derechos sucesorios que se pueden ceder?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.	Artículo 1210. No cesión 1. [...] 2. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión no es oponible al cesionario, salvo que conste del instrumento por el que se constituyó la obligación o se pruebe que el cesionario conocía dicho pacto al momento de la cesión.

Más allá de la falta de propiedad de la sumilla sugerida (*no cesión*), se propone la modificación del segundo pá-

rrafo del artículo 1210, sugiriéndose que se elimine la expresión *buenafé*.

Debemos admitir que en este caso sí se estaría corrigiendo un error del legislador de 1984; no obstante, creemos conveniente señalar que, en realidad, a nivel de operadores jurídicos, dicho error no genera mayores inconvenientes, de donde se sigue que la modificación, aunque acertada, no es *urgente*.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.	Artículo 1216.- No liberación del deudor El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

En este artículo la Comisión suprime la mención al supuesto de la aceptación de la cesión por parte del deudor (cedido), en el supuesto en que para la validez de la cesión sea necesaria la aceptación del deudor cedido.

Entonces, se dice que no debería incluirse la frase *o de la aceptación*, en la medida en que si se requiriese de aceptación para que se produzca la cesión, para que ésta sea válida, en realidad, con todo derecho, ese deudor habría podido pagar a su acreedor de siempre, con lo cual no habría infringido ninguna norma, a pesar de que hubiese tenido conocimiento de la cesión realizada; cesión que, por requerir el asentimiento de él, es decir, por ser una cesión tripartita, no era una cesión que pudiese serle opuesta al deudor cedido.

Pero la modificación planteada es inútil, pues la afirmación contenida en el artículo en vigencia es cierta y no ofrece dificultad alguna.

Sección Segunda

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Título V

CONDONACIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.	Artículo 1296.- Derogado.

La Comisión plantea derogar el artículo 1296, señalando, en su exposición de motivos, que dicha propuesta se debe al hecho de que su texto, tratándose de garantes solidarios, como sería el caso de los cofiadores (solidarios por mandato del artículo 1886), es manifiestamente incompatible con la solución general del artículo 1188 del Código. Por tanto, argumenta la Comisión, el propósito de la derogación es que la materia quede regulada por la norma general.

Señala que tratándose de garantes *parciarios* o mancomunados (de acuerdo con la terminología que emplea el Código), la cuestión quedará definida por lo establecido en el artículo 1173, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1182.

En nuestra opinión, la Comisión, con esta propuesta, incurre en un error conceptual muy grueso, justamente por considerar que el artículo 1296 es incompatible con la solución general del artículo 1188 del Código, en materia de condonación de obligaciones de carácter solidario.

Su error más grave consiste en equiparar las consecuencias de la condonación frente a los codeudores solidarios y la condonación en el caso de los cofiadores solidarios.

Esto, por cuanto, conforme decimos nosotros en nuestro Tratado de las Obligaciones⁸⁸, la figura de los codeudores solidarios no puede ser equivalente a la figura de los cofiadores solidarios. Ello, en la medida de que el codeudor es el titular de la parte pasiva de la relación obligatoria, mientras que el fiador es simplemente un garante.

La fianza solidaria no es, pues, lo mismo que la deuda que asumen varios deudores de manera solidaria.

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste extingue la obligación. Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que, como es conocido por todos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296 contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vi-

gente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, aunque con algunas limitaciones.

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que, si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional será más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Así, por ejemplo, si hubiesen otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtiría efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

Entonces, en ese sentido, no es que la solución del artículo 1296 resulte incompatible con la del artículo 1188, sino que la Comisión ha realizado una lectura equivocada de las normas citadas.

Una lectura correcta del artículo 1296, que parta de la premisa de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, evita cualquier problema y con ello hace que la propuesta de derogación presentada por la Comisión deba ser rechazada.

Así, la condonación a uno de los garantes no extingue la obligación principal ni la de los demás garantes.

En tal sentido, la solución del artículo 1296 es perfectamente posible. ¿Por qué? Muy simple, porque la fianza seguirá siendo fianza y seguirá existiendo, seguirá estando vigente, pero la fianza no va a estar vigente por el total del monto que se encontraba afianzado, sino que habrá que

88. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, pp. 250-252

detraer la parte de aquel fiador a quien se le condonó la fianza por parte del acreedor común.

Además, y esto hay que resaltarlo, el extremo de la norma en el que se establece que la condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó, también debe interpretarse siguiendo la lógica que acabamos de señalar.

Resulta evidente, desde esta perspectiva, que si se le condona la garantía a uno de los garantes, dicha garantía seguirá en pie, pero por un monto reducido en cuanto al monto afianzado, porque habrá que detraer la parte de aquél a quien se le condonó la fianza.

A esto hay que agregar que lo que se regula con la norma contenida en el artículo 1296 no es la extinción de la obligación, porque de ninguna manera se ha producido un acto condonatorio entre el acreedor y el deudor o deudores. Lo que se regula es un acto condonatorio en relación a la garantía, y no hay ningún problema para que la ley civil, en este caso el Código, otorgue un tratamiento diferenciado a la condonación de la garantía.

Como puede apreciarse, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Comisión se sostenga lo contrario, lo real es que el principio contenido en el artículo 1296 no es en absoluto incompatible con lo establecido en el artículo 1188.

Título VII TRANSACCIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1302.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones	Artículo 1302.- Concepto y efectos 1. [...]

recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada.	2. [...] 3. La transacción tiene valor de cosa juzgada. La transacción celebrada dentro o fuera de un proceso no requiere homologación judicial.
--	---

La Comisión plantea modificar la última parte del artículo 1302.

Hoy dice la última parte del artículo 1302: *La transacción tiene valor de cosa juzgada.*

En el Proyecto de Reformas Urgentes se agrega una oración: *La transacción celebrada dentro o fuera de un proceso no requiere homologación judicial.*

La Comisión nos explica el porqué de la urgencia de esta enmienda en unas pocas líneas, en lo que constituye la exposición de motivos de esta propuesta de reforma:

«El Código Procesal Civil ha establecido como requisito de la transacción judicial el de su homologación por el juez que conoce de ella. Siendo la transacción un contrato, corresponde a las partes, sin interferencia de autoridad alguna, decidir sobre la controversia originada entre ellas. Se afecta el derecho de defensa de las partes en el caso de que un juez decida la no homologación de una transacción, lo que importa en el fondo considerarla inválida, sin mediar un proceso judicial distinto en el que se ventile dicha alegación, se actúen las pruebas correspondientes, etc. De allí

que el proyecto de reforma establece, con toda claridad, que la homologación no es procedente. Por consiguiente, la transacción tiene valor de cosa juzgada sin necesidad de requisito adicional alguno».

Tras leer esto, no podemos sino resaltar que los argumentos presentados por la Comisión no pueden calificarse de modo alguno como argumentos sólidos.

¿Por qué?

Muy simple; porque es evidente que tal cual se encuentra regulado este tema en nuestro ordenamiento jurídico, aunque la Comisión se empeñe en creer algo distinto, la transacción extrajudicial, o sea la transacción celebrada sin la existencia de un proceso judicial, no requiere homologación.

Lo anterior no merece mayor examen.

En cambio, sí amerita dedicar algunas líneas a los supuestos en los cuales, existiendo un proceso, las partes transan dentro o fuera de aquél, lo que nos permitirá establecer si ello significa o no la conclusión de dicho proceso.

Hoy en día, de acuerdo a las normas establecidas por el Código Procesal Civil, existen, pues, determinados requisitos para poder transar. Tanto así que la ley procesal establece la necesidad de que la transacción sea homologada por el Juez.

Esto se halla regulado en el artículo 337 del Código Procesal Civil, norma que señala que el Juez aprueba la transacción, siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres. Y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

Así las cosas, en los casos en que la transacción se realiza existiendo ya un proceso, hay un detalle importante que no podemos ni debemos pasar por alto, esto es, que la conclusión de un proceso tiene que ser un acto formal. De aquí que cuando la conclusión se realiza a través de una transacción, se requiera de la homologación de un Juez.

Nosotros, sobre la base de esta constatación, consideramos que sí es necesaria la homologación. No es que el Juez vaya a declarar inválida la transacción; simplemente, lo que el Juez puede hacer es verificar la no concurrencia de los requisitos establecidos por la propia ley para la eventual homologación de la transacción, y al comprobar que dichos requisitos no están presentes, pues, no procederá a homologar la transacción.

La homologación exigida en la norma vigente no constituye, por ende, error alguno que deba ser enmendado.

Además, hay otro aspecto importante que la Comisión ha decidido ignorar, esto es, que el propio artículo 337 del Código Procesal Civil, norma a la que hemos hecho referencia, señala que si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Es decir, no siempre una transacción pone fin a la totalidad del proceso.

Luego de la homologación judicial, podría ocurrir que sólo algunas pretensiones hayan sido resueltas con carácter de cosa juzgada y otras pretensiones, no solucionadas con la transacción, continúen su curso.

También podría suceder que la transacción únicamente resuelva los conflictos respecto de algunas de las partes involucradas en el proceso y no de todas. Alguno de los demandados o alguno de los demandantes podrá haber arreglado (transado) con la otra parte sus problemas o sus asuntos controvertidos, pero los otros no. El proceso, en estas circunstancias, continuaría con respecto a aquéllos que no hubiesen celebrado esa transacción, o que no estuviesen comprendidos en ella.

En este esquema es evidente que si se tratase de una transacción que no significara la conclusión del proceso,

tendría, necesariamente, que realizarse la homologación para que el Juez, luego de homologada la transacción, señale la manera cómo va a continuar dicho proceso y con respecto a quiénes va a continuar.

Pero hay un argumento más que nos permite afirmar que es conveniente rechazar la supuesta enmienda que se vende erróneamente como *urgente*. Este argumento lo encontramos en el último párrafo del artículo 337 del Código Procesal, en el que se señala que con la transacción judicial no se pueden crear, regular, modificar o extinguir, relaciones materiales ajenas al proceso.

Como se puede apreciar, el citado artículo 337 del Código Procesal Civil restringe el ámbito general de aplicación de la transacción, regulado en el artículo 1302 del Código Civil, circunscribiendo los elementos a los que las partes pueden recurrir a efectos de transigir cuando existe un proceso judicial, que no son tantos ni tan amplios como los elementos a los que pueden recurrir cuando se trata de una transacción extrajudicial.

Por todas las razones expuestas consideramos que la modificación planteada al artículo 1302 del Código Civil es inadecuada y, por consiguiente, no debería prosperar.

Título IX

INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

Capítulo Primero

DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también	Artículo 1322.- Daño al sujeto de derecho. Daño moral El daño a la persona, así como

es susceptible de resarcimiento.	el daño moral, cuando se hubieran irrogado, también son susceptibles de reparación.
----------------------------------	---

Se plantea modificar el artículo 1322 y agregar el concepto del daño a la persona.

Hoy en día no está regulado el daño a la persona en el Código Civil de manera expresa. Sin embargo, nadie pone en tela de juicio que el daño a la persona es susceptible de indemnización.

Se entiende en doctrina que no cuesta darse cuenta de que la decisión de tutelar determinados intereses a través del remedio resarcitorio, aun en ausencia de una pérdida patrimonial, tiene en gran medida un carácter político, toda vez que se encuentra íntimamente ligada con la importancia que el hombre profesa hacia determinados *temas*. La revalorización de la persona desde una visión integral de la misma ha sido decisiva para la aceptación de los daños extrapatrimoniales.

Se dice que el daño subjetivo, daño a la persona o daño extrapatrimonial es, entonces, aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte. Dada la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o varias de sus múltiples manifestaciones. Como el ser humano es una unidad sicosomática sustentada en la libertad, los daños que contra ella se cometan pueden lesionar alguno o varios de los aspectos somáticos o síquicos del sujeto o incidir en su propia libertad.

Con esta premisa nos compete ahora aclarar que, pese a que el daño extrapatrimonial se suele usar como sinónimo de daño moral, lo cierto es que el significado o contenido de ambos términos, aunque pueden confluir en determinados puntos, no es el mismo. Entre ellos, más bien, existe una relación de género-especie.

Este error tan generalizado ha empezado a llamar cada vez más la atención. En nuestro país, por ejemplo, el profesor Carlos Fernández Sessarego ha denunciado la confusión en múltiples trabajos. No obstante, debemos reconocer que aún son muchos los autores que siguen sin abandonar la línea tradicional, avocándose a construir múltiples definiciones del daño moral⁸⁹.

89. «Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño, en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos; éstos serán resarcibles en la medida de que sean consecuencia de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

En este sentido, podemos decir que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés

La tendencia de las últimas décadas ha sido la de hacer confluir en el genérico concepto de *daño a la persona* todos aquellos daños al ser humano que fueron apareciendo por obra, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia comparada.

Como puede observarse, la Comisión no ha considerado que el daño moral sea una especie del daño a la persona, o, al menos, ha preferido diferenciarlos.

no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico». La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y es en base a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es «todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial» (VIELMA MENDOZA, Yolanda. «Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual». Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. En: <http://civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm>)

Lo que define al daño moral no es en sí el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales no reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales». (GOBETTI, María Esther. «Daños y perjuicios en la legislación argentina». En: *Revista Ámbito Jurídico*. En: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0037.htm>)

De Ángel, en sentido similar, define los llamados daños morales como aquéllos infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suele denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. (ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Tratado de responsabilidad civil*. Op. cit., p. 675).

Ahora bien, en su exposición de motivos, la Comisión señala que la propuesta tiene por propósito armonizar el contenido de este artículo con el del artículo 1985, que distingue claramente, en relación con la responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral. Ambos pueden irrogarse también en el ámbito obligacional.

Agrega que si bien, conforme a la exposición de motivos del artículo 1322 vigente, la expresión *daño moral* se utiliza entendiéndola en su sentido amplio –de modo que comprende también lo que propiamente constituye el daño a la persona–, dado que el artículo 1985 los diferencia, se justifica precisar los conceptos para evitar dudas en cuanto a sus reales alcances.

Más allá de que una norma general como la del Libro de Derecho de Obligaciones no tiene por qué ser armonizada con una norma de responsabilidad civil que, en definitiva, es una fuente específica de obligaciones, debemos señalar que, en definitiva, la Comisión no ha hecho otra cosa que ceder ante una tentación académica.

Capítulo Segundo

MORA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista:	Artículo 1333.- Interpelación. Casos de mora automática 1. Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. 2. No es necesaria la intimación para que la mora exista: a) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.	b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por el solo vencimiento de éste. c) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. d) Cuando la intimación no fuera posible por causa imputable al deudor.
---	---

La última de las modificaciones propuestas para el Libro de Derecho de Obligaciones se enfoca en el artículo 1333, lo cual, en principio, no nos sorprende.

Lo que en todo caso sí sorprende es que la Comisión haya atenuado sus intenciones. En tal sentido, ha decidido no variar la regla de mora por intimación establecida en el párrafo general del artículo 1333, cuando, en el inciso primero de la *enmienda*, se señala que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Ese precepto se mantiene tal cual.

El cambio se da en el inciso segundo, en donde se establecen cuatro supuestos en los cuales no será necesaria la intimación para que la mora exista.

El primero de estos supuestos es idéntico al de la norma vigente. El segundo, en cambio, sí presenta una modificación importante.

La Comisión ha juzgado, aunque sin explicar el porqué, que la norma ya no indique que para que la mora exista no será necesaria la intimación, cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

El texto propuesto señala en su lugar que no será necesaria la intimación cuando se trate de obligaciones a plazo determinado. En esos casos la mora operará por el solo vencimiento de éste.

Esta modificación, que puede incluso pasar desapercibida en una lectura superficial de la *enmienda*, genera, en la práctica, profundas consecuencias.

Un cambio como el planteado tiene el efecto de unificar el régimen en materia moratoria del Código de Comercio y del Código Civil. Para las obligaciones a plazo regiría siempre la mora automática. Para las obligaciones que no son a plazo, regiría la regla general señalada en el inciso primero.

Así las cosas, ésta, la regla de la mora por intimación, que hasta hace unos momentos parecía ser la regla general, en verdad sería la excepción en la medida de que la mayoría de obligaciones tienen plazo de vencimiento.

Este tema, sin embargo, no se zanjaría con una modificación como la propuesta, en tanto la misma generaría serios problemas de concordancia en materia de mora automática y de lugar de pago.

Como es conocido por todos, el propio Código Civil de 1984 señala que el pago se realiza en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario.

De tal manera que, de aceptarse la modificación del artículo 1333, podría suceder que se constituyera una obligación con plazo determinado para el pago y, siguiendo

lo propuesto por la Comisión, se aplicara la mora automática. En tanto en este caso no se hubiera establecido el lugar de pago, de acuerdo a la norma de aplicación supletoria del Código Civil, debería considerarse el domicilio del deudor. En ese sentido, si el deudor deja de pagar porque el acreedor no le va a cobrar, no podría señalarse que el deudor se encuentra en mora, por razones obvias.

A pesar de que se estableció una fecha para el pago, no podría regir la mora automática, por la sencilla razón de que el acreedor no habría ido a cobrar, es decir, no habría habido intimación y, mucho menos se podría hablar de incumplimiento.

Si uno quisiera establecer una norma como la pretendida reforma al inciso 2 del artículo 1333, no sólo tendría que modificar este artículo, sino también tendría que modificar otras normas como las relativas al lugar de pago.

No entendemos el por qué la Comisión considera *urgente y necesaria* la modificación que, en realidad, nada soluciona, pues el régimen de mora funciona actualmente de manera adecuada y no existen grandes problemas para la aplicación de la mora automática, que rige cuando las partes consideran que así debe pactarse, o cuando por ley se considera lo mismo.

Sobre los literales a), c) y d) no hay nada que comentar, en la medida de que se limitan a repetir lo que la norma vigente ya dispone en los incisos 1, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil de 1984.

Libro VII
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Sección Primera
CONTRATOS EN GENERAL

Título I
DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.	Artículo 1355.- Intangibilidad del contrato Los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.

La Comisión inaugura esta parte de su propuesta de Reforma con el artículo 1355. Este artículo aparentemente ha sido modificado por el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, promulgada el día 29 de diciembre de 1993 y que entró en vigencia el día 31 de diciembre de 1993, precepto de la siguiente redacción:

«**Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados

legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

Si bien admitimos que en un primer momento nos pronunciamos en favor del contenido del artículo 62 de la Constitución, al creer que el mismo garantizaba la estabilidad jurídica y la buena fe en la ejecución de los contratos, hoy no pensamos igual.

Así, pese a que en el año de 1998 en *Tentaciones Académicas*⁹⁰ ensayamos una propuesta casi idéntica a la que hoy se presenta en el Proyecto de Reforma, estamos convencidos de que una norma como la planteada por la Comisión – y antes que ella, por nosotros – podría resultar perjudicial e incluso inaplicable.

Nos explicamos.

El artículo 1355 del Código Civil de 1984 supuestamente fue modificado por el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, que impedía la modificación de los contratos por normas legales posteriores a su celebración; sin embargo, luego de haber pasado 13 años de vigencia de la Carta Política de 1993, hasta el momento la doctrina peruana no ha podido fundamentar sólidamente los alcances dicha norma.

De esta forma, por más de que el artículo 62 de la Constitución diga lo que dice, los contratos sí se pueden modificar por normas contractuales posteriores.

Independientemente de que ello nos guste o no, lo cierto es que desde el punto de vista jurídico eso es así.

Si se establece que el contenido de un contrato tiene efectos absolutamente inamovibles por la ley, eso implica-

90. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano de 1984)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

ría que si nosotros celebramos un contrato hoy para ejecutarlo en unos días, o si celebramos un contrato de ejecución periódica, de acuerdo con la interpretación que pretende imponer la Comisión, no se podría modificar el contenido de tales contratos (con excepción, naturalmente, de los contratos-ley regulados en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución).

Como ejemplo, podríamos decir que si el día de mañana se promulgase una norma legal, prohibiendo la comercialización de tabaco en el Perú, yo podría oponer mi contrato (referido a la comercialización de tabaco) frente al ordenamiento jurídico en su conjunto. En otras palabras, ese contrato celebrado entre particulares valdría por sobre las leyes de la República del Perú, alcanzando una suerte de *extraterritorialidad* o –propriadamente– ultractividad con respecto a la aplicación de futuras normas legales.

En otras palabras, aunque la intención de la propuesta de modificación y, en general, del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, es conseguir estabilidad jurídica, ambas resultan, en los hechos, jurídicamente inaplicables al permitir la *ultractividad legal* a través de un contrato que, por lo demás, podría fomentar la presencia de situaciones fraudulentas.

Si con la modificación se pretende otorgar mayor seguridad jurídica a los particulares y evitar un excesivo intervencionismo estatal que suponga abusos, lo que se generaría como contrapartida sería la posibilidad de que sean los propios particulares quienes abusen de su autonomía privada y prevalezcan sobre las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un	Artículo 1370.- Rescisión. Efectos

contrato por causal existente al momento de celebrarlo.	1. La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo. 2. La rescisión se declara judicial o arbitralmente y tiene lugar sólo en los casos establecidos por ley. 3. Los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato, pero quedan a salvo los derechos de tercero adquiridos de buena fe. 4. Lo establecido en este artículo no admite pacto en contrario.
---	--

El siguiente artículo que a juicio de la Comisión requiere *sí o sí* una modificación es el artículo 1370, precepto que regula el tema de la rescisión.

Lo primero que resalta en su propuesta es la mayor extensión de la enmienda respecto de la norma vigente. En el Proyecto de Reforma, el artículo 1370 se encuentra conformado por cuatro incisos.

El primero de ellos, sin embargo, no representa novedad ni cambio alguno, en tanto simplemente se trata de una copia del texto actual.

El segundo inciso, aunque en principio constituye un agregado al precepto vigente, en los hechos, al igual que en el caso anterior, tampoco ofrece novedad alguna.

En dicho inciso se señala expresamente aquello de lo que hoy nadie duda, esto es, que la rescisión se declara judicial o arbitralmente y que tiene lugar sólo en los casos establecidos en la ley.

La Comisión, como se aprecia con facilidad, ha decidido que es *urgente* decir lo evidente. Que es *necesario*, imprescindible, decir lo que ya todos sabemos, porque la Ley

General de Arbitraje no considera a la rescisión dentro de aquellas materias excluidas del arbitraje en los incisos 1 a 4 del artículo 1 de la referida Ley.

Considerar a una modificación como ésta como *urgente*, implicaría aceptar también que es *urgente* modificar todas las normas en las que se regula lo que es materia judicializable para señalar, justamente, que puede someterse a arbitraje.

En el tercero de los incisos se indica que los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato, afirmación que el Código actual ya establece. Además se señala lo que nadie cuestiona, esto es, que quedan a salvo los derechos de terceros adquiridos de buena fe, lo que por lo demás, constituye hoy en día norma legal en el artículo 1372, *in fine*.

Por último, en el inciso cuarto se precisa que lo establecido en la norma bajo comentario no admite pacto en contrario.

Con este inciso, entonces, la Comisión intenta introducir en el artículo 1370 todo lo relativo a la rescisión y diferenciarlo de lo dispuesto en el artículo 1372, que en el Proyecto se restringe a regular la resolución.

Así, en el Proyecto de Reforma el artículo 1370 se ocupa exclusivamente de la rescisión y en el artículo 1372 exclusivamente de la resolución. De esta parte del Código únicamente se habría dejado, tal cual, el artículo 1371, que establece la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

Como hemos comentado y resaltado desde 1998, la distinción entre rescisión y resolución, si bien es teóricamente correcta, es una distinción superflua pues los efectos de cada figura prácticamente son los mismos, en especial en la regulación vigente que admite pacto en contrario y,

con ello, posibilita que las partes hagan que los efectos puedan ser iguales.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.	Artículo 1372.- Resolución. Efectos 1. Los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la celebración del contrato, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica en los que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. 2. Cuando la prestación no pueda ser restituida en especie, se pagará su valor, conforme lo dispuesto en el artículo 1236. 3. Lo establecido en los dos párrafos precedentes admite pacto en contrario. 4. En ningún caso se perjudican los derechos de tercero adquiridos de buena fe.

Esa similitud en los efectos de la rescisión y de la resolución, que acabamos de resaltar al revisar la enmienda propuesta para el artículo 1370, es más evidente cuando analizamos el artículo 1372.

En el numeral 1372 la Comisión plantea que los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la celebración del contrato, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, en que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Esa es una distinción inútil, porque evidentemente si resolvemos un arrendamiento no vamos a retrotraernos hasta el principio, porque no hay forma de devolver la renta recibida ni devolver el uso que se hizo del bien.

Así las cosas, la modificación sugerida puede calificarse como una modificación de aula.

Nadie interpretó nunca lo contrario; nadie nunca interpretó que en la resolución de un contrato de arrendamiento se tenga que retrotraer todo desde el momento del inicio de la relación contractual.

Además, en realidad, la norma actual está bien hecha, porque cubre todos los supuestos al indicar que tanto en los casos de resolución como de rescisión los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Es un error afirmar, como lo hace la Comisión, que la regla deba ser que en la resolución los efectos se retrotraigan al momento de la celebración del contrato, porque al momento de la celebración del contrato no había vicio, con lo cual no pueden retrotraerse a ese momento los efectos de una resolución, o sea la ineficacia al momento de la celebración, porque en ese momento no había nada que atacar del acto. Así, los efectos tienen que retrotraerse al momento de la causal que motiva la resolución, que siempre son pos-

teriores por tratarse de una causal sobreviniente, tal como lo dispone el artículo 1371 del Código Civil.

El problema es que se confunde la ineficacia contractual con la restitución de las prestaciones, como manda el actual artículo 1372. El contrato queda sin efecto a partir de que se produce la causal; no se puede decir que el contrato no surtía efectos hasta antes de incumplirse y dar lugar a la resolución contractual. Por supuesto que surtió efectos; ocurre que por una cuestión de equidad tenemos que restituir las prestaciones, lo que, insistimos, no significa que sea ineficaz en el momento de la celebración del contrato, porque sí ha surtido efectos.

En definitiva, las modificaciones que quieren realizarse en materia de resolución y rescisión, son modificaciones que de ninguna manera pueden calificarse como *urgentes y necesarias*, pues las mismas intentan solucionar, únicamente, discusiones de orden teórico.

Título II

EL CONSENTIMIENTO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.	Artículo 1398.- Cláusulas vejatorias En los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, son ineficaces las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado: 1. Exoneraciones o limitaciones de la responsabilidad. 2. Facultades de suspender la ejecución del contrato o de re-

dad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

solverlo, salvo en los casos previstos por la ley.

3. Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones.

4. Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

5. Renuncias o limitaciones al derecho de la otra parte de resolver el contrato en los casos previstos por la ley.

6. Renuncia a la competencia de la autoridad judicial o administrativa, limitaciones a los medios de prueba o inversiones de la carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, correspondería al predisponente.

7. Prohibiciones o limitaciones al derecho de la otra parte de oponer la compensación al predisponente.

8. Facultades de modificar unilateralmente el contrato sin previo aviso y sin incluir en el contrato el derecho de la otra parte de resolverlo.

9. Restricciones a la obligación del predisponente de respetar los compromisos asumidos por sus representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades onerosas.

10. En general, cualquier estipulación que cause, en detrimento de la otra parte, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de los contratantes que contravenga el principio de la buena fe.

En el artículo 1398 se proponen varias enmiendas al texto vigente. Revisemos cada una de ellas.

En primer lugar, se ha eliminado toda referencia a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Ya no se les menciona para nada, de modo tal que la ineficacia y las cláusulas vejatorias tienen lugar en todos los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, incluso si han sido aprobadas por alguna autoridad administrativa.

El *pero* que emana de esta enmienda, es su falta de *necesidad y urgencia*, en la medida de que no ha estado en discusión la posibilidad de impugnar judicialmente una cláusula considerada vejatoria, aunque hubiese habido aprobación administrativa.

Las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, por lo menos, tienen cierto viso de legalidad en la medida en que interviene una autoridad administrativa; no obstante ello, si se violase una norma legal, por supuesto que existiría la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia. Nuestro Código Civil no niega esta posibilidad, ni la ha negado nunca, en lo absoluto.

El segundo de los cambios propuestos es uno netamente académico. Así, la Comisión opta por considerar *urgente* que se señale que la ineficacia se produce —como es evidente para todos— en los contratos con arreglo a cláusulas generales de contratación y no en las cláusulas generales de contratación, las mismas que antes de incorporarse como contenido general de un contrato no tienen ninguna relevancia jurídica.

¿Alguien entendió esto alguna vez de manera distinta?; ¿a qué otra cosa podría estar refiriéndose la ley actualmente?; ¿alguien entendió que las cláusulas metidas en un cajón, que no formaban parte de un contrato, eran eficaces?

En tercer lugar, se establece con claridad que la sanción para las cláusulas vejatorias es la ineficacia y no la invalidez, como lo señala el texto vigente.

La Comisión justifica este cambio subrayando que la invalidez es una figura general de orden patológico que admite varias modalidades, como la nulidad absoluta o la anulabilidad.

Aquí la interrogante es cómo resulta posible que la Comisión sugiera que siempre la sanción sea la ineficacia, cuando la mayoría de las cláusulas que establece la ley actualmente y las que ella pretende establecer como cláusulas vejatorias, son cláusulas que resultan contrarias al orden público y, por ende, no pueden considerarse válidas.

En realidad, las causales contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 8, que revisaremos en unos momentos, no son causales de ineficacia, son causales de invalidez. Por consiguiente, si se estipulan cláusulas como éstas en el contrato, no es que sean ineficaces, es que son nulas por carecer de validez al ir en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico con carácter imperativo.

Así, podemos concluir en que no deberíamos poder ser, como lo pretende la Comisión, tan categóricos, como para afirmar que la sanción debe ser siempre la ineficacia, cuando lo sensato sería admitir que no se puede generalizar, en la medida de que algunas causales son de ineficacia y otras son de invalidez.

Ahora bien, en cuanto al elenco de cláusulas vejatorias debemos resaltar que son varios los cambios propuestos, los que, en algunos casos, consisten en correcciones al texto vigente y, en otros, se han agregado nuevas modalidades.

En el numeral 1 se califica como cláusula vejatoria a aquella en la que se limita o exonera la responsabilidad, lo cual está expresamente sancionado por la ley con nulidad (argumento del artículo 1328 del Código Civil).

Por otro lado, en el numeral 2 se considera como cláusula vejatoria a la que permite al predisponente suspender el contrato o resolverlo, salvo que estos derechos se hayan estipulado para tales supuestos, como el del incumplimiento o la imposibilidad sobrevenida, previstos por la ley.

Adicionalmente y como se resalta en la Exposición de Motivos, se ha eliminado la referencia a la rescisión en tanto, en palabras de la Comisión, se trata de una figura que no es susceptible de estipularse, pues las causas de rescisión están previstas taxativamente por la ley.

En el numeral 3, se establece que también es vejatoria aquella cláusula en la que se prohíbe a la otra parte el derecho a oponer excepciones, lo cual resulta lógico ya que una prohibición de esa índole contraviene el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se podría prohibir oponer excepciones cuando ello constituye un derecho amparado por normas procesales de orden público?

En el numeral 4 se señala que será vejatoria la cláusula en la que se otorguen facultades de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato, lo que tiene sentido en la medida en que aquello podría generar daños y perjuicios al contratante que se encontraría sujeto a la decisión de quien redactó el contrato.

En el numeral 5 se sanciona como vejatoria la cláusula por la cual se renuncia o limita al derecho de la otra parte a resolver el contrato en los casos previstos por la ley.

Así, en el referido numeral se impide que se suprima o que se limite el derecho de resolución que la ley otorga al adherente en determinados supuestos.

En la Exposición de Motivos, la Comisión comenta que usualmente el derecho de resolución está previsto por la ley para remediar situaciones patológicas o disfunciones que se presentan en el devenir de la relación contractual, de modo que una supresión o limitación a este derecho,

perjudicaría al adherente al dejarlo sin tutela en tales hipótesis.

En nuestra opinión es evidente que la supresión o limitación de ese derecho es vejatoria por contravenir normas de orden público. No olvidemos que la norma que faculta la resolución es de orden público.

Por otro lado, en el numeral 6 se incluye como cláusula vejatoria una que estuvo en el texto original de este artículo y que fue suprimida por el Código Procesal Civil, en 1993. Se trata –como subraya la propia Comisión en su Exposición de Motivos– de la cláusula en virtud de la cual se renuncia a la jurisdicción ordinaria para someter a arbitraje la solución de los conflictos derivados de la celebración del contrato o de la relación contractual.

Según la Comisión, el alto costo que tiene el sistema del arbitraje en nuestro país justifica este mecanismo de solución de controversias sólo en aquellos contratos que tienen una cierta significación económica. Por lo tanto –argumenta– la inclusión de una cláusula de arbitraje en los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, coloca al adherente en una verdadera situación de indefensión, en la mayor parte de las relaciones de consumo, cuya magnitud económica no lo justifica.

A decir verdad, hace algunos años (en 1998), en *Tentaciones Académicas*⁹¹, planteamos la misma consideración que hoy presenta la Comisión. Así, nos pronunciamos en contra de la modificación que, con la entrada en vigencia del Código Procesal, se hizo en el año 1993 y por la cual se eliminó del artículo 1398 como cláusula vejatoria, la cláusula que llevaba a sometimiento arbitral.

91. CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, pp. 834-835.

Sin embargo, debemos reconocer que mucha agua ha corrido bajo el puente en los ocho años que han transcurrido desde que expusiéramos ese parecer.

Hemos cambiado de opinión. Ahora comprendemos que una cláusula de esa naturaleza si bien podría ser vejatoria, también podría no serlo.

Además, y esto hay que subrayarlo, si se considerara que la cláusula arbitral señalada en todos los contratos por adhesión, con aprobación administrativa o sin ella, es vejatoria, simple y llanamente se estaría condenando con pena muerte al arbitraje.

¿Por qué? Porque si se sanciona con ineficacia las cláusulas arbitrales de los contratos por adhesión, que son la inmensa mayoría, entonces la cláusula arbitral únicamente funcionaría en los contratos de negociación previa o paritarios, con lo cual, en los hechos, se estaría eliminando el mecanismo del arbitraje cuando, en realidad, el mismo debería difundirse.

A esto habría que agregar que, de entrar en vigencia esta enmienda, de haber contratos por adhesión con cláusulas arbitrales predispuestas, lo más probable es que si uno de los contratantes presentase un reclamo ante los tribunales arbitrales, el otro conteste argumentando que la cláusula de la que se está valiendo es vejatoria y, por ende, ineficaz.

De esta manera, se tendría que seguir un proceso judicial en los tribunales ordinarios para que se declare la ineficacia de la cláusula arbitral; y, luego de ganado ese proceso, iniciar un proceso en el Poder Judicial para –recién– reivindicar o reclamar el derecho pretendido; y perdido ese proceso –en caso no se declare ineficaz la cláusula arbitral– recién poder demandar ante un tribunal arbitral.

Si se cuestionara la cláusula arbitral como cláusula vejatoria, entonces, de nada serviría la inclusión de cláusulas de esta naturaleza en los contratos por adhesión y en

aquéllos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

El tema se convertiría simplemente en caótico, pues los interesados recurrirían primero a los tribunales ordinarios de justicia para lograr la nulidad de las cláusulas arbitrales y luego –de tener éxito– demandarían en esos mismos tribunales, la pretensión que resulta materia de conflicto, lo que significaría –en los hechos– la destrucción del arbitraje.

Por otro lado, cabe advertir que debido a la escasa, si es que no inexistente, confianza que genera nuestro Poder Judicial, la mayoría de empresas que tienen la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas, van a tender a incluirlas estableciendo en el contrato la jurisdicción de tribunales arbitrales internacionales y la aplicación de leyes extranjeras. De esa manera, la disposición de la ley peruana sería letra muerta.

Reconocemos nuestro error de hace ocho años. Nos equivocamos al ver las cosas desde un solo lado de la situación, como lo hace hoy la Comisión sin darse cuenta de que no todo es blanco o negro. Esta visión sesgada puede generar a la larga más costos que beneficios.

Es cierto que aparentemente un proceso arbitral conlleva mayores gastos que un proceso judicial; no obstante, un proceso arbitral no tiene los costos ocultos que –lamentablemente– muchas veces sí tiene un proceso judicial en el Perú.

Por último, no debemos olvidar que la sociedad peruana ha ido asumiendo de una manera muy positiva el arbitraje, desde cuando formulamos esos comentarios en el año de 1998.

De otro lado, en el numeral 6 del texto que se propone para el artículo 1398, se consideran como vejatorias –y por ello ineficaces– aquellas estipulaciones que limitan los medios probatorios a los que pueda recurrir el adherente, o

que le atribuyan la carga de la prueba, en todos los casos en que la ley no se la asigne.

Evidentemente, esa precisión no es necesaria, porque las normas de orden procesal, son normas de orden público. O sea, un contrato no puede alterar el derecho de defensa o el debido proceso. Es obvio que no será válida (no es que sea ineficaz, como pretende la Comisión, sino inválida), por ser contraria al orden público, una cláusula en la que se establezca, por ejemplo, que de haber un proceso el contratante (adherente) sólo podrá presentar prueba instrumental.

En el siguiente numeral la Comisión –según ella misma advierte en la Exposición de Motivos– busca impedir que se agrave innecesariamente la situación del adherente al momento de ejecutar el contrato, impidiendo que pueda recurrir a aquella forma de extinción de obligaciones que no le exige la ejecución de la prestación, como es el caso de la compensación que está prevista de manera general por el artículo 1288, cuando se cumplen determinados requisitos.

Tras leer esta propuesta, creemos necesario recordar algo de Derecho de Obligaciones.

La compensación unilateral es de orden público y está regulada en el artículo 1288. La compensación bilateral está regulada en el artículo 1289.

Dice el artículo 1288: «La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo».

La Comisión se refiere justamente a la posibilidad de prohibir la compensación unilateral, pues –obviamente– en la bilateral no tendría sentido tal prohibición. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

En el numeral 8 se señalan como vejatorias las cláusulas que facultan la modificación unilateral del contrato sin previo aviso y sin incluir en el contrato el derecho de la otra parte a resolverlo (sic).

La Comisión justifica esta *enmienda* en su Exposición de Motivos. Allí señala que el numeral 8 se ocupa de aquellos casos en los que se prevé en el contrato el derecho del predisponente de modificarlo unilateralmente. Indica que estos derechos de modificación unilateral del contrato se presentan frecuentemente como inevitables en ciertos tipos contractuales como, por ejemplo, en el caso de servicios financieros o de servicios públicos. Agrega que, debido a ello, el nivel de protección mínimo que en esos casos debe otorgarse al adherente, consiste en que las modificaciones que el predisponente introduzca en la relación contractual, en el ejercicio del derecho que se haya estipulado, no puedan surtir efecto si primero no se da aviso de ellas al adherente, y en tales casos, el adherente debe gozar del derecho de poner término a la relación contractual, si no está conforme con las modificaciones que se introducen.

En consecuencia –finaliza la Comisión– toda cláusula que prevea el derecho del predisponente de modificar la relación contractual, debe contemplar –necesariamente– estos dos aspectos; es decir, supeditar los efectos de una eventual modificación, al aviso que se curse a la otra parte e incluir el derecho de ésta de apartarse del contrato en ese supuesto, pues en caso contrario, la cláusula se considerará vejatoria y, por tanto, ineficaz.

Una lectura superficial llevaría a aceptar (más allá de la defectuosa redacción de la parte final del inciso propuesto) las *bondades* de esta enmienda, aunque si reflexionamos un poco caeremos en la cuenta de que su admisión, en realidad, no es conveniente.

Así, en un primer momento, parecería que la norma es justa y, por ende, apropiada.

En el caso, por ejemplo, de un contrato de suministro, es razonable que si se quiere subir el precio se le avise a la otra parte, en tanto es posible que la otra parte tal vez no

pueda, tal vez no quiera, o tal vez no le resulte conveniente asumir esa nueva contraprestación y prefiera terminar ahí la relación contractual.

En efecto, en un supuesto como el planteado sería sensato lo que propone la Comisión.

No obstante, habrán otros muchos supuestos en los que aquello que se modifique no sea un elemento esencial del contrato, sino simplemente se varíe alguna condición del mismo que pueda ser normal en cuanto a la ejecución y, sin embargo, el contratante adherente se pueda valer de esta norma para impedir tal variación.

De esta forma, el inciso 8 comete el error de establecer que siempre que el predisponente tenga la facultad de modificar un término contractual, nos encontraremos en presencia de una cláusula vejatoria, cuando ello no siempre será así.

Para que la cláusula sea vejatoria tendría que importar un cambio en un elemento esencial o importante del contrato que, para mayores datos, pueda llegar a perjudicar a la contraparte, lo que, en definitiva, deviene en altamente casuístico.

Aceptar la modificación planteada podría, a la larga, generar más costos que beneficios, pues esta especulación teórica sobre la cual se sostiene la enmienda, probablemente terminaría siempre siendo discutida en los tribunales, desincentivando las transacciones.

En el siguiente numeral (el 9), la Comisión busca introducir una estipulación que impida que el predisponente pueda escaparse al cumplimiento de sus obligaciones en los términos estipulados, alegando defectos o limitaciones en las facultades de representación de las personas de las que se vale para contratar con sus clientes.

Serían vejatorias las cláusulas en las que se establezcan restricciones a la obligación del predisponente de respetar

los compromisos asumidos por sus representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades onerosas.

Tanto en el plano teórico como en el práctico este supuesto no deja de ser curioso.

Es evidente que quien contrata a través de un representante, no puede poner en su propio contrato que la empresa no se obliga a lo que sus representantes hagan en nombre de la empresa, pues ello iría en contra de las normas propias de la representación de las personas jurídicas.

También es evidente que tampoco podría estipularse que para que cumpla con sus obligaciones, el adherente tenga que pagar algo, salvo que eso forme parte de las prestaciones y contraprestaciones propias del contrato.

Desde esta perspectiva, cabría preguntarse cuál es la línea divisoria entre lo que se tiene que pagar por concepto de ejecución de las obligaciones normales de un contrato, y lo que se tiene que pagar como cumplimiento de una formalidad onerosa. El problema sería encontrar la línea divisoria entre el cumplimiento de una obligación común y corriente, y el cumplimiento de una formalidad que pueda considerarse como una especie de chantaje o imposición abusiva por parte del predisponente.

Tal interrogante es verdaderamente difícil de contestar con certeza, en la medida de que esa línea divisoria se determinará siempre por patrones subjetivos.

Por último, en el numeral 10, la Comisión opta por decirnos que todas las cláusulas vejatorias que acabamos de revisar no son sino las que pensó en el momento. Que la lista que acabamos de leer no es taxativa.

En la Exposición de Motivos se argumenta que la experiencia demuestra que cualquier elenco de cláusulas vejatorias que se haga está destinado a resultar insuficiente, por la riqueza y rapidez con la que van apareciendo

nuevas tecnologías, productos y servicios; nuevas modalidades de difusión y nuevos instrumentos jurídicos. Seguido a ello, se ha estimado oportuno incluir en el numeral 10 una cláusula abierta, que permita considerar como vejatoria toda estipulación que rompa de manera importante el equilibrio entre las partes y que no pueda encontrar sustento en el principio de la buena fe.

Nosotros no compartimos tal criterio, pues estamos convencidos de que una de las características fundamentales de las cláusulas vejatorias, es que deben considerarse como *numerus clausus*, pues de lo contrario se estaría abriendo la puerta a una inimaginable cantidad de demandas y contrademandas: Cualquier persona que no esté de acuerdo con alguna de las cláusulas de un contrato por adhesión o la encuentre insatisfactoria, aduciría que dicha cláusula es vejatoria.

El establecimiento de una solución como la planteada por la Comisión no sería favorable, en la medida de que si se estableciese esa lista negra y además se señalara que también constituyen cláusulas vejatorias, todas aquéllas que hayan sido redactadas en excesivo beneficio del predisponente y en perjuicio o a cargo de la contraparte, se estaría creando una situación en extremo peligrosa, pues quedaría en evidencia que resultaría muy fácil cuestionar como vejatoria a cualquier cláusula contractual inserta en los contratos celebrados por adhesión o en aquéllos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1399.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de	Artículo 1399.- Se deroga el segundo párrafo.

contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez. Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.	
---	--

Sobre la derogación propuesta en el artículo 1399 no hay mucho que decir, ya que la misma únicamente implica un regreso al texto original del Código Civil de 1984.

Lo que la Comisión está haciendo es volver al texto original, subsanando un error de quienes en su momento tampoco pudieron eludir la tentación de modificar lo que no era conveniente, ni *urgente*, ni *necesario*.

Título V

CONTRATOS PREPARATORIOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1417.- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.	Artículo 1417.- Se deroga.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1424.- Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.	Artículo 1424.- Se deroga.

Las siguientes enmiendas propuestas se refieren a los contratos preparatorios, sugiriéndose la derogación de los artículos 1417 y 1424.

La derogación de estas normas encontraría su justificación en la entrada en vigencia de la Ley n.º 27420 (el 7 de febrero de 2001) que, en realidad, ya las ha derogado tácitamente, al haber modificado los plazos máximos del compromiso de contratar y del contrato de opción, según establecían los preceptos originales del Código de 1984.

Lo que ocurre es que antes, el plazo del compromiso de contratar no podía ser mayor de un año y la mencionada Ley estableció que el plazo del compromiso de contratar debía ser determinado o determinable, de modo tal que si no se estableciera plazo, éste se consideraría de un año.

Así las cosas, podemos señalar que la derogación de los citados artículos, aunque ni *urgente* ni *necesaria*, sí podría considerarse adecuada.

Título VI

CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la	Artículo 1429.- Resolución por autoridad del acreedor

parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.	1. En el caso del artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla para que satisfaga su prestación dentro del plazo que señale, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. 2. Si a consecuencia del retraso el acreedor ha perdido interés en la prestación, puede resolver el contrato sin señalar plazo para ello.
---	--

El siguiente artículo que se sugiere modificar es el 1429. En el texto de la enmienda se señala que en el caso del artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla para que satisfaga su prestación dentro del plazo que se le señale, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Así, cuando la prestación no se cumpla dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando el deudor incumpliente, obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios.

Como puede apreciarse, se ha eliminado el plazo de los quince días, que hoy señala el Código Civil, el mismo que, si bien en algunos casos resulta excesivo, en otros resulta corto.

Gracias a la Comisión, el plazo sería el que el acreedor señale, pudiendo llegar a ser de dos días, de tres horas, de dos minutos, de quince segundos, en fin, lo que decida el

acreedor. Si el deudor no paga, se resuelve el contrato, y probablemente el deudor se niegue a reconocer la legalidad y justicia de esa resolución (por arbitraria) y ambos terminen en los tribunales de justicia litigando sobre esa resolución.

De esta manera, la idea de la Comisión de eliminar un plazo objetivo para que primen la subjetividad y la arbitrariedad, vulnera flagrantemente la noción de seguridad jurídica.

Es el gran problema de tratar de cambiar el *favor debitoris* por el *favor creditoris*, sin ser conscientes de las consecuencias que se pueden derivar de invertir la norma de objetiva a subjetiva, sin buscar un punto de equilibrio en el que ni acreedor ni deudor se vean perjudicados.

Esta situación empeora, en la medida de que en la *enmienda* también se establece que si a consecuencia del retraso el acreedor ha perdido interés en la prestación, puede resolver el contrato sin señalar plazo para ello y, además, se elimina el uso de la carta notarial.

En buena cuenta, el acreedor podría enviar una carta simple sin cargo o una simple nota en la cual le otorgue al deudor dos minutos para cumplir y se resuelve el contrato. Si no quiere gastar ni siquiera en el papel, puede exigir el pago de manera oral y, en segundos, ante el incumplimiento, resolver el contrato.

Si a esto le sumamos lo dispuesto en la Ley de la Garantía Mobiliaria, el escenario es aún más peligroso. Se podría resolver el contrato a través de este mecanismo y el acreedor se quedaría con la garantía, a través del pacto comisorio; al igual que en el caso del bien hipotecado, dada la adopción del pacto comisorio a este respecto, por parte de la Comisión.

Ahora bien, respecto al mecanismo de poder resolver extrajudicialmente un contrato por pérdida de interés, es-

timamos que el mismo podría funcionar y ser adecuado, siempre y cuando no se eliminara la utilización de la carta notarial.

Sin la existencia de un medio formal, cómo se probaría que se resolvió el contrato y cómo se probaría que, en efecto, el acreedor le exigió al deudor el cumplimiento del contrato y éste no cumplió. Cómo se probaría siquiera que se exigió el pago.

Por supuesto, esta problemática chocaría con el tema de la constitución en mora, porque si se envía una carta diciendo que ya no se tiene interés porque el deudor se ha demorado cinco minutos, dicho deudor podría argumentar que sólo se le dio unos minutos para pagar y que no es un deudor moroso.

La Comisión con esta enmienda, supuestamente *urgente*, parece haber olvidado que las formas son importantes en tanto ellas nos permiten, luego, ejercer nuestros derechos. Mientras más seguras sean las formas, más seguro va a ser el ejercicio posterior del derecho, más segura va a ser la protección ulterior de ese derecho.

¿Qué dice la Exposición de Motivos de la Comisión? Nada que no se haya dicho antes.

Respecto del plazo, se aduce que el mismo claramente tutela el interés del acreedor y, consecuentemente, éste ha de tener la posibilidad de fijar su extensión con arreglo a su conveniencia.

Lamentablemente, y como ya hemos advertido, en su afán de no proteger injustamente al deudor, la Comisión opta por irse al extremo opuesto y proteger exageradamente al acreedor, olvidando cualquier intento de alcanzar un saludable punto medio.

La Comisión argumenta que se ha eliminado el mecanismo de la carta notarial, que ahora únicamente sería utilizado por quien así lo decida, para darle la posibilidad a

los contratantes de beneficiarse con el uso de métodos más sencillos y baratos.

Comentan que el mundo de las comunicaciones ha experimentado avances ostensibles, de modo que los contratantes deben escoger las formas que hay que utilizar para ejercer sus derechos, ponderando, según sus circunstancias, la rapidez que requieren y la seguridad jurídica que los distintos medios de comunicación ofrecen.

Afirman que es aconsejable, como idea general, buscar la simplificación y la rapidez en el mundo de los negocios. La ley debe eliminar las formalidades que no tengan una justificación. La carta notarial viene a ser eso: una formalidad, según ellos, sin justificación.

En otras palabras, como acreedores podemos enviar la carta notarial, si así lo queremos, por ser algo más seguro, pero no estamos obligados a hacerlo. Podemos mandar un correo electrónico, podemos dejar un mensaje debajo de la puerta, podemos enviar señales de humo, si así lo preferimos y eso bastaría para resolver el contrato. Para ahorrar, podemos resolver diciendo «páganos en este momento; han pasado varios segundos y no nos has pagado, entonces, resuelvo».

En nuestra opinión –y aunque la Comisión sostenga algo distinto–, resulta innegable la importancia que tiene la entrega de cartas notariales, que son documentos por los cuales –entre muchos otros objetivos– se requiere el pago y se constituye en mora y van a tener efectos jurídicos trascendentales para la generación y –sobre todo– probanza de los intereses moratorios y de los daños y perjuicios moratorios.

Claro que las cartas notariales no constituyen el único medio por el que se puede constituir en mora, o por el que se puede requerir el pago. Por supuesto que hay muchas otras vías, pero ésta es la vía por excelencia, porque es la

vía por la cual se deja constancia fehaciente de aquello que se ha realizado, de aquello que se ha hecho, que es la intimación.

En nuestra opinión, la propuesta presentada en este Proyecto de Reforma sigue una línea que debemos rechazar. En el Proyecto, como se demuestra en la *enmienda* bajo examen, todas las formalidades son condenadas por ser abominadas, detestadas y rechazadas por el Análisis Económico del Derecho; porque dentro de un análisis estrictamente económico y superficial, todas estas formalidades que impone el Derecho, supuestamente elevan los costos de transacción.

Con esta premisa es posible elaborar una suerte de ecuación, que, sin embargo, no presenta, por ser imposible, la exactitud matemática que persigue el Análisis Económico: *a mayores formalidades, mayores costos de transacción, pero mayor seguridad jurídica*. Lo que, como contrapartida, significa que *a menores formalidades, menores costos de transacción, pero menor seguridad jurídica*.

Es cierto que la seguridad jurídica es un valor; y un valor que tiene un precio; y ese precio es aquél que las partes están dispuestas a pagar.

Empero, sería absurdo que dentro de una economía social de mercado se rebajen los estándares de seguridad jurídica, so pretexto de una aparentemente bien hecha aplicación del Análisis Económico del Derecho, que en realidad nada tiene de Derecho y mucho menos de Economía.

No se puede –ni se debe– ignorar lo jurídico de la situación y centrarse únicamente en cifras que, por lo demás no existen, en la medida en que la seguridad jurídica es abandonada o, si se prefiere el término, degradada.

Lamentablemente eso es lo que los *analistas económicos* pretenden, al sugerir que actos como el requerimiento del pago y la constitución en mora no tengan necesidad de re-

vestir las formalidades que hoy sí deben revestir de acuerdo a ley, al sugerir que es más barato que se elimine también la intervención de los notarios en diversos actos jurídicos.

Entonces, como vemos, este tema es complejo y va mucho más allá de estadísticas o cifras e, incluso, nos lleva a advertir que cuando hablamos de Derecho, no sólo hablamos de fondo, sino también hablamos de forma.

El Derecho también es forma, porque el Derecho, sin ese continente no podría existir.

Es evidente que el Derecho es continente y contenido: No podríamos hablar nosotros del Derecho sustantivo, sin que ese Derecho sustantivo se exprese a través del Derecho adjetivo o formal.

De esta manera, no cabe imaginar al Derecho sin una serie de formalidades.

No cabe imaginar la seguridad jurídica sin las formalidades registrales y, en consecuencia, sin costos registrales.

No cabe imaginar tampoco la seguridad jurídica sin las formalidades notariales.

Ello sería, simplemente, imposible.

Y esas formalidades cuestan. No obstante, por caras que sean, siempre van a resultar más baratas que la ausencia de dichas formalidades.

En la medida de que nosotros aceptemos que se derriben día a día esas formalidades, estaremos aceptando también, día a día, y muchas veces sin darnos cuenta, que se destruya el propio Derecho, en tanto, insistimos, el Derecho no sólo es fondo, el Derecho también es forma.

Así, en definitiva, lo que genera la norma propuesta por la Comisión es la degradación de los mecanismos formales y, en consecuencia, la degradación de la seguridad jurídica.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1433.- Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida. El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción.	Artículo 1433.- Imposibilidad parcial 1. Las reglas de los artículos 1431 y 1432, primer párrafo, son aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos de que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida. El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción. 2. Cuando la imposibilidad parcial sea imputable al acreedor, éste deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole la parte de la prestación cuya ejecución es posible así como los derechos y las acciones que hubieren quedado relativos a la parte de la prestación imposible.

En la Exposición de Motivos de la Comisión se advierte que el tenor del artículo 1433 vigente contiene un error manifiesto, que consiste en disponer la aplicación de la segunda parte del artículo 1432 a la imposibilidad parcial por causa imputable al acreedor.

De esta manera, la Comisión justifica la urgencia de la modificación señalando que la imposibilidad parcial por causa no imputable o por causa imputable al deudor, otorga al acreedor un derecho alternativo a la resolución del contrato, que le permite obtener la ejecución parcial y re-

ducir proporcionalmente la contraprestación a su cargo/descargo, salvo que la reducción no sea posible; en cuyo caso, la resolución es el único remedio.

En cambio, subraya, cuando la imposibilidad parcial se origina en una causa imputable al acreedor, la ley no puede conceder a éste el derecho de decidir que la relación se mantenga, recibiendo la parte de la prestación que todavía puede ejecutarse, y reduciendo proporcionalmente la que está a su cargo. Ello originaría en el acreedor un derecho que le permitiría disponer unilateralmente de la reducción de la prestación que está a su cargo y que corresponde al deudor, por el simple hecho de haber provocado la imposibilidad parcial de la prestación a cargo del deudor.

Partiendo de estas ideas se propone como enmienda que las reglas de los artículos 1431 y 1432, primer párrafo, sean aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se haga parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial. En tal caso, debería efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida. El contrato se resolvería cuando no fuese posible la reducción.

Si bien nos parece correcta la modificación efectuada, debemos advertir que ésta se justifica en tratar de *corregir* una interpretación perversa de la aplicación del texto al supuesto de la imposibilidad por culpa del acreedor, interpretación que es absolutamente inaceptable en Derecho.

Es evidente que cuando el artículo 1433 se refiere al artículo 1432, se limita a los casos de imposibilidad sin culpa del deudor o por culpa del deudor, pero no por culpa del acreedor.

Es así como se interpreta hoy la norma.

La enmienda no está salvando una interpretación recurrente; está salvando una interpretación inexistente, que es inexistente por atentar contra las normas y los principios

básicos del Derecho de Obligaciones y contra principios de orden público: no es posible obligarse y desobligarse. Un acreedor no puede volver imposible el cumplimiento de la prestación y, a su vez, ejecutar determinados derechos que supuestamente, según la lectura que hace la Comisión de la norma vigente, le concedería el actual artículo 1433.

Título XV

OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO

Antes de revisar las enmiendas propuestas en este Título, consideramos apropiado señalar que el Proyecto de Reformas Urgentes adolece, en nuestra opinión, de una falta de proporción en las materias que constituyen objeto de este estudio.

Al revisar las disposiciones sugeridas, es fácil percibir que la mayoría de ellas corresponden, extrañamente, al tema de las obligaciones de saneamiento.

Capítulo II

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1495.- El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente: 1. El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido.	Artículo 1495.- Derechos del adquirente El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente: 1. El valor del derecho al momento del pago, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido. 2. [...]

2.- Los intereses legales desde que se produce la evicción.	3. [...]
3.- 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.	4. [...]
4.- Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas.	5. [...]
5.- Los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente.	6. [...]
6.- Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente.	7. [...]
7.- La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato.	

El artículo 1495 señala cuales son los efectos de la evicción, estableciendo, con ello, los alcances de la indemnización en los casos de evicción total, esto es, cuando el adquirente es privado de todo su derecho de la propiedad, el uso o la posesión del bien.

Para realizar un análisis adecuado de esta materia debemos recordar que la obligación de saneamiento por evicción tiene carácter indemnizatorio, en tanto se justifica en la compensación del adquirente por la privación de su derecho a destinar el bien a la finalidad para la cual lo adquirió.

Ahora bien, la Comisión sugiere únicamente la modificación del primero de los siete incisos que componen el artículo 1495.

Así, propone el siguiente texto «El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente: 1.- El valor del derecho al momento del pago, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido».

Antes de comentar si ese cambio, que pone énfasis en el *valor del derecho* y ya no del bien, *vale la pena*, revisemos los argumentos esgrimidos en la Exposición de Motivos:

La Comisión señala que el Código vigente extendió el saneamiento a todos los contratos por los que se transfiere el derecho de propiedad o la posesión, o se concede el uso de un bien, a diferencia del Código anterior, en el que las obligaciones de saneamiento estaban previstas solamente para los contratos de compraventa y permuta.

Sin embargo –argumenta–, el legislador olvidó adecuar los remedios previstos para el caso de evicción y de vicios ocultos a esta nueva visión más amplia de las obligaciones de saneamiento. Así, el numeral 1 del artículo 1495, en su versión actual, otorga al adquirente el derecho de pedir al transferente el valor del bien al momento de la evicción. Ese derecho parece consistente cuando la evicción provoca la pérdida del derecho de propiedad, pero no resulta apropiado cuando se pierde la posesión o el uso del bien. Sería absurdo, aducen, que si por ejemplo el usufructuario pierde su derecho, pueda exigir que le paguen el valor del bien. En consecuencia, en el numeral 1 de este artículo se sugiere establecer que el adquirente tiene derecho a exigir el valor del derecho.

Por último, la Comisión señala que se trata de un valor de reposición y, por lo tanto, el monto que se pague debe estar acordado con el valor del bien al momento del pago y no al momento de la evicción.

Veamos.

En el Perú el tema del saneamiento por evicción, en efecto, está regulado en la parte general de Fuentes de las Obligaciones y no de manera exclusiva en el contrato de compraventa, como sucede en otros ordenamientos jurídicos. Advirtiendo aquello, la Comisión sostiene que si está regulado en esa parte, es *urgente* que no se utilice el término *bien*, porque ello sería simplemente aplicable al contrato de compraventa. Señala que es *urgente*, para que esta figura sea extendible a todos los contratos, que el valor de referencia sea el valor del *derecho* y no del *bien*.

¿Realmente es urgente o es otra sutileza de escuela a las que nos ha acostumbrado este Proyecto de Reforma así como su precedente, el Anteproyecto de Ley de Enmiendas?

Ocurre que el artículo 1484 del Código nacional, respecto del cual no se ha propuesto modificación alguna, dispone que:

Artículo 1484.- «Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien».

De ahí deriva que las obligaciones de saneamiento deben regir en todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza (gratuitos u onerosos), mediante los cuales se transfiera la propiedad, la posesión o el uso de un bien.

La finalidad de la norma citada no es otra que la de delimitar el ámbito de acción de las obligaciones de saneamiento, circunscribiendo el mismo a los contratos relativos a la transferencia de propiedad, posesión y uso de un bien. Cabe resaltar que el legislador de 1984 menciona, y con ello distingue, *posesión* y *uso* de un bien, por tratarse de términos que no son sinónimos.

De esta manera, resulta evidente que cuando el Código Civil utiliza la expresión *el valor del bien*, se refiere al

valor del bien en relación al derecho para el cual ese bien ha sido adquirido.

Si a alguien se le priva de la propiedad del bien, evidentemente, va a tener derecho a reclamar el valor de la propiedad del bien. Si se le priva de la posesión o del uso del bien, va a tener derecho a la valorización que se haga de la posesión o del uso del bien, respectivamente.

En otras palabras, la expresión *el valor del bien* se lee en relación al derecho adquirido y perdido.

Así las cosas, resulta claro que, en realidad, la interpretación sobre la cual se fundamenta la *urgencia* de la reforma es una interpretación que no tiene cabida en el Derecho peruano y nunca la ha tenido, de donde se sigue que su supuesta enmienda únicamente corrige una interpretación equivocada.

El artículo en actual vigencia no adolece, pues, de errores ni defectos.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo de los cambios propuestos, esto es, respecto del momento que se debe tomar como referencia para determinar el valor al que tiene derecho el adquirente, la Comisión sugiere que éste ya no sea el momento de la evicción sino el momento del pago.

En nuestra opinión, debemos señalar que la expresión *al momento del pago* es plurisignificativa y, en consecuencia, podría generar serios inconvenientes, en tanto no queda para nada claro al momento de qué pago se refiere.

Aunque entendemos que la Comisión se refiere al momento en el que se pague el valor del derecho, también podría interpretarse como el momento en el cual se entregó el bien; es decir, el momento en el que se pagó el bien, lo cual haría que se retrotrayera todo a un momento anterior a aquél en que se produzca la evicción, que es el momento en el que se entregó el bien.

En otras palabras, la expresión *al momento del pago*, puede ser interpretada de las dos formas: al momento en el cual se paga efectivamente, o al momento en el cual se entregó el bien y se pagó. Y es que, como sabemos, el concepto *pago* se extiende más allá de la entrega de dinero. Cuando se entrega el bien en ejecución de un contrato, se paga. Por lo tanto, la expresión *pago* establecida en la enmienda resultaría plurisignificativa y peligrosa.

Si lo que deseaba la Comisión era una norma de carácter enteramente valorista, lo más adecuado hubiera sido modificar el artículo, de modo tal que el texto se refiera *al valor del bien en relación al derecho perdido, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido* y, al ser una deuda de valor, de acuerdo al artículo 1236, resulta evidente que ella tendría que pagarse actualizada.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1501.- En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.	Artículo 1501.- Evicción parcial En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del derecho que pierde. Sin embargo, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición, puede optar por restituir el bien y exigir las prestaciones establecidas en el artículo 1495. En este caso, se extingue el derecho del adquirente.

El artículo 1501 del Código nacional señala las consecuencias jurídicas que se derivan de la configuración de un supuesto de evicción parcial.

La Comisión sugiere que esta norma se *enmiende* a través de dos modificaciones.

Una primera modificación, advierte en la Exposición de Motivos, persigue adecuar este artículo a la modificación que se sugiere para el artículo 1495, de modo tal que, en caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del *derecho* que pierde y no necesariamente de la parte del valor del *bien*.

Como hemos resaltado al analizar el artículo 1495, tal cambio no es ni *urgente* ni *necesario* en tanto se justifica en una interpretación errónea de la norma vigente, de donde se sigue que esta primera modificación propuesta respecto del artículo 1501 tampoco tiene una razón que la sustente.

Por otro lado, en el segundo de los cambios que promociona la Comisión, se señala que si la parte que no se pierde no le resulta útil, la ley le otorga en la actualidad el derecho de resolución, de modo que al ejercerlo, el adquirente restituya la parte de la prestación que no se ha perdido y reciba a cambio la contraprestación que él ejecutó. Sin embargo, se afirma en la Exposición de Motivos que el Código Civil no ha previsto la resolución como remedio para la evicción, sino la obligación de pagar el valor de aquello que el adquirente pierde, sin que se afecte la relación contractual.

Consecuentemente –se argumenta– el transferente que paga dicho valor no tiene que restituir la contraprestación. De esta manera, se protege también con las obligaciones de saneamiento, a los adquirentes a título gratuito, que no resultarían protegidos y, como consecuencia de la evicción, tuvieran únicamente derecho a provocar la resolución del contrato.

Por lo tanto –concluye la Comisión– en armonía con esa posición, el artículo 1501 que se propone, otorga al adquirente el derecho de exigir las prestaciones previstas

en el artículo 1495, pero con la obligación de restituir al transferente la parte que no se ha perdido con la evicción parcial.

Sobre el particular, nos vemos obligados a subrayar que, pese a que se argumenta lo contrario en la Exposición de Motivos, el Código Civil sí faculta en el caso de saneamiento por evicción parcial la resolución del contrato. Lo hace a través del artículo 1501.

El artículo vigente faculta, pues, al adquirente afectado a optar alternativamente por:

- Recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde: En general podemos decir que la evicción parcial genera un saneamiento, también parcial, en tanto este último resulta de la aplicación de la regla general de saneamiento por evicción, a la porción en que sufrió ésta.

- Resolver el contrato, en la medida de que esa parte tenga tal relevancia con respecto al total que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.

Esta exigencia coincide con el concepto que inspira al saneamiento y que se encuentra plasmado en el artículo 1485 del Código Civil. En ese orden de ideas, debemos señalar que para optar por esta alternativa, el adquirente debe probar la inutilidad de la parte del bien que no perdió como consecuencia de la evicción.

Sobre este punto, nuestro Código ha abandonado el criterio subjetivo que supeditaba la importancia de la parte que se pierde, al juicio del adquirente sobre su voluntad de adquirirla, para asumir un criterio objetivo, esto es, el de valorar tal importancia en función de permitir que el bien transferido se destine a la finalidad para la cual fue adquirido.

Capítulo Tercero

SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1511.- El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.	Artículo 1511.- Pretensiones del adquirente El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, las prestaciones establecidas en el artículo 1512.

La Comisión plantea en el artículo 1511, sumillado *Pretensiones del adquirente*, establecer que el adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, las prestaciones establecidas en el artículo 1502.

Señala la Comisión que el Código Civil 1984, en el artículo 1511, así como en el artículo 1512, denomina *resolución* al derecho que confiere al adquirente en el caso en que se produzca la pérdida del bien por vicios ocultos; ello, no obstante que no se trata de un derecho de resolución, es decir, del derecho de provocar la ineficacia del contrato, en los términos indicados en el artículo 1372.

Indica la Comisión que el derecho de saneamiento en el caso de vicios ocultos está conformado por el conjunto de prestaciones indicadas en el artículo 1512, en términos idénticos a los que establece para la evicción el artículo 1495, que no se refiere, en absoluto, a la resolución.

Por lo tanto, en el nuevo artículo 1511 la Comisión ha omitido toda referencia al concepto de *resolución*.

A decir verdad, teóricamente es correcto decir que el artículo 1512 no contempla la resolución por incumplimiento, sino una resolución para dejar sin efecto el contrato por razón de los vicios de que adolece el bien.

Ahora bien, respecto de la posición adoptada por el artículo 1511 de nuestro Código Civil, juzgamos que la interpretación realizada por el profesor Manuel de la Puente es la más acertada y conveniente, por lo que seguiremos su postura.

Así, al realizar una lectura sistemática de los artículos 1511, 1512 y 1516, podemos percatarnos de que, en realidad, la acción redhibitoria no contempla la resolución del contrato.

En primer lugar, el artículo 1512 no reconoce los efectos de una resolución contractual, sino efectos propios de la institución del saneamiento por vicios ocultos. En segundo lugar, nada se dice, excepto la mención de la resolución, respecto a que el contrato quede sin efecto.

Así las cosas, la acción redhibitoria no tiene por finalidad dejar sin efecto el contrato mediante la acción resolutoria o la rescisoria, sino producir efectos propios del saneamiento por vicio oculto, los cuales no se aplican retroactivamente. Asevera De la Puente, al respecto, que el hecho de que el vicio deba existir al momento de la transferencia no significa que haya lugar al saneamiento, sino únicamente es un presupuesto para que el saneamiento, si fuera posteriormente exigible, lo sea de cargo del transferente.

De esta manera, la modificación del artículo 1511, aunque no urgente, admitimos que sí resultaría coherente con la figura del saneamiento por vicios ocultos.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1512.- La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obliga-	Artículo 1512.- Derechos del adquirente El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente:

ción de pagar al adquirente: 1.- El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición. 2.- Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda. 3.- Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente. 4.- Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución. 5.- La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios.	1. El valor que tendría el derecho al momento del pago, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición. 2. [...] 3. [...] 4. [...] 5. [...]
--	--

En este artículo únicamente se ha propuesto la modificación del primero de los incisos. De acuerdo a la *enmienda*, el adquirente, en virtud del saneamiento, tendría el derecho de pedir al transferente el valor que tendría el *derecho* al momento del pago, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición (norma, por lo demás, mal construida).

Como se puede apreciar con facilidad, esta modificación se inspira en los mismos argumentos y se orienta en la misma dirección que la enmienda sugerida para el artículo 1495, por lo que las críticas que hemos esbozado respecto de aquél le son de plena aplicación.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1513.- El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5.	Artículo 1513.- Acción estimatoria El adquirente puede optar que se le pague lo que el derecho vale de menos por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5.

Como puede apreciarse al comparar ambos textos, en estricto, no ha habido ninguna modificación sustancial; no es que la modificación pretenda cambiar el sentido de la norma vigente, sino que se restringe a una variación terminológica de las que tanto gusta la Comisión.

Por lo mismo, en este punto, basta simplemente extender las críticas que ya hemos realizado respecto de los artículos 1495 y 1512, en tanto únicamente se ha variado el término *bien* por la palabra *derecho*.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1523.- Si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en	Artículo 1523.- Garantía de buen funcionamiento Si el transferente garantiza durante cierto tiempo el buen funcionamiento del bien transferido, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente dentro del plazo pacta-

el plazo de siete días a partir del descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación.	do. A falta de estipulación, deberá hacerlo dentro de los cinco días hábiles siguientes de vencido el plazo de la garantía.
--	---

La Comisión considera también *urgente y necesario* modificar el artículo 1523, que regula lo que se conoce como *garantía de buen funcionamiento*.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión, el texto vigente prevé un plazo cuyo inicio es muy difícil de probar, en tanto se trata de un plazo de siete días que se cuenta a partir del momento en que el adquirente descubre el vicio o defecto.

La norma que se propone, argumenta la Comisión, busca que el plazo para denunciar el vicio o defecto se ajuste a lo que los contratantes estipulan, de manera que la ley otorga solamente un plazo supletorio que vence cinco días hábiles después de la expiración del plazo estipulado para la garantía.

Siendo generosos podríamos señalar que el lado positivo de la propuesta es la intención de otorgar mayor seguridad en la aplicación de esta norma; no obstante, no deja de ser un cambio intrascendente.

No deja de ser curioso que se intente otorgar algo de seguridad en una norma como la del artículo 1523, cuando se ha agravado el nivel de inseguridad jurídica con muchos de los cambios sugeridos en el Proyecto de Reforma. Basta recordar la supuesta enmienda planteada en el artículo 1429.

En todas las partes relevantes de Contratos, la Comisión ha demostrado un gran desinterés por el tema de la

seguridad; empero, trata de imponerlo en la garantía de buen funcionamiento.

Pero sus buenas intenciones no han podido materializarse en una buena propuesta.

En la *enmienda* se indica que a falta de estipulación, el adquirente deberá comunicar al transferente la existencia del vicio o defecto de funcionamiento dentro de los cinco días hábiles siguientes de vencido el plazo de la garantía.

Como salta a la vista, lo planteado por la Comisión como una reforma *urgente* es contrario a las prácticas comerciales y, asimismo, contrario al sentido común:

¿Cuál es el sentido de establecer un plazo para una garantía, cuando, gracias a esa supuesta enmienda, se tendría derecho a reclamar fuera del plazo de la propia garantía? ¿Cuál es el sentido de modificar la norma para establecer que el plazo será el de la garantía más cinco días?

No sería más coherente señalar *mientras se reclame dentro del plazo de la garantía*, con lo cual la norma sería impecable, porque no impondría un plazo de descubrimiento; pero, mientras la garantía se encuentre vigente, se podría realizar el reclamo a que haya lugar ante el vicio o defecto que haya sido detectado por el adquirente.

Sección Sexta

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa	Artículo 1969.- Responsabilidad subjetiva. Presunción

* Los comentarios a esta sección corresponden en autoría a Verónica Rosas Berastain.

causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.	Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de culpa corresponde a su autor.
--	--

Como bien sabemos, el famoso artículo 1969 del Código Civil de 1984 establece la responsabilidad civil subjetiva, al señalar que todo aquél que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, precisando además que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

No vamos a examinar los alcances de la responsabilidad subjetiva, pues ello no es materia de discusión en la *enmienda* que se pretende introducir. Lo que nos interesa es la presunción de culpabilidad que consagra la citada norma y que tiene por finalidad facilitar a la víctima la prueba, en lo que concierne a la configuración del factor de atribución.

Lo interesante de la opción legislativa adoptada en el Código Civil de 1984 es que la presunción incluye al dolo y a la culpa del agente. La carga de la prueba se invierte, de modo que el causante deberá probar que actuó sin dolo o sin culpa.

Como no puede ser de otra manera, dicha presunción ha sido objeto de innumerables críticas a lo largo de los años. La mayor parte de la doctrina ha objetado que se presume el dolo del agente y no sólo la culpa.

El artículo 1969 del Código Civil representa, desde un punto de vista literal, una norma en la que se favorece a las víctimas de manera extrema, dejando al demandado la severa y complicada misión de lograr la prueba negativa.

Partiendo de esa lectura, la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984, que hoy es materia de discusión, ha juzgado de *urgente y necesario* modificar el artículo bajo estudio, restringiendo a la culpa la presunción allí prevista.

Pese a que admitimos los inconvenientes que puede generar una interpretación que siga al pie de la letra el texto vigente y, por ende, no negamos que su modificación pueda resultar adecuada desde un punto de vista técnico, no consideramos que dicha *enmienda* pueda calificarse como *urgente y necesaria*.

Nuestra posición no se funda en un mero capricho, sino en la convicción de que la modificación propuesta tendría, al menos en nuestro actual sistema de responsabilidad civil, consecuencias nimias.

El primero de los argumentos se basa en la convicción de que el Derecho Civil no se agota en el texto de sus normas. La interpretación que hacemos de ellas es lo que, en definitiva, les da contenido y delimita sus alcances.

En el Derecho la interpretación juega un rol fundamental, al punto de que interpretar es también crear. No permitir la interpretación creativa es perennizar una visión sesgada de las normas.

El Derecho Civil no es únicamente normas, es también doctrina y jurisprudencia. Solemos olvidar que si bien el legislador cumple un papel relevante en la creación de las normas, no es menos relevante la función que deben cumplir, también como creadores, quienes interpretan esas normas dadas por el legislador, ya sea por medio de comentarios en la doctrina o al aplicarlos y sentar jurisprudencia. La actividad del legislador debe ser, necesariamente, complementada con la función creadora de quienes formamos parte del universo jurídico.

De esta manera, no podemos ni debemos acercarnos al artículo 1969, o a norma alguna, restringiéndonos a su letra.

Así, resulta evidente que la inversión de la carga de la prueba no puede incluir el supuesto de dolo, pues el dolo implica intención de dañar y, presumirlo, quiebra la lógica

de cualquier sistema de Derecho. De esta manera, pensamos que por medio de una interpretación que no se restrinja a la mera redacción del texto, la norma puede ser salvada.

El artículo 1969 del Código Civil debe ser interpretado y aplicado, aceptando únicamente la presunción *iuris tantum* de la culpa. Si el demandante aduce el dolo del agente, se encuentra obligado a demostrarlo, pues no puede valerse de la inversión de la carga de la prueba.

En síntesis, la enmienda que supuestamente resulta *urgente y necesaria*, en verdad no lo es, ya que se limita a plasmar la interpretación más coherente y usual de la norma.

El segundo de los argumentos es aún más práctico. Así, aunque estamos de acuerdo con la posición que sirve de brújula al Proyecto y que, repetimos, no es sino la consagración normativa de la interpretación más lógica de la norma, debemos admitir que ello sólo importa en el plano teórico.

Tal cual se encuentra construido el sistema peruano de responsabilidad civil extracontractual, interesa poco o, para ser más exactos, nada, que se asuma el dolo en lugar de la culpa.

En nuestro sistema actual no interesa si el agente actuó por su deseo de causar un daño a la víctima o si, por el contrario, el daño obedece a un descuido que pueda calificarse como culpa leve.

A diferencia de lo que ocurre en sede de responsabilidad por inejecución de obligaciones (argumento del artículo 1321 del Código Civil), en materia de responsabilidad extracontractual, el monto indemnizatorio –proclaman todos los autores– debe reflejar el daño efectivamente padecido por la víctima, sin importar el grado de culpabilidad de quien lo causa.

De esto se sigue que, en estricto y en un sentido eminentemente práctico, si dos personas causan un daño de igual dimensión, estarían obligadas por el mismo monto, a pesar de que una hubiera tenido la intención de causar ese daño y la otra hubiera actuado sólo con descuido.

Más allá de que la apreciación del Juez pueda verse influida por el juicio moral que merezca la conducta del responsable, en principio ese juicio moral no tiene incidencia en la determinación del *quantum* indemnizatorio.

Así las cosas, resulta claro que la modificación propuesta no es, en la práctica, ni *urgente* ni *necesaria*, pues el grado de culpabilidad del agente no es un factor a tener en cuenta en la determinación del deber resarcitorio que recae sobre aquél y que origina, como contrapartida, el derecho de la víctima a ser compensada por el daño sufrido.

Hoy, pese a que las resoluciones puedan aludir de manera recriminatoria a la descuidada conducta del agente, lo cierto es que la mayor o menor reprochabilidad de aquélla no tiene incidencia en la cuantía de la indemnización.

Dicho de otra manera, no interesa si el agente actuó con culpa leve, con negligencia grave o con dolo; únicamente importa el daño padecido por la víctima como consecuencia de ese actuar culposo o doloso.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de	Artículo 1972.- Ruptura del nexo causal No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, imprudencia o responsabilidad de quien padece el daño o cuan-

tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.	do el propietario, poseedor o presunto responsable acredite que no tenía la posibilidad objetiva de control del bien.
--	---

Una de las consecuencias de la doctrina de la relación causal, es que el presunto autor de un daño puede verse exento de responsabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado ha mediado causa extraña e inimputable, de tal naturaleza y entidad que hace que su conducta sea irrelevante.

El artículo 1972 de nuestro Código Civil de 1984, establece que en los casos del artículo 1970 el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero e imprudencia de quien padece el daño.

En los últimos años se han planteado algunas propuestas modificatorias.

Una Comisión No Oficial de Reforma del Código Civil sugirió hace unos años, en el artículo 41 de su Proyecto, referido a las fracturas del nexo causal, mantener el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho determinante de tercero, modificando sólo el último de los supuestos. Así, se planteó que ya no se exigiera la imprudencia de la víctima, bastando el hecho de la misma como causa exclusiva para exonerar de responsabilidad al autor.

Por su parte, la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Enmiendas del Código Civil de 1984, que es hoy materia de debate, propone introducir cambios que, según la Exposición de Motivos, son *urgentes y necesarios*.

El texto del artículo propuesto establece que «No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, responsabilidad de quien padece el daño o cuando el propietario,

poseedor o presunto responsable acredite que no tenía la posibilidad objetiva de control».

Antes de efectuar nuestros comentarios, es necesario advertir que, pese a que algunos cuestionan que el artículo 1972 establezca estos supuestos de exoneración de manera específica para los casos de responsabilidad objetiva, en estricto, tal cuestionamiento no tiene razón de ser.

Quienes se adhieren a esas críticas argumentando que la manera en que está formulado el artículo 1972 se presta a confusiones, parecen olvidar que, aunque ninguna norma lo señala de modo específico, de configurarse alguno de esos supuestos no se podría imputar responsabilidad subjetiva, pues en todos ellos hay ausencia de culpa.

En estricto, todas estas situaciones reguladas en el artículo 1972 no sólo implican la ruptura del nexo causal, sino que también constituyen casos en los que el supuesto responsable carece de culpa. De esta manera, si la responsabilidad subjetiva toma como factor de atribución y eje del sistema a la culpa del agente, es más que evidente que dicha responsabilidad subjetiva no se configura.

Además, no olvidemos que cada una de estas situaciones, si bien han sido reguladas con mención expresa del artículo 1970, pueden aplicarse sin problemas a los casos comprendidos en el artículo 1969, pues incluso en esas hipótesis la causa determinante del daño no sería la conducta del agente y, por consiguiente, faltaría el elemento nexo causal.

Por otra parte, juzgamos conveniente enfatizar nuestro desacuerdo con la postura que se ha adoptado en el Proyecto sobre este tema, la cual, como demostraremos, es injustificada.

Empecemos por decir que históricamente el caso fortuito y la fuerza mayor son nociones consideradas como sinónimas, al menos en lo que respecta a sus efectos. No

obstante, advierte Reglero Campos, gracias al tratamiento doctrinal que ha recibido, hoy son varios los criterios de distinción que se han propuesto y que se pueden clasificar en dos grandes grupos⁹²:

Comenta el citado autor, que en el primero de estos grupos se encuentran aquellas teorías que diferencian ambos supuestos, pese a reconocer que producen los mismos efectos. Así, dentro de este grupo destacan quienes sustentan su posición asumiendo que el caso fortuito es la obra de los accidentes naturales, mientras que la fuerza mayor es el hecho del príncipe. Otros, en cambio, diferencian conceptualmente estos supuestos afirmando que el caso fortuito implica que el origen accidental e imprevisto del obstáculo es debido al azar inesperado; y la fuerza mayor se refiere a la naturaleza insuperable del obstáculo.

Por otro lado, continúa Reglero, el segundo de los grupos está integrado por autores que admiten tanto la diferenciación conceptual como la diferenciación respecto de sus consecuencias prácticas.

En este grupo destaca la tesis de Exner, la cual se desliga de la teoría tradicional, adoptando como criterio de distinción la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad. Será caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito de riesgo de esa actividad, es decir, dentro del ámbito de control del sujeto responsable; será fuerza mayor el suceso exterior a la actividad. En este esquema, únicamente la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad.

92. REGLERO CAMPOS, L. Fernando. «El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas». En: *Tratado de Responsabilidad Civil*. L. Fernando Reglero Campos (coordinador). Arazandi, Navarra, 2002, pp. 335 y ss.

Trimarchi criticó la postura de Exner, admitiendo la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor a partir de un criterio diferente. Para este importante autor italiano, tales supuestos se distinguen en que el caso fortuito supone la imprevisibilidad del daño y, por ende, la exoneración de la responsabilidad; en cambio, la fuerza mayor supone la inevitabilidad del daño y, por lo mismo, no sirve para exonerar de responsabilidad⁹³.

Ahora bien, nuestro Código de 1984 opta por no diferenciar las consecuencias del caso fortuito y la fuerza mayor, a los que se considera como equivalentes. El Proyecto, en cambio, propone –creemos que de manera inadvertida– que constituyan supuestos independientes.

Como se recuerda, el Código Civil de 1936 no daba un tratamiento uniforme al caso fortuito y a la fuerza mayor. Dicho cuerpo legal empleaba estas expresiones de manera inorgánica, refiriéndose en algunos artículos al caso fortuito, en otros a la fuerza mayor y en un tercer grupo al caso fortuito y a la fuerza mayor.

En tal sentido, si un avance notorio se produjo en torno a este tema en el Código de 1984, el mismo consistió en que se otorgó un tratamiento absolutamente uniforme al caso fortuito y a la fuerza mayor, habida cuenta de que en este cuerpo legal todas las veces en que se menciona a estas figuras se emplea la expresión *caso fortuito o fuerza mayor*.

Ello no implica que el Código en vigencia desconozca que se trata de supuestos teóricamente distintos, sino que a pesar de esa realidad, se considera que ambos deben tener consecuencias jurídicas idénticas.

Ese gran avance producido con el Código de 1984 sufriría un notable retroceso si, tal como se propone en el

93. Citado por REGLERO CAMPOS, L. Fernando. *Op. cit.*, p. 341.

artículo 1972 del Anteproyecto no se empleara la expresión uniforme *caso fortuito* o *fuerza mayor*, sino se separase ambas figuras, abriendo –de par en par– la puerta a las diversas interpretaciones sobre el particular.

Explicado esto, la pregunta a contestar sería por qué la Comisión propone tal cambio. Esta primera pregunta contiene en sí misma otras dos: En qué teoría basa esa distinción y cuál es su relevancia.

En la Exposición de Motivos no se menciona nada que pueda ayudarnos a resolver alguna de esas interrogantes.

En principio, pensamos que lo único que podemos asumir es que la Comisión no ha partido de ninguna de las teorías propias del segundo grupo, pues aceptar lo contrario sólo conllevaría consecuencias absurdas.

No nos cabe la menor duda de que, tal cual está planteada la norma propuesta, no resultaría lógico sustentar la diferencia entre ambos supuestos en la teoría de Exner, ya que ello implicaría que únicamente la fuerza mayor debería incluirse en el artículo 1972; no obstante, allí también se incluye al caso fortuito. De igual manera, tampoco sería viable pensar que se sustenta en la teoría de Trimarchi, en tanto, de ser así, la fuerza mayor no debería contemplarse en la norma bajo análisis.

Descartadas las teorías que se enmarcan dentro de la segunda corriente doctrinal, nos queda por asumir, entonces, que la Comisión ha decidido diferenciar al caso fortuito de la fuerza mayor por considerarlos eventos diferentes que, sin embargo, tienen los mismos efectos. Asumiendo aquello, lo siguiente es determinar cuáles son esas diferencias.

El advertir, como se suele hacer en la doctrina nacional, que la diferencia más importante, si no la única, es que uno es hecho de la naturaleza y el otro hecho del hombre, no constituye, en nuestra opinión, un argumento lo sufi-

cientemente sólido como para validar que se haga una distinción entre ambos conceptos.

Cuál es el sentido de complicar el panorama al intérprete, cuando lo relevante es que en la configuración del evento concurren los requisitos previstos en el artículo 1315 de nuestro Código Civil de 1984, esto es, que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible.

Si lo que se persigue con las normas del Proyecto es enmendar los defectos de nuestro Código, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no logra ese objetivo. Aún peor, en lugar de enmendar, puede generar confusiones que actualmente no se presentan.

Para qué hacer creer al operador jurídico que entre uno y otro evento existen diferencias significativas y que su configuración exige la concurrencia de requisitos distintos, cuando lo relevante es siempre que el evento que origina el daño injusto sea extraordinario, imprevisible e irresistible. No olvidemos que es la concurrencia de esos requisitos lo que ocasiona la ruptura del nexo causal y, por consiguiente, la exoneración del presunto responsable.

Si lo esencial son las características del evento y sus efectos, no hay razón que justifique la diferenciación cuando, en estricto, esas características y esos efectos son los mismos.

En vista de que no se ha propuesto modificación alguna en este tema, nos limitaremos a señalar, siguiendo a Fernando de Trazegnies, que con este supuesto el legislador tiene por objetivo exonerar de responsabilidad a quien no fue causante de un daño. Se trata, en definitiva, de una causa de exoneración que libera al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero⁹⁴.

94. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La Responsabilidad Extracontractual». Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de

Señala el mismo autor, en opinión que compartimos, que en este caso al tratarse de un hecho con autor –el tercero– la responsabilidad extracontractual no se cancela. De esta manera, la institución no se hace inaplicable frente a un determinado daño, sólo se desplaza del presunto causante al verdadero causante⁹⁵.

Cabe resaltar que la exoneración únicamente es viable si el hecho del tercero, que puede consistir en una conducta activa o en una omisiva, constituye la causa determinante del daño; no basta con el mero hecho, pues éste, a lo sumo, podría considerarse como condición del daño y, de acuerdo a las circunstancias, podría atenuar la responsabilidad de quien lo alega, mas no eximirlo de aquélla.

Además, la intervención del tercero podría conllevar, en el caso concreto, a que dicho tercero deba responder junto a los otros intervinientes, por considerarse que tal intervención coadyuvó al acaecimiento del hecho dañoso. Este tema, de la forma en que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, genera serios inconvenientes que analizaremos más adelante.

Por otro lado, en lo que concierne a la que hoy constituye la tercera causal de exoneración, en el Proyecto se ha considerado necesario dejar de hablar de imprudencia de la víctima y, en su lugar, se prefiere la expresión *responsabilidad de quien padece el daño*.

Afirma la Comisión que ese cambio obedece a la constatación de que, por parte de la víctima puede configurarse un supuesto de responsabilidad objetiva.

No podemos estar de acuerdo con dicha posición, pues

la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, vol. IV, tomo I, p. 357.

95. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 357.

el hecho de que el factor de atribución sea objetivo, no siempre implica que en la relación de causalidad no pueda valorarse la conducta de los sujetos involucrados, para determinar qué conducta debe calificarse como la causa del evento lesivo.

Pensemos, por ejemplo, en una colisión de vehículos. Nadie puede negar que en dicho caso la responsabilidad es siempre objetiva o, para ser más precisos, por riesgo creado, siendo de aplicación el artículo 1970. No obstante, en vista de que ambos sujetos se encuentran, por decirlo de alguna manera, en igualdad de condiciones –pues ambos realizan actividades riesgosas–, para determinar el elemento *nexo causal* será necesario evaluar el comportamiento de cada conductor, determinar cuál de ellos actuó de manera imprudente o negligente, acrecentando el riesgo y propiciando la colisión. Si fue la víctima quien actuó de esa manera, el presunto responsable quedará exonerado.

Asimismo, nos oponemos a un cambio como el propuesto, pues pensamos que en el planteamiento de aquél no se han ponderado adecuadamente las consecuencias de su aplicación. En nuestra opinión, los efectos de una norma que señale como un supuesto de fractura del nexo causal la responsabilidad de la víctima, son tan significativos como nocivos.

Además, el uso de la expresión *responsabilidad* es impreciso. ¿A qué se refiere la Comisión? ¿Acaso está empleando el significado lato de *responsabilidad*?

Si reducimos nuestras opciones interpretativas, podremos inferir dos posibilidades, las cuales no desencadenan las mismas consecuencias. Una lee el término en su acepción amplia; la otra, lo restringe al ámbito mismo de la responsabilidad civil.

La primera posibilidad, como adelantamos, es la acepción común de la palabra *responsabilidad*, que no implica la

conurrencia del factor de atribución, el nexo causal, el daño injusto y la imputabilidad.

Más allá de ser una posibilidad, no creemos que sea la más adecuada, puesto que no hay razón alguna para usar la expresión *responsabilidad* en la Sección dedicada a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual y darle un significado diverso al que en la misma Sección se le otorga a la institución. Su sola ubicación dirige a los operadores jurídicos a pensar la responsabilidad desde una visión más restringida.

Este razonamiento, que consideramos es el que predominaría en aquellos que interpretaran y aplicaran esta norma, nos lleva a pensar, con fundamento, que tanto en los procesos como en las resoluciones sobre el tema, el sentido sería el de la segunda posibilidad.

Ahora bien, pensando en las consecuencias que generaría considerar la responsabilidad de la víctima como causal de exoneración, tenemos, en principio, las dificultades para demostrar que la víctima es responsable del hecho lesivo que le generó daños a ella misma.

Esta problemática tiene como eje central el que la responsabilidad civil, para configurarse, requiere la concurrencia de varios elementos. Se podría llegar al extremo de tener un proceso en el que demandante y demandado intenten probar, cada uno, la responsabilidad del otro y, a su vez, tratar de defenderse de las acusaciones que reciben de su contraparte.

Si el Proyecto pretendía solucionar los problemas probatorios que se presentan en cualquier proceso de responsabilidad civil, no lo ha logrado.

Ahora bien, como adelantamos, un Proyecto No Oficial de hace algunos años, también propuso una modificación en esta materia. Con la finalidad de no convertir la posición del presunto dañador en una situación práctica-

mente ineludible, se estimó en el referido Proyecto que era suficiente acreditar el hecho de la víctima sin tener necesidad de penetrar en estados subjetivos⁹⁶.

La fórmula propuesta tiene el defecto de no advertir que no basta un simple hecho, sino que ese hecho debe ser determinante, debe tener la entidad necesaria para exonerar al presunto responsable y dejar el costo, el daño, en la víctima. El simple hecho, sin mayores precisiones, puede desembocar, en consecuencia, en injusticias para los perjudicados que, incluso por un simple error en su actuar, tendrían que asumir los daños que padecieron.

Referirse, entonces, al hecho de la víctima sin decir nada más, puede derivar en que pese a que el actuar de la víctima constituya sólo una condición del daño, sea suficiente para que se exima a aquél cuya conducta riesgosa fue en realidad la causa determinante.

Tal parece que en el referido Proyecto No Oficial no se reflexionó sobre las consecuencias perniciosas que tal modificación podría generar.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que, en realidad, no es urgente ni necesario modificar el texto actual de la norma; basta con otorgarle una adecuada interpretación. En ese sentido, consideramos que por *imprudencia de la víctima* debe entenderse al *hecho determinante* de la misma. En principio, este hecho debería estar exento de valoraciones subjetivas; no obstante, no negamos la posibilidad de que las circunstancias particulares del caso hagan necesario determinar si

96. VEGA MERE, Yuri. «Breve panorama de la Responsabilidad Civil en el Derecho peruano (Algunas ideas preliminares a favor de su reforma y en torno a un Proyecto no oficial)». En: *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)* (obra colectiva). Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, tomo II.

la víctima actuó o no con prudencia, lo que ocurre en el ejemplo citado sobre colisión de automóviles.

Con este supuesto, la Comisión a cargo del Proyecto pretende, de acuerdo a su Exposición de Motivos, regular situaciones en las que, por ejemplo, no obstante se establezca una responsabilidad solidaria, uno de los presuntos responsables pueda liberarse de la misma. Así, señala, en materia de productos o servicios defectuosos, si bien es cierto que la responsabilidad de los proveedores es solidaria, la farmacia puede alegar ruptura del nexo causal, porque no tenía la posibilidad objetiva de control del producto farmacéutico cuya composición ha sido defectuosa y sólo es atribuible al laboratorio de producción.

Nosotros consideramos que, en esencia, la noción de control objetivo, más que un supuesto en sí mismo, debe considerarse como un criterio interpretativo. Ello, pues aunque los motivos que orientan la introducción de este supuesto puedan justificarse, como lo demuestra el ejemplo de la propia Comisión, lo cierto es que tal cual se encuentra redactada la norma propuesta, su aplicación práctica podría ser en extremo amplia y dar lugar a exoneraciones injustas o, en el mejor de los casos, a limitaciones de la indemnización.

Tal cual ha sido redactada la *enmienda* del artículo 1972, la posibilidad de control no se restringe a los supuestos en los que hay pluralidad de responsables, por lo que más de uno podría invocarla para librarse de su obligación de reparar.

En todo caso, insistimos, su aplicación necesita de criterios interpretativos que limiten su ámbito, sus alcances, de modo que no se termine desnaturalizando a la figura. Al analizar la posibilidad objetiva de control, habrá que tomar en cuenta el por qué el sujeto no tiene esa posibilidad. Nunca podrá exonerarse ni tampoco atenuar su res-

ponsabilidad, si la razón por la que no tiene posibilidad es, por ejemplo, su imprudencia.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1973.- Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.	Artículo 1973.- Causas concurrentes Si el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero o la imprudencia o responsabilidad de quien padece el daño hubieren sólo concurrido en la producción de éste, la indemnización será reducida según las circunstancias.

Todos los comentarios que hemos realizado respecto del proyectado artículo 1972, pueden extenderse al artículo 1973 del Proyecto que, al igual que en el caso anterior, distingue innecesariamente entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

A decir verdad, somos de la idea de que en materia de nexo causal otro pudo ser el tema a enmendar, y no el de las causas de fractura causal o el de la consecuente reducción del monto indemnizatorio, cuando la configuración de alguna de esas causas sólo hubiera concurrido en la producción del daño.

Así, pensamos que hubiera sido preferible dedicar alguna de las tantas *enmiendas* que componen el Proyecto, a flexibilizar el sistema en materia de nexo causal.

El legislador de 1984 juzgó conveniente que la causa que tenga función operativa en materia de responsabilidad civil sea aquella calificada como *causa adecuada*.

Podemos criticar tal decisión desde dos perspectivas. En primer lugar, y coincidiendo con De Trazegnies, debemos resaltar que la referencia a la causa adecuada no debe-

ría haberse realizado en una norma como la del artículo 1985, que regula el tema de la reparación⁹⁷. Y es que, no olvidemos, la causalidad adecuada es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. En cambio, la indemnización supone que aquella ya ha sido establecida. La calificación del tipo de nexo causal debe ser, por consiguiente, anterior a la regulación de la reparación, simplemente porque esa es la lógica del sistema.

Tal cual se encuentra hoy redactado el citado precepto, pueden generarse, y de hecho se generan, confusiones. Si lo que deseaba el legislador era determinar la teoría causal aplicable, no debió haberla regulado en una norma propia del *quantum* indemnizatorio, pues, como hemos resalta-do con anterioridad, la relación de causalidad de hecho y la relación de causalidad jurídica no se ocupan de lo mismo. La primera se refiere a la causalidad como elemento constitutivo de la responsabilidad, la segunda a los alcances de la reparación.

Desde la segunda perspectiva podemos criticar la opción legislativa plasmada en nuestro Código, por asumir un único criterio causal.

En nuestra opinión, pretender aplicar una única teoría resulta tan absurdo como contraproducente. No olvidemos que una de las mayores dificultades que enfrenta la víctima que ha sufrido un daño injusto se circunscribe a la materia probatoria.

Habrán ocasiones en las que la prueba sea sencilla; habrá otras mucho más complicadas e, incluso, habrá alguna en que las circunstancias la harán imposible, por lo que a fin de no dejar injustamente desprotegido al perjudicado, tendremos que recurrir a la noción de probabilidad.

97. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 317.

Como es evidente, no cabe realizar una lista taxativa en la cual se establezca *a priori* qué supuestos se regulan por qué teorías; siquiera aspirar a una lista como ésa ya resultaría utópico.

Conscientes de aquello, somos de la idea de que se debe dar libertad al intérprete, al operador jurídico. El Derecho no es sólo lo que está escrito, sino que importa mucho la actitud, la visión y la creatividad con que lo escrito es aplicado en los hechos. No olvidemos que las normas son siempre abstracción; el sentido que les demos va a ser lo que permitirá que esa abstracción se concrete, que trascienda lo teórico y se convierta en algo real y útil.

Siguiendo esta línea de pensamiento, consideramos que el Código Civil no debe tomar partido por una teoría en particular. Si bien admitimos que, en general, la teoría de la causa adecuada representa mayores ventajas, no podemos negar que su aplicación indiscriminada perjudica la funcionalidad y la vigencia del sistema de responsabilidad civil, pues no permite que enfrente los retos que son una constante en nuestra época.

Los conceptos causales no deben aplicarse con demasiada rigidez, pues, de hacerlo, las metas sociales que orientan a la institución de la responsabilidad civil y, por consiguiente, las funciones que le son propias, no tendrían posibilidad de realizarse.

El legislador, por mucho que lo desee, a pesar de que sus intenciones puedan ser honorables y dignas de aplauso, debe ponderar sus decisiones y reflexionar sobre sus posibles consecuencias, consciente de que el Derecho no puede divorciarse de la realidad, de que el Derecho es dinámico, como dinámico es el sistema de responsabilidad civil.

Afortunadamente, en la mayoría de ordenamientos jurídicos en los que se establece normativamente un único

criterio, tal rigidez no ha caracterizado al sistema de responsabilidad civil, ni tampoco ha constituido la manera como la misma está siendo aplicada ahora, durante la transición de los sistemas basados en la culpa a aquéllos objetivos. Al igual que en el pasado, los conceptos causales parecen estar respondiendo a los cambios en los puntos de presión apropiados; aún lo están haciendo sin romper con el pasado o con algunas de las metas no comprendidas, que el pasado contiene.

Desgraciadamente, esa tendencia mayoritaria a la que acabamos de referirnos no es la predominante en nuestro medio, el mismo que se caracteriza por una aplicación rigurosa de las normas. La interpretación imaginativa no ha sido aún interiorizada como debería.

Nuestra interpretación debe orientarse a destacar el carácter mutable del nexo causal, rasgo que ofrece la ventaja de la elasticidad en las soluciones, lo que puede resultar conveniente y justo, en la medida de que permite que cada caso concreto sea resuelto de acuerdo a sus particularidades.

No negamos que esa misma elasticidad y la ausencia de un criterio único, podrían resultar peligrosos, en tanto podrían dar lugar a decisiones arbitrarias. Sin embargo, advertidas ambas posibilidades, consideramos que es preferible correr el riesgo y no optar por el establecimiento riguroso de un solo criterio, pues a la larga ello implicaría restarle fuerza a la responsabilidad civil, reduciendo injustificadamente su ámbito de aplicación, lo que, llevado al extremo, podría conducir a su pérdida de vigencia.

Siguiendo esta línea argumentativa, podemos asumir como vigentes cada una de las teorías que sobre el nexo causal se han elaborado, si bien cada una de ellas debe ser evaluada para determinar cuál es la que resulta más eficiente en el supuesto concreto, de donde se sigue que no

resulta apropiado que el legislador imponga arbitrariamente una única teoría para la resolución de todos los casos que se presenten.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.	Artículo 1979.- Responsabilidad por productos o servicios defectuosos El proveedor es responsable por los daños causados a la salud del consumidor o a su patrimonio por los defectos de sus productos o servicios. Si son varios los proveedores la responsabilidad es solidaria.

Como podemos apreciar, en el artículo 1979 se sugiere una modificación radical: La eliminación del supuesto especial que regula, actualmente, la responsabilidad por el daño causado por un animal.

En la Exposición de Motivos del Proyecto no se explica el por qué de la eliminación de dicha norma y, francamente, no lo entendemos.

¿Por qué considerar como *urgente y necesario* el derogar ese supuesto especial de responsabilidad civil?, ¿a quién perjudica?, ¿acaso el sistema de responsabilidad civil extracontractual se perjudicaría si la norma se conservara?

Ante lo evidente de las respuestas que corresponden a cada una de esas preguntas, sólo nos queda suponer que se propone la derogatoria porque *se necesitaba espacio* para agregar la responsabilidad por productos o servicios defectuosos.

No negamos que los daños causados a la integridad, salud o bienes de los consumidores requieren un tratamiento adecuado, pero, ¿acaso no lo reciben de manera detalla-

da en el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo n.º 716, en el que se determina como responsables solidarios a todos los proveedores de los productos defectuosos que han generado el daño en el consumidor?

Claro que lo reciben, de donde resulta aún más sorprendente que se pretenda derogar una norma que regula un supuesto especial (el del dueño del animal), para colocar en su lugar la transcripción de una norma ya existente y, por ende, en actual vigencia.

Sin embargo, debemos expresar que el supuesto de responsabilidad solidaria contemplado por el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor y que también se pretende incorporar en el artículo 1979 del Código Civil, no resulta satisfactorio.

Y decimos esto, porque una cosa es tratar de beneficiar a los consumidores y otra, muy distinta, perjudicar a los proveedores.

Decimos esto, habida cuenta de que cuando se asigna responsabilidad solidaria a los proveedores, ello implica que el consumidor perjudicado por los productos o servicios defectuosos, no sólo puede demandar a todos los proveedores que participaron en la producción y/o distribución del bien o servicio, sino que a cualquiera de ellos podría cobrarle el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios.

¿Debe responder por igual el gran laboratorio farmacéutico que elaboró la medicina defectuosa y perjudicial para la salud, que la farmacia de barrio que la vende?

A nuestro criterio, elementales razones de justicia conducen a una respuesta negativa. Como es obvio, la farmacia no tiene la menor posibilidad de conocer los eventuales defectos del producto.

Y, por lo demás, al consumidor perjudicado le interesará ser indemnizado y, en el caso de nuestro ejemplo, bien podría demandar y cobrarle al laboratorio que elaboró dicho producto.

Entendemos que la solidaridad en la cadena de proveedores puede resultar muy injusta, además de poder ocasionar situaciones inequitativas en las que los no culpables terminen indemnizando al consumidor, en vez de los culpables.

Creemos que éste es un tema que debería ser estudiado con mayor profundidad en sus consecuencias en lo que respecta al Derecho del Consumidor.

Pero, si en esa área del Derecho la solución comentada ya resulta discutible, lo sería aún más en Derecho Civil, área a la que se pretende incorporar una norma similar, con la modificación que se plantea al artículo 1979 del Código Civil.

Si la Comisión quisiera hacer algo más útil, en vez de limitarse a copiar un precepto que ya rige en otra área del Derecho, debería tomarse la molestia de aclarar cómo funciona la solidaridad entre los proveedores, tema discutido hoy en doctrina.

Mejor aún, debería dejar el artículo 1979 tal y como está y, en su lugar solucionar los inconvenientes prácticos producidos por las contradicciones que ampara el Código en materia de coautoría.

Aquellas dificultades tienen como fuente generadora la peligrosa distinción que ha realizado nuestro legislador de las nociones de *incitación* y *ayuda*, reguladas en el artículo 1978 del Código Civil; y la noción de *corresponsable*, tema regulado en el artículo 1983.

Gracias a lo dispuesto en la primera de las normas citadas, el Juez deberá decidir la indemnización que le corresponda –según las circunstancias, el grado de responsa-

bilidad de quien incita o ayuda a causar un daño-; en cambio, de acuerdo a la segunda, los corresponsables responderán solidariamente.

Como podemos advertir con facilidad, a la víctima le es más favorable que se determine la corresponsabilidad, ya que eso le permitirá dirigir su pretensión contra cualquiera de los responsables o contra ambos, teniendo mayores posibilidades de ser resarcida. Por el contrario, si se determinara que se trata de un responsable y de un *ayudante* o de un *incitador*, la víctima se verá forzada a dividir su pretensión entre los diferentes autores del daño que ha padecido, con lo que sus posibilidades de alcanzar la reparación integral, disminuyen.

De esta manera, podemos advertir también que la distinción realizada en las normas puede ser calificada como interesante desde el plano teórico; no obstante, genera en los hechos perniciosas consecuencias para el perjudicado.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.	Artículo 1980.- Responsabilidad del propietario El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor.

Al contrastar la norma vigente con la que sugiere la Comisión, podemos apreciar ciertos cambios notorios.

Mientras la norma actual regula la responsabilidad objetiva del propietario de un edificio o construcción, en el Proyecto aquéllo se extiende peligrosamente.

En efecto, en el proyectado artículo 1980 se regula la responsabilidad del propietario, sin realizar distinción al-

guna sobre el tipo de bien de que se trate, de modo que podría tratarse, incluso, de cualquier bien mueble. La responsabilidad sigue siendo objetiva, es decir, el propietario responde por el solo hecho de serlo; empero, ahora tal responsabilidad objetiva no se restringe a los casos en que el daño provenga de la caída o destrucción del bien por falta de conservación o de construcción.

En nuestra opinión, la Comisión se ha excedido en su intento de proteger a la víctima, pues, gracias al artículo 1980 propuesto, al final podría estarse tutelando a un sujeto en perjuicio de otro. Podrían configurarse muchos casos en los cuales el propietario se convierta en víctima económica, debido a la amplitud del precepto.

No necesariamente estamos de acuerdo en que la responsabilidad del propietario y del poseedor debería ser solidaria. Ello, porque si la culpa de los daños pudiese identificarse fácilmente en uno u otro, será alguno de los dos quien deba cargar con el íntegro de la indemnización.

Entendemos que la excepción podría estar dada por los bienes riesgosos o peligrosos, considerando la naturaleza de los mismos y los deberes de cuidado que imponen a sus propietarios.

Sin embargo, preferimos el texto del artículo 1980, vigente desde 1984.

Además, y por último, entendemos que sólo podría pensarse en asignar una responsabilidad solidaria cuando se trate de un poseedor legítimo. Sería sumamente injusto, por ejemplo, que el propietario responda solidariamente con un usurpador del bien, siendo éste último el culpable de los daños.

Por lo demás, en el caso de los bienes muebles no creemos que se justifique una responsabilidad tan severa como la que se pretende imponer. A lo sumo, podría justificarse en el caso de los vehículos (ahora inmuebles, por la Ley de

la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677), mas no es necesario que ello se incorpore en el Código Civil. La Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley n.º 27181) ya dispone que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito es objetiva y solidaria entre el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre.

Así las cosas, pensamos que la fórmula del artículo 1980 del Proyecto no puede calificarse como una *enmienda*. En nuestra opinión dicho artículo es tan sólo un intento fallido por plasmar el principio de reparación integral de la víctima.

Cierto es que toda víctima que sufriera un daño sería resarcida, pero para ello resultaría necesario, en no pocas ocasiones, que surgiera una nueva víctima: el propietario.

¿Acaso la Comisión no recuerda las duras críticas de las que ha sido blanco ese tipo de responsabilidad objetiva, que ahora pretende consagrar en el Código Civil?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.	Artículo 1981.- Responsabilidad del principal y del dependiente El que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, cuando el daño se produjo en el ejercicio del cargo, en cumplimiento del servicio correspondiente o con ocasión de sus funciones. Ambos son responsables solidarios.

Como podemos apreciar, en el Proyecto no se sugieren cambios significativos con respecto al precepto vigen-

te. La supuesta novedad estaría en que se agrega la responsabilidad del principal por los daños que cause su dependiente, cuando aquellos daños los produjo en ocasión de sus funciones.

A decir verdad, aquel agregado no plantea, en estricto, nada nuevo respecto a lo que actualmente es entendido al interpretar y aplicar la norma. Lo único que se está haciendo es recoger en el artículo lo que los propios operadores jurídicos entienden de modo generalizado.

En todo caso, debemos admitir que la nueva redacción, al consagrar legislativamente lo que la doctrina y la jurisprudencia nos han aportado, beneficia el sistema de responsabilidad civil, pues el supuesto recogido favorece a la víctima.

Cabe resaltar que pese a que en el régimen vigente ésta sería la norma a aplicar en los supuestos de responsabilidad civil de la persona jurídica por hechos de sus dependientes, en el Proyecto no ocurre lo propio. Tal cual hemos comentado al analizar el Libro de Personas, la Comisión ha regulado de manera específica este tema. Empero, como también señalamos, dicha regulación es defectuosa y sumamente perjudicial.

En el Proyecto se pervierte la responsabilidad de la persona jurídica hasta límites insospechados. Con el afán de glorificar el principio de reparación integral de la víctima, la Comisión olvida que la solidaridad no es algo que pueda tomarse a la ligera, asumiéndola para todos los casos en los que se involucren los dependientes y miembros de la persona jurídica, al punto de que —como hemos visto— el principio de autonomía que sustenta a dicho ente se destruye por completo.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 1987.- La acción indemnizatoria	Artículo 1987.- Limitación de la responsabilidad del asegurador

puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.	La indemnización puede ser reclamada al asegurador del daño, quien está obligado a pagar solamente hasta el monto de lo pactado con el asegurado.
--	---

Antes de examinar si la modificación que se propone en el Proyecto es *urgente y necesaria*, consideramos apropiado referirnos brevemente a la relación entre el seguro y la responsabilidad civil extracontractual.

La doctrina hoy reconoce la incidencia recíproca que existe entre la responsabilidad objetiva y el seguro. De igual manera, se rescata la importancia del seguro como mecanismo para garantizar la indemnización de las víctimas y la pulverización de los daños, pues el riesgo se reparte sobre una colectividad homogénea.

El aseguramiento puede ser una medida preventiva que quede a voluntad de los interesados o puede tratarse de una imposición legal. En el primer caso estamos frente al seguro voluntario; en el segundo, frente al segundo obligatorio.

A pesar de esta evolución, la implementación del seguro como mecanismo dentro de un sistema de cobertura social completa o total, ha recibido serias objeciones. La mayoría de los detractores han utilizado como argumento la pérdida de la función preventiva de la responsabilidad, pues, aducen, una cobertura total genera incentivos para causar demasiados accidentes.

Si pensamos las cosas en abstracto, los seguros sí generan incentivos para tomar precauciones, en la medida de que las primas se determinan, entre otros factores, por la capacidad de una persona para generar riesgo: A mayor cantidad de accidentes que tenga una persona, mayor será la prima que deberá pagar, de donde se sigue que una persona tiene incentivos para evitar causar accidentes.

Eso, que en teoría resulta tan claro, en la práctica es, por el contrario, en extremo complicado, debido a las dificultades y limitaciones que existen para medir ese riesgo. A esas dificultades se suma el problema del riesgo moral o azar moral, el cual, en principio, se resuelve en la relación contractual entre la compañía aseguradora y el asegurado.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que un sistema de seguros ofrece innegables ventajas; la principal es que permite que la víctima no tenga que esperar años hasta que el Poder Judicial se pronuncie al respecto. Las fallas en el funcionamiento de la Administración de Justicia hacen más atractiva la opción del seguro.

Si nos centramos en los seguros obligatorios –que tienen un fundamento distinto que los seguros voluntarios–, podemos inferir que los mismos pueden ser útiles para enfrentar los problemas propios del Poder Judicial respecto a la rapidez con que se resuelven los conflictos, pues otorgan la ventaja de brindar una compensación efectiva y sin demoras a las víctimas.

Los seguros obligatorios, como el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), que se caracterizan por conceder una indemnización automática, no tienen por fin que el responsable indemnice al perjudicado; la responsabilidad del autor del hecho nunca se discute, de donde se sigue que el seguro paga a la víctima sin analizar si hubo culpa, o si se configura un supuesto de ruptura del nexo causal o, incluso, si el daño está justificado por presentarse uno de los supuestos del artículo 1971 del Código Civil.

Así, el SOAT, al guardar una lógica distinta de la que sustenta a la responsabilidad civil, no excluye que la víctima pueda recurrir luego al Poder Judicial.

En nuestra opinión, el sistema de seguros no puede sustituir al sistema de responsabilidad extracontractual y tampoco tiene por qué hacerlo, pues ambas instituciones

no son necesariamente excluyentes, sino más bien complementarias. En todo caso, somos conscientes de que es menester que el Estado pondere minuciosamente en qué casos debe exigirse el seguro obligatorio y en cuáles no, de modo que no se distorsione la figura.

Nuestro Código Civil no es indiferente al mecanismo del seguro y su vinculación con la reparación de la víctima. En efecto, y como se desprende del texto del artículo 1987, el legislador regula el tema, consagrando la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora.

La responsabilidad del asegurador es siempre objetiva y solidaria. De esta manera, en el texto original del artículo 1987 se dispone que «La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste».

Como puede percibirse, la redacción del precepto es bastante desafortunada, de modo que una interpretación literal del mismo podría llevar a sostener que la compañía de seguros debería responder por montos superiores a los establecidos dentro de la cobertura del contrato de seguro.

Esa interpretación literal generó infinidad de críticas. No obstante, hoy la interpretación sistemática se impone, de modo que el artículo 1987 debe ser leído en concordancia con el inciso 4 del artículo 325 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley n.º 26702), que establece que «las empresas de seguros están prohibidas de pagar indemnizaciones por siniestros en exceso de lo pactado».

Se trata, en consecuencia, de una solidaridad limitada, en tanto la aseguradora sólo debe responder hasta el límite de la cobertura señalada en la póliza.

Es de destacar que si el asegurador paga la indemnización, puede luego subrogarse contra el deudor directo,

autor del daño, de conformidad a lo establecido en el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil.

En nuestro libro *Ni urgente, ni necesario: más bien, defectuoso*, señalamos que esa modificación no era ni *urgente* ni *necesaria*, pues, como acabamos de precisar, ya existe una norma especial que dispone lo mismo.

Sin embargo, si bien seguimos pensando lo mismo, hoy consideramos que no estaría mal introducirla en el Código Civil, cuerpo normativo mucho más conocido y de ámbito general, a diferencia de la Ley n.º 26702, en la que se encuentra regulado el tema en materia de seguros.

Libro IX

REGISTROS PÚBLICOS

Título II

DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2008.- Los registros públicos de que trata este Libro son los siguientes: 1. Registro de la propiedad inmueble. 2. Registro de personas jurídicas. 3. Registro de mandatos y poderes. 4. Registro personal. 5. Registro de testamentos. 6. Registro de sucesiones intestadas. 7. Registros de bienes muebles.	Artículo 2008.- Clases de Registros Los registros públicos de que trata este Libro son los siguientes: 1. Registro de Bienes, que comprende los de inmuebles, muebles y derechos. 2. Registro de Personas Jurídicas, que comprende los de asociaciones, fundaciones, comités y comunidades campesinas. 3. Registro de Personas Naturales, que comprende las secciones personal, de mandatos y poderes y de sucesiones.

Lo primero que debemos resaltar, es que, en estricto, son numerosas las modificaciones que han sido propuestas por la Comisión en materia de Registros Públicos, pero todas ellas –como es evidente– son de orden formal.

La primera, referida al artículo 1008, tiene la virtud de que sí puede ser calificada como una *enmienda*, no sólo porque así es considerada en el Proyecto de Reforma, sino por su contenido.

De esta forma, el cambio que se sugiere tiene por finalidad otorgar mayor eficiencia a los Registros Públicos, lo que, en definitiva, implica simplificar y agilizar los trámites e inscripciones en las oficinas registrales.

Con dicho objetivo la Comisión organiza los registros de un modo distinto al actual. En el Proyecto de Reformas la nueva clasificación reduce a tres los registros que conforman los registros públicos; a saber:

Registro de Bienes.

De acuerdo al Proyecto, ya no existiría un Registro de bienes muebles y otro de bienes inmuebles, sino únicamente uno de bienes en el que ambas clases se registrarían, además de registrarse allí también los derechos.

Registro de Personas Jurídicas.

El segundo de los registros es el de Personas Jurídicas, estableciéndose expresamente que este registro se compone por las asociaciones, fundaciones, comités y comunidades campesinas.

En nuestra opinión, esa especificación constituye un error en la medida en que olvida que esas no son las únicas clases de personas jurídicas que hay, sino simplemente las reguladas en el Código Civil de 1984.

En el Proyecto se establece que el Registro de Personas Jurídicas solamente se compone de Asociaciones, Fundaciones y Comités; y el sustento es que son las únicas tres

que están normadas en el Código Civil, cuando lo cierto es que esta materia no puede circunscribirse solamente a lo que está normado en el Código Civil.

Al igual que Jorge Ortiz Pasco, consideramos que habida cuenta de que han aparecido en escena una serie de personas jurídicas como las Rondas Campesinas, Comités del Vaso de Leche o los Colegios Profesionales que, a pesar de no tener un tratamiento jurídico específico en el Código Civil, tienen que concurrir a un registro, debemos incluirlas en la norma. Ellas también deberían componer el Registro de Personas Jurídicas.

Registro de Personas Naturales.

El Registro de Personas Naturales, para cuyo efecto se crea el folio personal, comprendería las secciones personal, de mandatos y poderes y de sucesiones.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2009.- Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales. Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.	Artículo 2009.- Régimen legal de los Registros 1. Los Registros Públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, en sus leyes y reglamentos. 2. Las disposiciones de este Libro son de aplicación a los demás registros jurídicos regulados por leyes especiales.

Sobre los cambios sugeridos respecto del artículo 2009 no hay, en realidad, nada que comentar puesto que la propuesta de modificación no es sino una consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley n.º 27755 y, asimismo, de la

nueva clasificación de los registros públicos sugerida en el artículo 2008.

En tal sentido, el primer párrafo se mantiene casi igual al vigente. El segundo párrafo, en cambio, sí se modifica, en virtud de los cambios introducidos en la legislación por la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Además y como se resalta en la exposición de motivos, en la enmienda se precisa que las disposiciones del Código también se aplican a todos los registros jurídicos, o sea a aquéllos que tienen consecuencias jurídicas, de manera tal que los usuarios de dichos registros puedan beneficiarse con las garantías establecidas a favor de los terceros registrales.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2011.- Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá so-	Artículo 2011.- Principio de rogación y calificación registral 1. Los registradores propiciarán y facilitarán las inscripciones. 2. La calificación registral comprende la evaluación de la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos y de los asientos de la partida o partidas registrales correspondientes. 3. Las discrepancias de orden material que el registrador advierta al efectuar la calificación, podrán motivar la denegatoria sólo cuando generen duda razonable sobre la

licitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro.

identidad del titular registral, el bien o la persona inscrita.

4. Si el título contiene una resolución judicial que ordena efectuar una determinada inscripción o anotación, el registrador no podrá calificar la eficacia o validez del mandato judicial ni sus fundamentos. No obstante, el registrador podrá calificar la adecuación del mandato a los asientos registrales, la incompatibilidad con la partida y la condición de inscribible del acto.

5. La calificación registral está sometida a los límites y reglas establecidos en los reglamentos.

Al contrastar ambas normas se pueden observar varios cambios, los que, a pesar de encontrarse inspirados en una razón legítima, esto es, promover la inscripción registral y, con ello, fortalecer la seguridad jurídica, podrían generar ciertos inconvenientes, esencialmente en lo que respecta al contenido de los incisos 1 y 3.

Nos explicamos.

En el inciso 1, se señala expresamente que los registradores propiciarán y facilitarán las inscripciones.

Por otro lado, aunque siguiendo la misma orientación, en el inciso 3 se dispone que las discrepancias de orden material que el registrador advierta al efectuar la calificación, podrán motivar la denegatoria sólo cuando generen duda razonable sobre la identidad del titular registral, el bien o la persona inscrita.

De acuerdo a la exposición de motivos, los incisos 1 y 3 de la enmienda propuesta, tienen por objeto lograr el acceso al Registro de una mayor cantidad de títulos. El inciso

1 contiene una declaración de principios y el inciso 3 posibilita la inscripción a pesar de la existencia de las discrepancias menores que pudieran advertirse al momento de efectuar la calificación registral.

En nuestra opinión, esa declaración de principios resulta innecesaria e inexacta, en la medida en que emplea términos que pueden generar malas interpretaciones, al aplicarse conforme a lo señalado en el inciso 3.

No entendemos por qué se considera indispensable indicar que los registradores deben propiciar y facilitar las inscripciones, cuando lo cierto es que los registradores deben cumplir con una serie de funciones que, más que facilitar y propiciar las inscripciones –que son finalidades indirectas–, tienen por objetivo que esas inscripciones se encuentren revestidas de las garantías necesarias para que, en efecto, prevalezca la seguridad jurídica.

Ese principio que, reiteramos, en realidad constituye la manifestación indirecta de la promoción de la seguridad jurídica por medio de la inscripción registral; podría ser llevado a extremos si se interpretase junto al inciso 3, en la medida de que en este último se señala que el registrador únicamente podría denegar la inscripción si advirtiera alguna discrepancia de orden material que genere duda razonable sobre la identidad del titular registral, del bien o de la persona inscrita.

Ello significa que, en los casos en que existiera una discrepancia de orden material que generara duda razonable sobre algún aspecto distinto a los tres señalados en la norma, el registrador se encontraría obligado a realizar la inscripción, pues de lo contrario estaría contraviniendo tanto el inciso 1 como el inciso 3.

Como resulta evidente, ello supondría llevar a extremos una política legislativa de incentivos de la informalidad y de la inseguridad jurídica y, como consecuencia, propiciar

situaciones en las que se otorgue a actos jurídicos que podrían adolecer de algún defecto importante, el halo de legitimidad y legalidad propio de los registros públicos.

El inciso 2, en tanto transcripción de lo dispuesto en la norma vigente, no amerita comentario alguno.

Por otro lado, en lo que respecta al inciso 4, debemos admitir que el mismo supone un avance puesto que, a diferencia de lo que se señala actualmente en el artículo 2011 –gracias a la desacertada modificación a la que fue sometido con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil–, no impone responsabilidad al Registrador por cumplir con sus funciones.

Como bien señala Jorge Ortiz Pasco, lamentablemente, el Código Procesal Civil incluyó en el artículo 2011 un párrafo en el que decía que la calificación registral no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de una resolución judicial, inclusión que ha generado un caos en el Registro, un caos en la publicidad registral y, en definitiva, en la seguridad jurídica.

Siguiendo el ejemplo propuesto por Ortiz en su ponencia en el marco del evento que organizamos en el Colegio de Abogados de Lima, entre el 4 y el 7 de abril de 2006, tenemos que hoy podría inscribirse en el Registro del Callao, una compraventa de acciones de una sociedad anónima, a pesar de que todos sabemos que la compraventa de acciones no es un acto inscribible, porque la Ley General de Sociedades no lo establece y porque el Reglamento del Registro de Personas Jurídicas tampoco lo contempla. Esa inscripción sería posible gracias a que un Juez lo dispusiera así, pues ello forzaría al registrador a inscribirla, en desmedro de la calificación registral que es el sentido y el pilar de los principios registrales y del procedimiento registral.

Afortunadamente, la Reforma plantea dejar sin efecto ese famoso esquema de hacer responsable al Registrador

por cumplir con su función, que no es otra que la de calificar los títulos.

Nuestra única crítica al inciso 4 es que el mismo no contemple, como sí lo hace el artículo 2011 del Código de 1984, la posibilidad de que, de ser el caso, el Registrador pueda solicitar al Juez las aclaraciones o la información complementaria que precise, o, incluso, requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro.

Por último, y considerando que el inciso 5 se limita a decir lo evidente, sólo quisiéramos precisar que su inclusión resulta indiferente e innecesaria, en tanto no genera ningún inconveniente, pero tampoco soluciona problema alguno.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.	Artículo 2014.- Principio de buena fe registral 1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes. 2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la posterior inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de bu-

	na fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes. 3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales o de los títulos archivados correspondientes. 4. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes.
--	---

Cierto es que la seguridad jurídica requiere de gastos, la seguridad no es gratuita sino que genera costos. No obstante, cierto es también que es más costosa la inseguridad jurídica.

Nos explicamos.

El intercambio de bienes, y con ello la posibilidad de que en efecto circule la riqueza, exige actualmente no sólo celeridad, sino también y fundamentalmente seguridad.

La aplicación de las normas registrales y, en consecuencia, de los principios que las sustentan, se presenta así como relevante en asuntos tan intrincados como el de la transferencia de propiedad. La razón es muy simple: gracias a la publicidad registral se convierte la propiedad en absoluta al otorgar seguridad jurídica.

La seguridad constituye, junto a la justicia, uno de los fines sobre los cuales se encuentran sustentadas la existencia y necesidad del Derecho.

La publicidad registral se justifica por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica, mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia, existencia y alcance; así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación⁹⁸.

En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se reconoce la relevancia de este principio, al cual, incluso, se llega a calificar como el más trascendental avance en materia de Derecho Registral. Dicha afirmación se encuentra amparada en la constatación de que en todo sistema registral donde aparece, constituye la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial.

A grandes rasgos y siguiendo esta línea de pensamiento, las notas principales que caracterizan a la seguridad jurídica inmobiliaria, consecuencia de la publicidad registral, son dos⁹⁹:

- La certeza, certidumbre, confianza o ausencia de duda que permite la predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes.

- La certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, de manera que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre.

De esta forma,

«En líneas generales, la protección que brinda el Registro tiene dos destinatarios perfectamente definidos. Por un lado,

98. GONZALES LOLI, Jorge Luis. *Op. cit.*, p. 113.

99. VILLEGAS POMA, Edwin Julio. *Op. cit.*, p. 77.

el *titular registral*, esto es, aquél que tiene un derecho inscrito en el Registro. Y, por otro, los *terceros*, es decir, aquéllos que adquieren un derecho amparados en la publicidad que brinda el Registro.

La protección del *titular registral* surge a través del *principio de legitimación registral*, en la medida de que de la presunción relativa de exactitud que impone, se desprende que aquél no podrá ser despojado de su derecho sin su previo consentimiento o intervención (Art. 2013 del C.C. y Art. VII del NRGPR). Por su parte, la protección de los *terceros*, además del *principio de oponibilidad de lo inscrito*, emana del *principio de fe pública registral*. Éste, en líneas generales, establece que, aquéllos no podrán ser perjudicados en sus derechos si las eventuales causas de invalidez o ineficacia que puedan afectarlos, no constaban en el Registro al tiempo de su adquisición (Art. 2014 del C.C. y Art. VIII del NRGPR)¹⁰⁰.

La Comisión juzga como *urgente y necesario* modificar el artículo 2014, esto es, modificar la norma que se encarga de regular la protección de los terceros.

Lo primero que llama la atención es que se ha eliminado la onerosidad del acto como requisito para constituirse en tercero registral, de manera tal que quien adquiera un derecho a título gratuito también pueda invocar los beneficios de este artículo, siempre y cuando reúna los requisitos taxativamente señalados en el mismo, lo que nos parece por demás adecuado, en tanto la onerosidad, en estricto, no tiene injerencia alguna respecto de la buena o mala fe que pueda tener el tercero, que es lo que al final interesa.

En la Exposición de Motivos de la norma se pone especial énfasis en señalar que el inciso 1 precisa y limita las causas de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución, única-

100. CABRERA YDME, Edilberto. «El principio de fe pública registral». En: *Revista Jurídica del Perú*, n.º 34, año LII, 2002, CD-Rom.

mente a las que aparecen en los asientos registrales y en los títulos archivados. Además, se indica que con la finalidad de precisar las causales a que se refiere el párrafo 1 se ha incluido la nulidad como una adicional a las existentes.

Otro de los puntos más resaltantes es que se ha extendido el principio de la fe registral a los actos celebrados sobre la base de los asientos registrales y títulos archivados publicitados en el Registro de Personas Naturales y en el Registro de Personas Jurídicas.

No obstante lo explicado, debemos recordar que sobre este numeral propuesto (en especial, con respecto al inciso 3), Álvaro Delgado Scheelje ha formulado una observación en extremo importante, en el sentido de considerar que hubiese sido conveniente que el nuevo artículo 2014 diese prevalencia al contenido de las inscripciones por sobre los títulos archivados; ello, en razón de brindar una mayor seguridad jurídica y de variar radicalmente el esquema del actual artículo 2014.

Título II

REGISTRO DE BIENES

Título III

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2024.- Este registro consta de los siguientes libros: 1. De asociaciones. 2. De fundaciones. 3. De comités. 4. De sociedades civiles.	Artículo 2024.- Folio Personal Por cada persona jurídica se abrirá una partida registral independiente en la que se extenderá su primera inscripción, así como otros actos relativos a dicha persona jurídica.

5. De comunidades campesinas y nativas. 6. De cooperativas. 7. De empresas de propiedad social. 8. De empresas de derecho público. 9. De los demás que establece la ley.	
--	--

La modificación del artículo 2024 resulta necesaria dentro de la lógica del Proyecto de Reforma. Al proponerse el cambio de la clasificación de los Registros Públicos, en el artículo 2008, deviene en imprescindible proponer también un cambio en el artículo 2024, de modo tal que ambos preceptos guarden coherencia entre sí.

Así, con el nuevo texto del artículo 2024 se estaría, además, ratificando el criterio del folio personal para cada persona jurídica.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2025.- En los libros de asociaciones, de fundaciones y de comités se inscriben los datos exigidos en los artículos 82, 101 y 113. En el libro de sociedades civiles, la inscripción se efectúa con observancia de la ley de la materia. Se inscriben en ellos, además, lo siguiente:	Artículo 2025.- Inscripciones en el Registro de Personas Jurídicas Son inscribibles en el Registro de Personas Jurídicas: 1. El acto constitutivo, el estatuto y sus modificaciones. 2. El nombramiento, facultades y cese de los integrantes de los órganos de la persona jurídica, así como de sus administradores y representantes.

1. Las modificaciones de la escritura o del estatuto. 2. El nombramiento, facultades y cesación de los administradores y representantes. 3. La disolución y liquidación.	3. La transformación, fusión o escisión de la persona jurídica, así como el establecimiento de sucursales y la designación de su representante. 4. La disolución, la designación de liquidadores y la extinción de la persona jurídica.
--	--

La Comisión, como ella misma resalta en su Exposición de Motivos, ha considerado necesario reemplazar el artículo 2025, porque las sociedades civiles no son tratadas por el Código Civil. Además, se han agregado como actos inscribibles los señalados en el párrafo 3, lo que nos parece acertado.

En general, la modificación del artículo 2025 se justifica, como otra, en los cambios introducidos respecto del sistema de clasificación de los Registros Públicos sobre el cual nos hemos pronunciado a favor, reconociendo que implican una mejoría del desordenado sistema que hoy rige.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2026.- La inscripción de las comunidades campesinas y nativas, cooperativas, empresas de propiedad social y demás personas jurídicas regidas por leyes especiales, se efectúa a solicitud de éstas.	Artículo 2026.- Se deroga.

La derogación propuesta respecto del artículo 2026 se encuentra justificada en el hecho de que éste resultaría innecesario, y ello sería aún más evidente tras la Reforma, en

tanto una norma como ésta no tendría cabida dentro de la lógica del sistema de clasificación de registros que se propone implantar.

Título IV REGISTRO DE PERSONAS NATURALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2030.- Se inscriben en este registro: 1. Las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas. 2. Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta y el reconocimiento de existencia de las personas. 3. Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad. 4. Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia. 5. Las resoluciones que rehabiliten a los inter-	Artículo 2030.- Folio Personal 1. Por cada persona natural se abrirá una partida registral en mérito a la primera inscripción de alguno de los actos o resoluciones establecidos en este Título. 2. En la misma partida se extenderá los demás actos inscribibles conforme a este Título.

dictos en el ejercicio de los derechos civiles. 6. Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación. 7. El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación. La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia.	
---	--

Como ya hemos señalado, el Registro de Personas Naturales, en el Proyecto de Reforma, va a contener tres secciones:

- La Secciones Personal;
- La Sección de Mandatos y Poderes; y
- La Sección de Sucesiones.

A fin de que el Registro cumpla eficientemente su función de publicidad, la Comisión plantea la creación del folio personal para las personas naturales. Así, cada persona natural tendría una sola partida donde se inscribirían los actos que hoy se inscriben o anotan en diversos registros como el personal, mandatos y poderes, sucesiones y testamentos.

La creación del folio personal, entonces, permitiría que, en efecto, se logre la unificación de los registros en uno

solo. Este registro unificado tendría, como señala la Comisión en su Exposición de Motivos, su respectivo índice nacional, para que cualquier registrador del país pueda efectuar inscripciones en las diferentes secciones de dicho registro, y para que cualquier usuario pueda conocer esas inscripciones sin tener que acceder a registros ubicados en distintas zonas del país.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2032.- En el caso del artículo 2031, los jueces ordenan pasar partes al registro, bajo responsabilidad.	Artículo 2032.- Sección Personal. Actos Inscribibles En la Sección Personal se inscriben los siguientes actos: 1. Las resoluciones que limitan la capacidad de las personas. 2. Las resoluciones que declaran la ausencia, muerte presunta y el reconocimiento de existencia de las personas. 3. Las sentencias que imponen inhabilitación o pérdida de la patria potestad. 4. Los actos de designación y aceptación de los cargos de tutor o curador, con enumeración de los bienes inventariados y relación de las garantías otorgadas, así como su extinción con expresión de la causa. 5. Las resoluciones que restablecen el ejercicio de derechos civiles. 6. Las resoluciones que declaran la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.

	7. Los regímenes patrimoniales del matrimonio distintos a la sociedad de gananciales, sus modificaciones y ceses. 8. La declaración de oficio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia. 9. Los demás que señala la ley.
--	---

Tal cual se establece en la Exposición de Motivos, con la creación del folio personal todas las inscripciones señaladas en el artículo 2032 se podrían efectuar en cualquier lugar del país, de manera tal que la limitación de la inscripción al lugar del domicilio de la persona interesada quedaría superada. Por esa razón, la Comisión propone reemplazar el artículo 2032, eliminando del artículo 2030 las resoluciones que declaran la incapacidad, la desaparición y la interdicción civil como actos inscribibles.

En nuestra opinión, hubiera sido preferible mantener las resoluciones que declaran la incapacidad, la desaparición y la interdicción civil como actos inscribibles, debido a la naturaleza de tales actos, aunque señalando que, como excepción a la regla, ellos únicamente podrían inscribirse en el lugar del domicilio de la persona interesada.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2033.- Las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso.	Artículo 2033.- Sección de Mandatos y Poderes En la Sección de Mandatos y Poderes se inscribe el mandato y el poder, así como su modificación, sustitución, delegación, revocación o extinción y el pac-

	to de irrevocabilidad y su plazo cuando corresponda.
--	--

Como resulta evidente, en el nuevo sistema de clasificación de registros públicos el artículo 2033 del Código Civil de 1984 devendría en incongruente, por lo cual se opta por modificar completamente su texto, de modo que ahora en éste se señalarían los actos inscribibles en la Sección de Mandatos.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2034.- La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar.	Artículo 2034.- Sección de Sucesiones 1. En la Sección de Sucesiones se inscribe: a) El testamento, previa protocolización cuando corresponda, así como su modificación y revocación. La inscripción de estos actos será pública sólo después de la muerte del testador. b) Las resoluciones judiciales o actas notariales que declaran la sucesión intestada total o parcialmente. c) Las solicitudes de sucesión legal. d) Las resoluciones judiciales que amparan la petición de herencia. e) La aceptación y la renuncia de la herencia y, en su caso, del legado. f) Las resoluciones judiciales o arbitrales sobre responsabilidad por las deudas y cargas.

	g) Los inventarios notariales o judiciales de los activos y pasivos del causante, así como las resoluciones judiciales o arbitrales sobre exclusión o inclusión de elementos patrimoniales en el inventario. h) Las resoluciones judiciales que declaren la indignidad. i) Las resoluciones judiciales que declaren la ineficacia de la renuncia de herencia o de legado. j) Las restricciones sobre la masa sucesoria, incluida la legítima. k) Los actos convencionales y las resoluciones judiciales o arbitrales sobre derechos hereditarios o de legados. l) La designación, aceptación, sustitución, renuncia y cese de albaceas, representantes y administradores. m) Los convenios y resoluciones judiciales o arbitrales sobre indivisión y partición. n) Las resoluciones judiciales o arbitrales sobre derechos de acreedores de la sucesión indivisa. o) Los testamentos otorgados en el extranjero que deban ejecutarse en el Perú y las declaraciones o resoluciones de sucesión total o parcialmente intestada expedidas en el extranjero. p) Los demás actos y resoluciones sobre derechos sucesorios, sus limitaciones o extinción.
--	--

	2. Las inscripciones a que se refiere el numeral anterior no son oponibles a los adquirentes de buena fe de derechos sobre bienes singulares de la masa, observándose lo dispuesto en el artículo 2014.
--	--

La Comisión, como ella misma explica en su Exposición de Motivos, entiende que la sucesión *mortis causa* es una sola, con independencia de si el título sucesorio tiene causa testamentaria o legal, por declaración judicial o notarial.

Adicionalmente, las normas actuales no contemplan el caso de la misma sucesión, que es parcialmente testada y parcialmente intestada, que habría que inscribir en dos registros distintos. Así, aduce que la razón de una única Sección de Sucesiones, como parte del Folio Personal, permitiría inscribir actos que ahora no contemplan las normas vigentes y que son absolutamente imprescindibles.

Coincidimos con la Comisión en que la gran virtud de esta enmienda consistiría en que, al permitirse la inscripción de todos los actos y resoluciones sobre derechos sucesorios, sus limitaciones o extinción, el interesado podría conocer todo el régimen sucesorio del fallecido.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2036.- Se inscriben en este registro: 1. Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos. 2. Los instrumentos en que conste la sustitu-	Artículo 2036.- Se deroga.

ción, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso.	
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2037.- Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación.	Artículo 2037.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2038.- El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos.	Artículo 2038.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2039.- Se inscriben en este registro: 1. Los testamentos. 2. Las modificaciones y ampliaciones de los mismos.	Artículo 2039.- Se deroga.

3. Las revocaciones de los actos a que se refieren los incisos 1 y 2. 4. Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad de los testamentos. 5. Las sentencias ejecutoriadas en los juicios sobre justificación o contradicción de la desheredación. Las escrituras revocatorias de la desheredación.	
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2040.- Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento.	Artículo 2040.- Se deroga.
CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2041.- Se inscriben obligatoriamente en este registro las actas notariales y las resoluciones judiciales ejecutoriadas que declaren a los herederos del causante. Asimismo, se inscribirán las anotaciones preventivas de la solici-	Artículo 2041.- Se deroga.

tud de sucesión intestada que mande el notario como las demandas que a criterio del juez, sean inscribibles.	
--	--

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2042.- Las resoluciones a que se refiere el Artículo 2041 se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso.	Artículo 2042.- Se deroga.

Usualmente, la Comisión, al proponer como enmiendas al Código Civil la derogación de diversos artículos, ha tenido como práctica habitual, el no explicar el por qué considera urgente y necesario aquello.

Sin embargo, en los casos de los artículos 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041 y 2042, la justificación resulta evidente. Así, como puede inferirse de la lectura de las citadas normas, la Comisión ha sugerido su derogación como consecuencia del nuevo sistema de clasificación de los Registros.

Por ejemplo, siguiendo ese nuevo sistema, el artículo 2034 sustituiría por completo los actuales artículos 2039, 2040, 2041 y 2042.

En tal sentido y reiterando que nos encontramos a favor de la nueva clasificación registral, consideramos que, en efecto, las derogaciones propuestas sí son necesarias.

Libro X

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Si hay algo que llama la atención, en esta materia, es que el número de enmiendas propuestas en el Proyecto de Reformas Urgentes (abril del 2006) es notoriamente menor al presentado en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil (marzo del 2005).

En el Anteproyecto se planteaba la modificación de veintitrés artículos del Libro de Derecho Internacional Privado. En el Proyecto únicamente se plantea la reforma de dos de ellos.

A decir verdad e independientemente de las virtudes o de los defectos que hayan podido caracterizar a esas veintitrés enmiendas, debemos admitir que el Anteproyecto de Ley de Enmiendas, al menos, pretendió tratar de regular temas de importancia dentro del Derecho Internacional Privado como son, por ejemplo, el de la calificación de la naturaleza jurídica de las situaciones y relaciones privadas de carácter internacional, el tema del fraude a la ley, y el de la cuestión previa, entre otros.

En el Proyecto de Reformas Urgentes, la Comisión ha renunciado a su intento de regular tales materias. Así, las enmiendas sugeridas respecto del Libro X del Código Civil resultan bastante tímidas aunque, como veremos, al menos se encuentran justificadas por la Comisión.

Título I

DISPOSICIONES GENERALES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2056.- Cuando en el derecho extranjero	Artículo 2056-A.- Domicilio internacional

que resulta aplicable coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero.	1. El domicilio internacional se constituye según las reglas de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado sobre Domicilio. 2. Sólo se pierde un domicilio internacional cuando se ha adquirido uno nuevo.
--	---

Algo que debemos resaltar es que –contrario a la tendencia que ha primado en el Proyecto de Reforma, donde la Exposición de Motivos de la mayoría de las normas consta de unas pocas líneas– respecto de la enmienda propuesta en que se sugiere introducir el artículo 2056-A, la Comisión ha expuesto en detalle sus argumentos.

Explica la Comisión que de acuerdo al texto actual, el principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio, la declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido, el estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio. La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen, también, por la ley del domicilio. Igualmente, la ley del domicilio conyugal se aplica a los derechos y deberes de los cónyuges respecto a sus relaciones personales y al régimen patrimonial del matrimonio; además, las causas del divorcio y de la separación de cuerpos, la filiación matrimonial y la extramatrimonial, el reconocimiento del hijo y la adopción se rigen por la ley del lugar del domicilio (artículos 2082 al 2085 y 2087). El texto actual de este Libro remite en varias de sus normas a la ley del domicilio.

Sin embargo –subraya la propia Comisión– nuestro Código Civil no define qué debe entenderse por domicilio, desde la perspectiva internacional.

Coincidimos en que, como se advierte en la Exposición de Motivos, la precisión deviene en pertinente porque los países no definen al domicilio de manera uniforme: para algunos, el domicilio se constituye por la declaración de voluntad indubitante del sujeto ante determinada autoridad; para otros, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. Los países también difieren en el modo en que definen la *habitudinalidad*, necesaria para que la residencia constituya domicilio. Cuando la ley o un tratado regulan determinada relación *por la ley del domicilio* es necesario saber, *prima facie*, qué debe entenderse por domicilio.

En tal sentido, a fin de guardar uniformidad y coherencia con nuestras propias reglas de Derecho Internacional Privado, la Comisión propone que las disposiciones sobre el domicilio internacional en el Código Civil sean iguales a las reglas que el Perú ha aceptado en su Derecho Convencional, es decir, en los tratados que ha suscrito y ratificado. En este caso, la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional sobre Domicilio, aprobada en 1975 y ratificada por el Perú.

Definitivamente, la enmienda incorporada por la Comisión resulta, a nuestro entender, pertinente, pues conlleva a otorgar una mejor regulación respecto del tema del domicilio internacional.

Así las cosas, sólo nos queda anotar que, en materia de Derecho Internacional Privado, es imprescindible realizar un examen exhaustivo de los tratados para, de esa manera, poder determinar qué debemos incorporar y qué no a nuestro Derecho, no sólo respecto del tema del domicilio internacional, sino de otros que, reiteramos, merecen un tratamiento más acorde con lo que la doctrina y los ordenamientos jurídicos comparados han venido desarrollando en las últimas décadas.

Título III
LEY APLICABLE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	PROYECTO DE REFORMAS URGENTES
Artículo 2082.- Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas. La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.	Artículo 2082.- Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos 1. Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza, con iguales efectos, la ley del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas. 2. La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

La segunda de las enmiendas propuestas en el Libro de Derecho Internacional Privado no requiere mayores comentarios, en tanto la misma no constituye sino la corrección de un error en el que habría incurrido la Comisión Revisora del Código Civil de 1984.

Tal cual comenta la Comisión, al transcribir el texto del artículo 2082, la Comisión Revisora, por error mecanográfico, omitió transcribir toda una línea, de manera tal que su lectura resultó ininteligible. El nuevo texto subsanaría el error al incluir la línea omitida.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Citado por Carlos Alberto Mispireta. «El allanamiento de la personalidad jurídica». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, tomo VI.
- CABRERA YDME, Edilberto. «El principio de fe pública registral». En: *Revista Jurídica del Perú*, n.º 34, año LII, 2002, CD-Rom.
- CANO, María. «Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada». En: www.revistapersona.com.ar/cano.htm
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos. El Contrato de Suministro. El Contrato de Donación*. Bi-

- biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, vol. XIX, tomo I, 2002.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudio Mario CASTILLO FREYRE, Lima, 2004.
 - CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica ROSAS BERAISTAIN. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Palestra, Lima, 2005.
 - CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La Teoría de los Actos Propios*. Palestra Editores, Lima, 2006.
 - CUEVA GARCÍA, David Ernesto. «Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva». En: *Ius et veritas*, año X, n.º 21, Lima.
 - DATO IRADIER, Eduardo. «Introducción a la obra». En: GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. 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*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909, vol. I.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Citado por Carlos Alberto Mispireta. «El allanamiento de la personalidad jurídica». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I.
 - DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La Responsabilidad Extracontractual». Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, vol. IV, tomo I.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En: *Ius et Veritas*, año 14, n.º 29, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1998.
- FERRERO, Augusto. Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente exposición de motivos. En: http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/civil/SUCESIONES/libro4.htm
- GOBETTI, María Esther. «Daños y perjuicios en la legislación argentina». En: *Revista Ámbito Jurídico*. En: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0037.htm>
- GONZALES LOLI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: un enfoque desde el análisis económico del derecho». En: *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, año VII, n.º 6, 1997.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, vol. XVII, tomo I.
- LÓPEZ RAFFO, Francisco. *El corrimiento del velo societario. Alcances del artículo 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales*. Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2005.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y J.M. MASSIGOGE BENEGIU. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, tomo II.
- MINISTERIO DE JUSTICIA-PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.
- MISPIRETA, Carlos Alberto. «Nuevas tendencias en el Derecho Mercantil: algunos alcances sobre la doctrina del levantamiento del velo». En: *De Iure*, año III, n.º 3.
- MISPIRETA, Carlos Alberto. «El allanamiento de la persona jurídica». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- MORALES GODO, Juan. «El levantamiento del velo de la personalidad jurídica». En: *Revista del Magíster en Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.
- OSTERLING PARODI, Felipe. «La Necesidad de la Actualización del Código Civil. Introducción a la obra citada: MINISTERIO DE JUSTICIA-PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ». *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.
- PRIORI POSADA, Giovanni. «Poder para actos de disposición» En: *Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo I.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando. «El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víc-

- tima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas». En: *Tratado de Responsabilidad Civil*. L. Fernando Reglero Campos (coordinador). Arazandi, Navarra, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, Primera Edición.
- SÁNCHEZ TORRES, Julio y Jorge Eduardo CÓRDOBA. «Maternidad o gestación subrogada y maternidad compartida». En: www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_010.html
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Editorial Grijley, Cuarta Edición, Lima, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004.
- VEGA MERE, Yuri. «Breve panorama de la Responsabilidad Civil en el Derecho peruano (Algunas ideas preliminares a favor de su reforma y en torno a un Proyecto no oficial)». En: *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)* (obra colectiva). Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, tomo II.
- VIELMA MENDOZA, Yolanda. «Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual». Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. En: <http://civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm>

Se terminó de imprimir, en los talleres
de **GRÁNDEZ** Gráficos S.A.C.
el día 02 de enero de 2007,
por encargo de Palestra Editores
www.grandezgraficos.com
Telef.:(511)531-4658

- En marzo del 2005 fue publicado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, elaborado por la Comisión Oficial constituida para tal efecto.

Dicho Anteproyecto mereció dos libros que escribimos criticando su dudosa factura. El primero de ellos lo escribí con la colaboración de mi discípula, Verónica Rosas Berastain y lo publiqué en el mes de septiembre del 2005 y llevó por título *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984.*

El segundo libro llevó por título *La teoría de los actos propios* y lo escribí con mi también discípula, Rita Sabroso Minaya, habiendo sido publicado en marzo del 2006.

Este tercer libro, que lleva por título *¿Por qué no se debe reformar el Código Civil?*, está referido al estudio del Proyecto publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 11 de abril de 2006.

Estamos seguros de que con su lectura, el lector podrá confirmar, una vez más, que la pretendida reforma no conduciría a nada bueno.

ISBN 9972-224-32-5

