

La codificación civil en el Perú: algunas consideraciones críticas

Leysser León Hilario*

1. Veinte años son seguramente pocos para aprobar o descalificar un código civil, para asentir a su permanencia o dictaminar su erradicación. De ningún modo, sin embargo, ha sido tan escaso el tiempo transcurrido como para posponer o deslegitimar una seria reflexión sobre los errores detectables en su planteamiento (con el auxilio del análisis histórico); en la selección y uso de la técnica legislativa empleada, cuando se atiende la realidad jurídica, en la que se verifica inequívocamente, y en definitiva, la funcionalidad o inadecuación de las instituciones jurídicas en él consagradas o de los términos en que estas han sido reguladas; y, en general, en el método de trabajo seguido por sus artífices, de antaño malacostumbrados a dividirse el estudio, proyección y redacción de los libros del texto legal sobre la base de muy discutibles «especialidades».

Cada uno de los puntos críticos en los cuales se articula la problemática que se acaba de identificar (planteamiento, técnica legislativa y método de trabajo) requiere un análisis independiente.

2. Si se trata del *planteamiento* o visión general de la codificación civil, lo primero que se podría cuestionar es la tan asentada cuanto inaceptable idea del código como sedimento o precipitado de los experimentos de notables culturalmente legitimados —o, si se quiere, «académicos»—, perspectiva que, aparentemente, hermana la experiencia peruana con la tradición de sus predecesoras e inspiradoras del viejo continente. Dicha coligación, además de pecar de ingenua, resultaría falsa. Para darse cuenta de ello bastaría con apreciar que, distintamente de lo acaecido en los procesos de codificación europea, la intervención política ha dejado su huella en niveles intolerables en el sentido, planificación, oportunidad e, incluso, en el texto de los

* Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

códigos finalmente salidos a la luz en el Perú, acaso desde el inicio mismo de su vida independiente.

Fuera de la incontestable conjetura de que «[...] la política es quizás la única profesión para la que no se considera necesaria una preparación»,¹ la circunstancia de que la codificación civil peruana nunca haya sido planteada y proyectada, principalmente, como un producto cultural² —o lo haya sido, pero de manera imperfecta— ha tenido un indudable efecto en lo atinente al reconocimiento y aceptabilidad social del texto legal en mención. Tal es la razón a la que se deben, por ejemplo, la temprana reprobación y el inmediato rechazo de varias de las soluciones contenidas en el Código Civil de 1984.

En efecto, prácticamente desde el día siguiente a su entrada en vigor y aun en los días previos a ella, el Código Civil ha sido blanco de críticas y de cuestionamientos de todo tenor, ya desde el reducto de las ayer contadas publicaciones periódicas especializadas, ya en las aulas universitarias, bajo la lupa de docentes incrédulos, insatisfechos o, tal es la realidad, todavía con el sinsabor de no haber sido llamados a participar en su redacción.³ Los trabajos de interpretación o exposición sistemática de las normas del Código Civil, a pesar de algún intento pionero,⁴ fueron más bien tardíos, y lo mismo cabe señalar respecto de las contribuciones doctrinales propiamente dichas.

Un código culturalmente legitimado es, en cambio, un producto que, si bien no indestructible, resulta, por decirlo así, impermeabilizado, mejor dispuesto para hacer frente a los tanto naturales cuanto inevitables peligros de la erosión y de la dilución provocados por el correr del tiempo, pero también frente al riesgo de la intervención humana,⁵ que suele cobrar cuerpo en reformas, actualizaciones o enmiendas.

¹ STEVENSON, R. L. *Fábulas y pensamientos*. Madrid: Valdemar, 2002, p. 153.

² Aquí entiendo la «cultura» como *Bildung*, es decir, como formación y resultado de tal formación; pero también, en los términos de Thomas S. Eliot, como «way of life of a people», como modo de vivir de un pueblo.

³ Pertenezco a la generación de estudiantes de derecho que se formó a inicios del decenio 1990-2000. Ya en aquella época, existía la costumbre de culminar los trabajos de investigación dedicados a las instituciones de derecho privado con una «propuesta de reforma», alentada por profesores que fustigaban las normas en vigor, como si estas, en negación de su propia naturaleza, se pudieran cambiar todos los días.

⁴ Me refiero, naturalmente, a la *Biblioteca para leer el Código Civil*, fundada por el profesor Fernando de Trazegnies Granda y publicada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a partir, justamente, de 1984.

⁵ Por ejemplo, la adhesión cultural a un modelo ajeno, la voluntad de rompimiento con el pasado o el deseo de perfección, actitudes que, junto con la mutación de la cultura jurídica civilística y las razones pragmáticas, son identificadas como los motivos de la sustitución de los códigos civiles, por SACCO, R. «Il Codice civile: un fossile legislativo?».

Los franceses, con justa razón, gustan de referirse a su código civil usando una antigua metáfora napoleónica que lo equipara a uno de los «bloques de granito» en los cuales se asienta la sociedad entera.⁶ Hay que advertir, empero, que tal idea no está vinculada con la creencia en la perfección o insuperabilidad de la tarea cumplida. Lo real es que la legitimidad de la que aquí se habla —que es una aspiración y demanda de los ciudadanos respecto de los que dan e imponen las leyes— es la misma que explica, en singular medida, fenómenos como la perdurabilidad de la Constitución estadounidense⁷ o el germen ilustrado de acontecimientos históricos como la Revolución francesa o, para no apartarnos del plano del presente discurso, la solvencia y prestigio de codificaciones civiles como la alemana de fines del siglo XIX.

Los adalides intelectuales de todos los acontecimientos mencionados contribuyeron a la solidificación y consolidación de los resultados obtenidos, no solamente por la garantía que de suyo representaba su legitimadora reputación sino, ante todo, porque dejaron traslucir la conciencia que tenían de su papel histórico, de la relevancia del encargo a ellos comisionado. A propósito de esta legitimidad cultural imprescindible, no está de más tener presente, entonces, que

[...] lo que prepara una codificación que no se caracterizará por ser una mera consolidación es la elaboración de un sistema de conceptos o de reglas generales consideradas como superiores a toda discusión, y capaces de encuadrar y coordinar todos los materiales que se pretenden introducir en un código. La tarea de tal elaboración corresponde a la doctrina (doctrina jurídica, naturalmente; a veces con el aporte de la doctrina política). Ella puede actuar si va de la mano y está circundada por un *prestigio indiscutible*, o bien, alternativamente, si es garantizada por un *poder político indiscutible*.⁸

En PIZZORUSSO, A. y S. FERRERI (eds.). *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte*. Turín: UTET, 1998, p. 445.

- ⁶ La referencia es de RODOTÀ, S. «Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale». En CAPPELLINI, P. y B. SORDI (eds.). *Codic. Una riflessione di fine millennio*. Actas del congreso celebrado en Florencia del 26 al 28 de octubre del 2000. Milán: Giuffrè, 2002, p. 543 y nota 6.
- ⁷ En más de una ocasión, MONATERI, P. G. «Cittadinanza senza democrazia? L'incerto destino della globalizzazione». *Biblioteca della libertà*, n.º 168, 2003, p. 38, ha revelado que la frase «We the people», *incipit* de la Constitución estadounidense, oculta «el hecho fundamental de que dicha Constitución fue concebida, no por el pueblo, sino por una élite cultural que no tenía nada que hacer con el pueblo, ni por inclinación ni por *Bildung*, pero que, sin embargo, construyó tal ciudadanía». En el mismo ensayo, el autor expone irrefutablemente que, en el mundo globalizado, la «legitimación cultural» de las élites —entre las cuales se encuentra, cómo no, la de los juristas— es más importante que la «legitimación democrática».
- ⁸ SACCO, *op. cit.*, p. 466 (las cursivas son añadidas), pero ya en su «Codificare: modo superato di legiferare?». *Rivista di diritto civile*, año XXIX, parte I, 1983, p. 133.

También está relacionada con el planteamiento de la codificación, la equivocada idea del código como momento y sede de dilucidación de dudas de estricto carácter académico. Aquí se hace referencia, claramente, a la habitual proyección de las normas codificadas como soluciones a debates doctrinales antes que como respuestas a demandas sociales o, como se suele decir, a «conflictos de intereses».

A dicha perspectiva, hay que oponer que, en las experiencias de otros países, y no solo en la nuestra, no hay nada que autorice a pensar, por lo menos fundadamente, que el trabajo de los juristas se frenará por el dictado de una norma. Es previsible que, a partir de dicho momento, la creación intelectual cobrará, predominantemente, un tono crítico, pero la reflexión proseguirá, saltando las incómodas vallas de un texto legal.

Hay que contestar también, y sobre todo en lo atinente a la codificación peruana, que los debates a los que se estila prestar atención en la redacción de las normas ni siquiera son asuntos que nos conciernan, sea porque no se presentan concretamente en nuestro medio, sea porque están enraizados y enmarcados en contextos demasiado particulares, a los cuales somos del todo ajenos, o cuya verificación en el Perú es, si se aprecia con el debido cuidado, inconcebible.

En el primero de tales supuestos, el sentido común del redactor de la norma debería bastar para prevenirlo de entrar en discusiones o dar cabida a materias privadas de sustento en la realidad jurídica de su propio país; en el segundo, en cambio, es imprescindible que él cuente con una buena preparación, para que conozca el marco de referencia histórico-social en que se han propiciado y han nacido las soluciones foráneas. Sin perjuicio de lo anterior, hay paralelos que sí se pueden proponer válidamente. No hace mucho, por ejemplo, un estudioso italiano ha señalado que

[...] el declive del código es un hecho. No existen las condiciones para el nacimiento de un código nuevo porque el derecho civil mismo ha perdido su posición central en el sistema. Es el derecho administrativo el que delimita los poderes del propietario de un terreno edificable; es el derecho del trabajo el que determina las relaciones entre empleador y dependiente. El derecho civil está, hoy por hoy, reducido a un conjunto de soluciones subsidiarias, destinadas a cubrir las lagunas de las demás ramas del derecho.⁹

Otro autor ha observado que en el contexto europeo se ha producido una paulatina pérdida del «sentimiento del código» y de la autoridad de este para los juristas. En el estado de cosas consiguiente, el código civil es apreciado y utilizado por el civilista contemporáneo «como un *corpus iuris*,

⁹ SACCO, «Il Codice civile: un fossile legislativo...», pp. 448-449.

como un rico yacimiento de reglas y de esquemas de pensamiento al cual prestar atención, pero cuya fuerza prescriptiva de texto positivo se va atenuando, y cuyo tejido de sapiencia sigue constituyendo una referencia esencial, pero, a la vez, materia de revisión crítica».¹⁰

Apréciase que opiniones como las citadas, plenamente verificables en nuestro medio, no tienen punto de comparación con precedentes y acríticas importaciones doctrinales que han ocurrido, sin ninguna base, entre nosotros, como por ejemplo los discursos sobre la «mercantilización del derecho civil» y la «descodificación».

Con la visión general de la codificación tiene que ver, así mismo, el previo reconocimiento que el codificador debe efectuar de sus propios límites, para evitar inmiscuirse, entonces, en el ámbito reservado, para bien o para mal, a las disposiciones constitucionales o, peor aún, entrar en directo conflicto con lo consagrado en estas. Hay que admitir, pues, que

[...] la autoridad del código ha sido largamente superada, en la actualidad, por la autoridad de la Constitución. Es una de las tareas de la Constitución, y no del código, enunciar los nuevos principios generales del derecho civil, y garantizar ese mínimo de uniformidad que la ley ordinaria no tiene el derecho de poner en juego. [...] Los códigos civiles traducen en reglas aplicables las declamaciones de los textos constitucionales. De ello deriva la estabilidad de sus reglas, la solemnidad de los procedimientos que los preparan, el lenguaje lapidario de los artículos o de los párrafos que expresan sus opciones.¹¹

Por el contrario, aunque «[...] la legalidad vigente sea la constitucional [...], los principios constitucionales están llamados a iluminar y a orientar el sistema, no a constituir, en sí mismos, un sistema, ni mucho menos un contrasistema».¹²

Frente al panorama descrito, un autor ha propuesto una dialéctica entre cuatro elementos: el Código Civil, las demás normas del ordenamiento jurídico, los poderes del juez y las normas constitucionales; una dialéctica en la cual ninguno de tales elementos debe tener predominancia, porque se apunta a que cada uno de ellos se reorganice a través de un discurso cuyo resultado final sea unitario y coherente.¹³

¹⁰ D'ANGELO, A. «Un ordine europeo per il diritto civile». Conferencia dictada en el seminario «A European Civil Code? Perspectives & Problems», realizado en Génova, el 28 de mayo del 2004, p. 11 (del texto mecanografiado).

¹¹ SACCO, «Il Codice civile: un fossile legislativo...», pp. 447-448, 463.

¹² BUSNELLI, F. D. «Tramonto del codice civile?». *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*. Vol. I. *Leggi, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*. Milán: Giuffrè, 1983, p. 218.

¹³ SALVI, C. «Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento». *Rivista critica del diritto privato*, año XXII, n.º 2, 2004, p. 38.

Es un hecho comprobado, sin embargo, que las temidas discrepancias se producen y que son propiciadas por la entendible oposición que existe entre los intereses del sector privado y el interés de la colectividad, más aún cuando son los primeros los que suelen contar con portavoces o verdaderos activistas en la reforma de la codificación, tal cual ocurre en todas las iniciativas legislativas que culminan con normas «a la carta».¹⁴ Siempre en vinculación con este tema, es de la mayor importancia señalar que, en nuestra época, existen instituciones jurídicas desde siempre asociadas con el discurso de los civilistas, que han pasado a concentrar, casi de modo exclusivo, el interés de los especialistas en Derecho Constitucional.

Al respecto, habrá que ser extremadamente cuidadosos y pertinentes en la adaptación al cuadro de nuestra propia experiencia jurídica de las modernas doctrinas sobre la «constitucionalización» del derecho privado, para no incurrir en el error de transponer, una vez más, ideas forjadas en realidades distintas.¹⁵ Ningún discurso local que se fundamente en la Constitución y en su valor apriorístico, sea en el nivel dogmático, sea en el nivel de la aplicación práctica de las normas, puede prescindir de la consideración de que el Perú es un país donde la composición del Tribunal Constitucional se decide políticamente y baloteando nombres de políticos, motivo por el cual no está garantizado que cuente —y en mi opinión, hoy no lo está— con esa misma legitimidad formativa y cultural que se demanda a los artífices de la codificación civil. De aquí que resulte insostenible y no correspondiente a la realidad postular que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo menos en el Perú, sí tendría aquel valor persuasivo reconocido —no por alguna ley que lo disponga sino por su autoridad doctrinal y social— a los precedentes judiciales en los países de *common law*.¹⁶

Pero esta, como es claro, es solo la razón de fondo. Formalmente, aunque en los fallos del Tribunal Constitucional se *manipulen* textos legales y se

¹⁴ El inevitable riesgo de que, «en ausencia de reglas y límites constitucionales, los poderes privados del mercado degeneren en poderes absolutos y salvajes» ha sido enfatizado recientemente por FERRAJOLI, L. «Per un costituzionalismo del diritto privato». *Rivista critica del diritto privato*, año XXII, n.º 1, 2004, p. 11.

¹⁵ Aquí puede recordarse una reflexión que el mayor narrador peruano del siglo xx, y acaso la figura más entrañable de la historia de nuestra literatura, anotó en su diario: «Y todo se debe al error frecuente en las personas imaginativas de querer transponer soluciones de una realidad a otra realidad completamente diferente. Es un simple error de cronología muchas veces. ¿Cómo van a comprender las autoridades peruanas alegatos a favor de la libertad sexual o del uso libre de ciertas drogas en un país que no ha resuelto problemas como el analfabetismo, la mortalidad infantil, la vivienda, la falta de fuentes de trabajo, etc.?». RIBEYRO, Julio Ramón. *La tentación del fracaso*. Barcelona: Seix Barral, 2003, p. 424.

¹⁶ Sobre la inadmisibilidad de la jurisprudencia como fuente del derecho en nuestro ordenamiento, véase *infra*, § 3, y nota 35.

cree la impresión de que las disposiciones sometidas a su control se rescriben con el añadido o sustitución de nuevos significados normativos; y

[...] aunque se tenga que reconocer que se trata de operaciones interpretativas contiguas a la producción normativa, en tanto confieren eficacia general a un significado normativo que no es directamente dispuesto, es indiscutible que dicho significado corresponde a la realización de un principio constitucional eficaz de por sí, y vinculante para el legislador: es decir, que la interpretación del Tribunal incide en una carencia de la disposición, respecto de la cual el legislador carece de discrecionalidad.¹⁷

Por otro lado, en nada contribuye a la creación de una verdadera y atendida doctrina constitucional que en nuestros días continúe siendo incierto el destino de la Constitución de 1993; y peor aún, que los auspiciadores de su reforma y los que participan directamente en ella, ignorantes del pasado y presente del Perú, orienten todos sus esfuerzos actuales hacia el absurdo y a todas luces interesado restablecimiento de instituciones como la bicameralidad, brutalmente erradicada, pero objetivamente ineficiente e incompatible con las apremiantes demandas sociales de nuestro país.

Preocupante en este rubro es, así mismo, el caso de los derechos de la personalidad, hoy transformados, no solo nominalmente, en *Grundrechte*, en derechos «fundamentales»,¹⁸ y en boca de todos, pero muy pocas veces con la altura y rigor que son imprescindibles, y casi siempre con una censurable falta de atención, en la teoría y en la práctica, hacia los derechos sociales.

Hay que saber, en todo caso, que la cuestión de los derechos fundamentales no se reduce a la

[...] compilación de un elenco, por más amplio que este fuera, y a plasmarlo en una declaración. Debe verse cuáles son los instrumentos a poner en las manos de los

¹⁷ PEDRAZZA GORLERO, M. *Le fonti del diritto. Lezioni*. Padua: Cedam, 1995, p. 7.

¹⁸ Hay quien ve en los derechos fundamentales y en los derechos humanos un paso ulterior y un salto cualitativo, propiamente dicho, respecto del mero anclaje positivo de los «derechos subjetivos»: MAZZARESE, S. «Diritti fondamentali e diritti soggettivi (Considerazioni a margine della teoria di Luigi Ferrajoli)». En *Studi in memoria di Mario Buoncristiano*, II. Nápoles: Jovene, 2002, p. 893. Dicho fenómeno iría de la mano con el crepúsculo o la desatención actual hacia el derecho subjetivo. GENTILI, A. «A proposito de «Il diritto soggettivo»». *Rivista di diritto civile*, año L, parte II, 2004, pp. 351 y ss., en especial pp. 355 y ss. Sobre la diferencia entre derecho subjetivo y derechos fundamentales: el primero tiene como base disposiciones legales y constituye una «regla del caso», es decir, una «respuesta del derecho objetivo al problema propuesto por el caso»; los segundos, en cambio, se fundan en principios generales, y conservan la naturaleza de estos: no están ligados a un supuesto determinado ni indican una solución específica sino, solamente, «una línea de tendencia, un factor de la solución, pero sin descuidar los demás [principios], y graduando el distinto peso de cada uno de ellos».

ciudadanos para hacer efectivos los derechos reconocidos en el papel: las concretas «instituciones de las libertades» devienen tan importantes como la proclamación formal de los derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, se debe comprender la importancia del reconocimiento de una situación o de un interés como derecho fundamental: ello quiere decir, por lo menos, que a partir de dicho momento tal derecho puede ser más fácilmente protegido contra los caprichos o tiranías de las mayorías.¹⁹

A veces sucede, simplemente, y como hace años hacía notar un excelso autor, que la Constitución tiene en los juristas el mismo efecto que en el Quijote los libros de caballerías.²⁰ Con todo, el encomiable objetivo que ha vuelto corriente, y hasta vulgarizado, el discurso en torno de los derechos fundamentales es que se conceda a estos la máxima protección posible. Esta protección, según una discutible pero hasta el hartazgo repetida premisa, no es suficientemente procurada a los ciudadanos por las formas de tutela de estricta naturaleza civilística.²¹ Sin embargo, al mismo tiempo que se reconocen los límites de la codificación civil frente a los dominios de la Constitución, hay que admitir que continúa existiendo un ámbito que es de su primaria competencia.

La Constitución, ciertamente:

[...] no es el lugar adecuado ni usual, para regular las relaciones que interesan a los ciudadanos y empresas en particular. En ello consiste, más bien, la tarea específica del derecho privado, que ha desarrollado una marcada autonomía respecto de la Constitución en este sector: no sólo desde el punto de vista histórico, sino también en el plano de los contenidos, porque, como regla, el derecho privado suministra

¹⁹ RODOTÀ, S. «Il ritorno del diritto». En su *Repertorio di fine secolo*. 1.ª ed. Bari y Roma: Laterza, 1992, pp. 24-25.

²⁰ Eran geniales expresiones de Salvatore Satta, recientemente evocadas por Francesco GAZZONI, en su comentario bibliográfico al libro de L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile* (Giuffrè, Milán, 2003), en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LVIII, 2004, p. 706.

²¹ Solo que la dirección de todos los esfuerzos hacia el reconocimiento de la mayor tutela posible a los derechos fundamentales significaría —como ya se ha conjeturado la experiencia europea— poner en discusión el principio mismo de la soberanía popular, pues esta «debería frenarse frente a la inmodificabilidad absoluta de los derechos fundamentales, incluso a través del procedimiento de revisión constitucional. Así pues, el constitucionalismo, en el momento en que expresa su máxima potencia, conoce un límite, por no decir que experimenta una crisis». RODOTÀ, S. «Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione». En *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*. Actas del congreso celebrado en Pisa, del 22 al 24 de mayo del 2003. Turín: Giappichelli, 2004, p. 404; y anteriormente en su «Diritto, diritti, globalizzazione». *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, parte I, 2000, pp. 772 y ss. En el mismo sentido: CAPOBIANCO, E. «Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona». *Vita notarile*, año LVI, 2004, pp. 3 y ss.

soluciones mucho más diferenciadas que las de la Constitución para los conflictos entre sus sujetos. De aquí que surja cierta situación de tensión entre la posición supraordenada de la Constitución, por un lado, y la autonomía del derecho privado, por otro.²²

3. En lo que concierne a la *técnica legislativa*, la importación normativa ha marcado siempre la pauta del trabajo de nuestros codificadores. Contra toda equívoca intuición o prejuicio, y frente al inevitable riesgo de una lectura superficial, conviene advertir que aquí no se pretende censurar dicha técnica.

La apriorística renuncia a la originalidad, por parte de los legisladores, puede generar toda la inconformidad que se quiera; pero sigue siendo, al fin y al cabo, el punto de partida más común de los cambios que suceden en el derecho positivo. Los trasplantes²³ e imitaciones²⁴ son, qué duda cabe, la vía típica de elaboración de las normas en el mundo entero.

El problema que surge puede aclararse si se piensa en la feliz metáfora de los *legal transplants*. En efecto, tal cual ocurre en la actividad médica, el éxito o el fracaso de la intervención de los artífices de los trasplantes jurídicos, de las importaciones o imitaciones, depende totalmente de sus destrezas y de su nivel de profesionalidad.²⁵

²² CANARIS, C.-W. «L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco». En *Studium Iuris*, 1999, p. 360.

²³ Esta es la terminología acuñada por WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1974; especialmente, cap. 4, pp. 21 y ss.; y, del mismo autor, «Legal Transplants and European Private Law». *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4.4. En <<http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>, 2000>. El valor de la teoría de Watson, como *powerful tool* para una teoría crítica de la comparación jurídica, atendiendo a su carga deslegitimadora, ha sido subrayado por MONATERI, G. «The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures». *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 13, 2003, p. 580.

²⁴ Esta, en cambio, es la terminología preferida por SACCO, R. «Introduzione al diritto comparato». En *Trattato di diritto comparato*. 5.^a ed. Turín: UTET, 1992, pp. 132 y ss. Asimismo, por su «Rapport de synthèse». En *Travaux de l'Association «Henri Capitant»*, t. XLIV. La circulation du modele juridique français. París: Litec, 1993, pp. 5 y ss.; y por su «La circolazione del modello giuridico francese». *Rivista di diritto civile*, parte I, 1995, p. 515.

²⁵ «The metaphor of legal transplants implies the need for legal transfers to be somehow "domesticated" to fit into their new context; otherwise, there is the risk that they may "fail" by being "rejected"», escribe NELKEN, D. «Legal Transplants and Beyond: Of Disciplines and Metaphors». En HARDING, A. y E. ÖRÜCÜ (eds.). *Comparative Law in the 21st Century*. Londres, La Haya y Nueva York: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 27. Sugerente, por otro lado, es el título del estudio de KINGSLEY, J. J. «Legal Transplantation: Is This What the Doctor Ordered and are the Blood Types Compatible? The Application of Interdisciplinary Research to Law Reform in the Developing World. A Case Study of Corporate Governance in Indonesia». *Arizona Journal of International Comparative Law*, vol. 21, 2004, pp. 493 y ss.

Aquel que, encontrándose investido de potestad legislativa o habiendo sido llamado para contribuir en la redacción de las leyes, considere que una norma jurídica foránea puede echar duras raíces y rendir buenos frutos en nuestro ordenamiento, tendrá que ser lo suficientemente diestro como para no alterar, con su proceder o iniciativa, el estado de cosas, y para no generar reacciones diversas y hasta contradictorias respecto de las verificables en la experiencia extranjera. Y tendrá que ser un buen profesional, un profesional al que se le pueda confiar la selección de las mejores normas jurídicas que importar, y conocedor del trasfondo que dio origen a ellas, en no menor medida que de las cuestiones concretas que demandan su inserción en un escenario distinto y, acaso, en una época distinta. Alguien, además, con capacidad para proyectar cuáles serán las respuestas de su propio derecho a los injertos propiciados.

Toda vez que

[...] se propone la adopción de una solución foránea que es considerada superior, hay dos preguntas que se deben responder: en primer lugar, si tal solución ha demostrado ser satisfactoria en su país de origen; en segundo lugar, si ella funcionará en el país donde se propone incorporarla. Bien podría resultar imposible la adopción —sin modificación, por lo menos— de una solución planteada y sometida a prueba en el extranjero, a causa de diferencias en los procedimientos judiciales, en los poderes de las diversas autoridades, en la realidad económica, o en el contexto social general donde se pretende insertarla.²⁶

No es signo, ciertamente, de una buena técnica legislativa, por ejemplo, que se proponga, a grandes voces, tener en cuenta, para la elaboración de nuestras normas, todas las novedades legislativas aparecidas en los últimos años en otros países, sin que ello obedezca a cosa diversa del ansia de andar a la moda o a la pura alienación; que en los debates sobre las soluciones por importarse se preste atención a documentos descalificados, como el «proyecto» de Código Civil argentino de 1998, óptimo modelo de cómo no se deben hacer ni concebir las leyes civiles, o a materiales cuya verdadera dimensión y trascendencia —hay que reconocerlo, con humildad— no se conocen ni se entienden,²⁷ como los *Principles of European Contract Law*,

²⁶ ZWEIGERT, K. y H. KÖTZ. *An Introduction to Comparative Law*. 3.ª ed. inglesa. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 17.

²⁷ Me refiero, sobre todo, a la cada vez más destacada, y sensatamente destacada, imposibilidad de volver homogéneo el derecho privado europeo, que en algunos autores ha motivado una nada diplomática denuncia de la inutilidad de semejante empresa codificadora: LEGRAND, P. «Against a European civil code». *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 44 y ss.; MARKESINIS, B. «Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity». *European Law Review*, vol. 5, 1997, pp. 519 y ss.;

elaborados por una comisión de juristas (Commission on European Contract Law) presidida por el catedrático danés Ole Lando,²⁸ o el *Code européen des contrats*, proyectado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de

y, del mismo autor, «Deux cents ans dans la vie d'une code célèbre. Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens». *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, pp. 53 y ss. Igual de radical, pero fundada en un revelador examen de las actuales tendencias jurisprudenciales en el nivel comunitario, que permiten prever de manera verosímil, y desde ya, el fracaso de la corriente *européizadora*, es la opinión de JOERGES, C. «Who Would Be The Author of a Common European Private Law?». En <<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawCJoerges.pdf>>. European University Institute, Florencia, 2003, pp. 3-4, 15-16 (del documento pdf); y, del mismo autor, «"Europeanizing" as a Process: European Codification and European Integration as Inconsistent Attitudes». Conferencia dictada en el seminario «A European Civil Code? Perspectives & Problems», realizado en Génova, el 28 de mayo del 2004, p. 3 (del texto mecanografiado). Hay, desde luego, quienes con menor beligerancia se han limitado a sostener que el contexto histórico no es propicio para el cometido: SCHULZE, R. «A Century of the Bürgerliches Gesetzbuch: German Legal Uniformity and European Private Law». *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1999, p. 468; y quienes lo creen posible, pero con posterioridad a una previa obra homologadora de la ciencia: SACCO, R. «Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo». En *Il diritto privato europeo. Problemi e prospettive*. Actas del congreso internacional celebrado en Macerata, del 8 al 10 de junio de 1989. Milán: Giuffrè, 1993, p. 98; o sin monopolios de académicos en su planificación, y justificado solo en la medida en que con ello se contribuya a reducir costos de transacción: MATTEI, U. «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Development». *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, pp. 883 y ss.; o para cuando se habrá desarrollado suficientemente la *European legal scholarship* en el campo del derecho privado: ZIMMERMANN, R. «Towards a Restatement of the European Law of Obligations». En su *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 16-17. Sobre la unificación del derecho contractual europeo resaltan, por su acostumbrada objetividad, apaciguadora de injustificados entusiasmos, las páginas de ROPPO, V. «Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico». *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 439 y ss. En favor de la unificación han escrito optimistas líneas, como es obvio, el actual *chairman* del Study Group on an European Civil Code: BAR, C. von. «From Principles to Codification: Prospects for European Private Law». *Columbia Journal of European Law*, vol. 8, 2002, pp. 379 y ss.; así como los portavoces del proyecto LANDO en pleno, como por ejemplo: BLASE, F. «A Uniform European Law of Contract. Why and How?». *Columbia Journal of European Law*, vol. 8, 2002, pp. 487 y ss.; y CASTRONOVO, C. «Verso un codice europeo: i principii di diritto europeo dei contratti». *Vita notarile*, año LVI, 2004, pp. 18 y ss. Así mismo: HONDIUS, E. «Towards a European Civil Code». En HARTKAMP, A y otros (eds.). *Towards a European Civil Code*. 2.ª ed. revisada y ampliada. La Haya, Londres y Boston: Ars Aequi Libri, Nijmegen, y Kluwer Law International, 1998, pp. 3 y ss., especialmente pp. 18-19.

²⁸ Nítidamente inspirados en los *Restatements* estadounidenses, y apreciados como una «red de mallas demasiado amplias como para poder garantizar la certeza necesaria a la praxis», por ZIMMERMANN, R. «Lineamenti di un diritto europeo dei contratti». En *Studium iuris*, 1999, p. 242. De otra parte, el mismo LANDO, O. «Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives». *Saggi, conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, n.º 49, <<http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/49lando.pdf>>, Roma, 2002, p. 10 (del documento pdf), los identifica con una especie de *soft law*.

Pavía.²⁹ El técnico que toma a su cargo la preparación de las leyes enfrenta, igualmente, el reto de decidir la conveniencia de optar entre una legislación «por principios» o «por estándares», y una legislación «por reglas»; entre una legislación compuesta de «cláusulas normativas generales» y una legislación detallada, con normas que sean como respuestas específicas a cada uno de los problemas imaginables.

En este último plano, el solo sentido común bastará para apreciar que la realidad peruana no es adecuada para sacar provecho de las «cláusulas normativas generales» ni de los «principios», pues nuestros jueces están lejos de los estándares de preparación —y aquí, como en la vida real, la formación cultural de un individuo es la que determina qué grande o limitada será su libertad de pensamiento y de acción— que hacen que aquella técnica sea la privilegiada en los países desarrollados.

Hay que deplorar, entonces, que en el marco de los actuales trabajos de reforma del ahora y siempre mal comprendido³⁰ «título preliminar» de nuestro Código Civil, se hayan concebido y propuesto normas que atentan, ni más ni menos, contra el sentido común. Tal es el caso, lamentable, del proyectado artículo I, en el que se anota que la jurisprudencia, «con los alcances

²⁹ Respecto de este documento, Gabriel GARCÍA CANTERO inicia bien uno de sus últimos artículos. Él se pregunta, y titula así su trabajo, «¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo)». *Anuario de derecho civil*, t. LVII, fascículo I, 2004, pp. 51 y ss. A continuación destaca (pp. 52-53), fiel a la verdad y también en relación con los *Principles of European Contract Law* de la Comisión presidida por Lando que «ambos Proyectos han sido entregados oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento ninguno de ellos haya alcanzado más valor extrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo formaron» (las cursivas son añadidas). Solo que a renglón seguido escribe: «ello no obsta para que quien ha intervenido en la elaboración de uno de ellos, lo estime más útil y apropiado que el otro para el fin común que ambos persiguen; dicho con toda humildad, pleno respeto a las opiniones discrepantes, y a la mejor voluntad de colaboración en la empresa común que me anima». Lógicamente, y previsiblemente, las endeables y alambicadas conclusiones del autor citado son favorables de la plena adecuación a la realidad española de la noción de contrato contenida en el Code européen des contrats. Sí corresponden a la realidad, en cambio, las apreciaciones de PATTI, S. «Tradizione civilistica e codificazioni europee». *Rivista di diritto civile*, año L, 2004, pp. 523-524: «El proyecto de código de la Academia ha tomado como modelo, sobre todo, al Código Civil italiano, y ya por esta elección es fácil prever que encontrará obstáculos en el nivel europeo; el proyecto de LANDO ha tratado de identificar principios comunes a las diversas experiencias jurídicas, y por varios motivos [...] tiene mayores posibilidades de devenir el modelo de código europeo de los contratos. Sin embargo, ambos proyectos están alejados, en ciertos aspectos, del «derecho privado europeo», porque no tienen en cuenta normas de derivación comunitaria vigentes en los ordenamientos europeos».

³⁰ De «crisis» de los títulos preliminares, como reveladora de la crisis del derecho civil, habla GIULIANI, A. «Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15». En *Trattato di diritto privato*. Vol. 1. Premesse e disposizioni preliminari. 2.^a ed. Turín: UTET, 1999, p. 413.

que establece la ley»,³¹ es «fuente» del «derecho peruano». ³² En primer lugar, así se acaba con la idea histórica de título preliminar, que se justificaba como garante, ante todo, del primado de la ley, con exclusión de las demás fuentes, y de la subordinación del juez-funcionario al legislador.³³

¿Se pretenderá, a lo mejor, que en el Código quede registrada la superación de una etapa, de un modo clásico de concebir las disposiciones generales que preceden el Código Civil? La respuesta es negativa. Es fácil de entender que esta no es más que la manifestación del hecho de que «el código civil adoptado por imitación no porta consigo necesariamente y completamente la idea de “código, fuente central y única del derecho civil” ni los valores políticos y culturales ni las soluciones técnicas que estaban ligadas con el modelo original». ³⁴ En segundo lugar, por si no fuera suficiente, los reformadores manifiestan desconocer el dato elemental de que en nuestro país no tiene vigor —a pesar de que algún texto legal lo reconozca programáticamente—³⁵ el principio del carácter vinculante de los

³¹ Esta sola frase, «con los límites que establece la ley», encierra una contradicción tan flagrante con la consideración de la jurisprudencia como «fuente del derecho», que bastaría para superar el asunto, y seguir adelante, con el estudio de otros temas más importantes. Es claro, en efecto, que si la ley impone los límites dentro de los cuales las sentencias tienen el valor de jurisprudencia, esta última es inferior en rango a la primera —algo que juzgo inadmisibles cuando se habla de «fuentes del derecho»— y que, es más, se sujeta a esta última.

³² «Artículo I.-

Son fuentes del derecho peruano:

1. Las normas legales.

2. La costumbre.

3. La jurisprudencia con los alcances que establece la ley».

³³ «Capítulo fundamental de la historia del constitucionalismo moderno» es como llama GIULIANI, *op. cit.*, p. 379, a los títulos preliminares. El mismo autor (*ibid.*, pp. 380-381) explica que la ubicación de estos, antes del código civil, les aseguraba «no solo el valor de *leges legum*, sino también un valor constitucional. Los títulos preliminares son garantías de un patrimonio de ideas comunes a la legislación de la Ilustración, de la Revolución, y hasta de la Restauración: a) el primado de la ley, con exclusión de las demás fuentes concurrentes (costumbre, doctrina, jurisprudencia); b) el valor garantístico del código civil, que deviene la *magna charta* de los derechos individuales; c) la subordinación del juez-funcionario al legislador».

³⁴ SACCO, «Il Codice civile...», p. 458.

³⁵ Véase LEÓN, L. «El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente». *Revista peruana de jurisprudencia*, año 4, n.º 32, 2003, pp. 25 y ss., y especialmente, p. 27, nota 12, donde, en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, subtitulada «Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial», anotaba que la disposición que prevé todas aquellas maravillas bien puede considerarse no-aplicada. Aunque hubiese ocurrido lo contrario, no nos habríamos hallado ante el *stare decisis* propiamente dicho, a menos que se pretenda concebir una jurisprudencia vinculante «a la peruana», con su propio y extravagante sistema de *overruling*, para los casos en que el juez decida apartarse de los precedentes.

precedentes judiciales o *stare decisis*.³⁶ Es suficiente compulsar un manual de estudiantes de primer año de Derecho, bien conocido entre nosotros en su versión castellana, por otro lado, para saber que

[...] la sentencia de un juez, como, en general, toda la actividad jurisdiccional no es fuente de normas jurídicas, sino la aplicación imperativa de las normas al caso. Que dicha aplicación valga luego, en los hechos, como precedente, al cual uno puede atenerse, en la práctica, para otros casos conformes (praxis jurisprudencial, jurisprudencia constante) no quiere decir que la jurisprudencia sea fuente del derecho, y no quiere decir que una serie, por más larga y constante que fuere, de sentencias conformes a un determinado precedente no pueda ser interrumpida por una sentencia que puede marcar un cambio de rumbo, sin que ello signifique una mutación del derecho. Todo es efecto del modo de ver el derecho, por parte de las personas que tienen la tarea de aplicarlo, pero no es crearlo, si bien —en la práctica— el tecnicismo que regula el valor y la eficacia de la sentencia judicial pueda, a veces, surtir el mismo efecto.³⁷

Tampoco hay que creer que la ausencia de «jurisprudencia», de fallos nacionales relativos a determinados temas, se colmará llenando el Código Civil de reglas explícitas.

El solo hecho de que exista el deber de fundamentar las sentencias (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 12: «Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan [...]») «circunscribe, aunque no elimina, el margen de discrecionalidad del juez, porque no “toda” decisión puede ser fundamentada en modo persuasivo, o al menos plausible. El deber de fundamentar somete al juez a un posible control, ulterior, y diverso respecto de los controles a los cuales se somete la actividad legislativa. El deber de fundamentar «sobre la base de la ley», por lo demás, crea un vínculo de subordinación del juez respecto del legislador: en virtud de dicho deber, el juez está obligado a mostrar, de manera argumentada, que la norma a la cual ha dado aplicación era una norma “preexistente” en la ley. Se trata, nuevamente, de un vínculo más bien débil. Pero un vínculo débil es más fuerte que ningún vínculo»: GUASTINI, R. «Teoria e dogmatica delle fonti». En *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milán: Giuffrè, 1998, p. 104. En mi citado estudio he brindado referencias, desde luego, acerca de la perspectiva opuesta, que considera que la jurisprudencia sí es fuente de derecho; añado, ahora, a los autores indicados en tal ocasión, a PIZZORUSSO, A. «Delle fonti del diritto». En *Commentario del codice civile*. Bolonia y Roma: Zanichelli editore y Società editrice del Foro Italiano, 1977, pp. 525 y ss., en especial, pp. 532 y ss. (cuya conclusión es el punto final de un análisis sobre la evolución del sistema italiano); y, en términos más generales, al filósofo del derecho LOMBARDI VALLAURI, L. «Giurisprudenza I) Teoria generale» (voz). En *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, pp. 5-6 (de la separata).

³⁶ GALGANO, F. «Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana». *Contratto e impresa*, año XX, 2004, pp. 1 y ss., auspacia, en cambio, el reconocimiento legislativo de este principio en el ordenamiento italiano, porque ve en él —a la manera de los juristas del *common law*— una garantía de la certeza del derecho y de la igualdad de los ciudadanos.

³⁷ BARBERO, D. *Il sistema del diritto privato*. 1.ª ed. póstuma. Turín: UTET, 1988, p. 32.

En relación con este último punto, es innegable la inaplicación judicial de muchas normas del Código vigente, aunque se trate de fórmulas que sí son «exitosas» en foros extranjeros. Ello no representa, forzosamente, un problema; podría ser, por el contrario, un motivo de alivio, un indicio de que vivimos en una sociedad menos problemática, en la que, sencillamente, no se presentan las ocasiones para la puesta en práctica de los modelos importados. Como puede intuirse, empero, no es para nada reconfortante carecer de sentencias en temas de la dimensión reconocible, por ejemplo, para la responsabilidad precontractual. La gravedad de la situación puede apreciarse en la poco halagadora circunstancia de que el CD-ROM de «jurisprudencia» elaborado por una editorial jurídica limeña contenga fallos de tribunales argentinos. Esta decisión, distintamente de lo que podría creerse, no es atribuible a ningún interés particular de los autores de dicho *software* en la comparación jurídica: de hecho, y aunque sería mezquino negar su valor didáctico —más aún, teniendo en cuenta el papel fundamental que juegan los compendios de sentencias en el reconocimiento del valor orientativo (o vinculante, en los países del *common law*) de los precedentes judiciales—,³⁸ las sentencias foráneas que se incluyen son no menos mediocres que los comentarios, también foráneos, que las acompañan. Se trata, simplemente, de una forma, no malintencionada, de cubrir los vacíos de nuestra propia experiencia.

Por otro lado, y como convincentemente se ha sostenido, los supuestos en los cuales el precedente judicial cobra valor en un ordenamiento jurídico (ninguno de los cuales es reconocible en nuestra propia experiencia) son los siguientes:

[...] o existe una Corte Suprema fuerte y unida, compuesta de no muchos jueces, no demasiado recargada de trabajo, y existe un sistema de selección muy severo, por el cual uno se haga magistrado de Corte Superior estudiando los precedentes de

³⁸ Papel resaltado por GORLA, G. «Giurisprudenza» (voz). En *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milán: Giuffrè, 1970, p. 497, al hacer referencia a una dialéctica «interna» de la jurisprudencia, es decir, entre el principio de autoridad (del precedente) y el de la razón: o los jueces deciden siempre y solamente sobre la base del precedente judicial, sobre la autoridad del *ipse dixit*, o bien lo hacen amparándose en sus razones, en su *interpretatio*, en su búsqueda personal de «lo que es el derecho». El maestro de los comparatistas italianos advertía, en este punto, que la inclinación hacia alguno de los extremos indicados dependía de la existencia, suficiencia y funcionalidad de los medios de información (compilaciones de sentencias, por ejemplo), de que «el juez tenga a la vista el precedente o los precedentes y tenga que establecer en su “política decisional” o en su respeto o idolatría frente a la autoridad (o en su pereza), si los sigue o no los sigue. En la dialéctica también entran en juego la estructura y el estilo de las sentencias, sin fundamentos, con fundamentación no clara, no reconstruibles (si no fundamentadas) etc.: ello influye en su autoridad (tal cual ocurre con la autoridad de las leyes y de las obras doctrinales oscuras) y hace que el eje de la dialéctica se desplace hacia la “razón” o hacia la “interpretación de la ley” que siempre se está renovando».

aquellos jueces, del mismo modo en que estudian las obras de un maestro, y así el papel del precedente es de fuente puramente jurisprudencial; o bien el precedente gana un papel, fácilmente, *gracias a la doctrina*.³⁹

¿Habrá pensado en todo ello nuestro desinformado reformador de la codificación? ¿Se habrá preguntado si nuestra experiencia suministra tales elementos antes de apodar «fuente del derecho» a la jurisprudencia? Llama la atención, justamente, que la doctrina, que bajo el derecho romano mismo constituía verdadera *iuris prudentia* (interpretación de los *iuris prudentes*, de los expertos en la materia), fuente de producción del derecho y que se cita todos los días —si bien precariamente— en las sentencias de nuestras más altas instancias judiciales, no aparezca incluida en el inaceptable elenco de fuentes que proponen nuestros reformadores.

En efecto, lo que se proyecta hacer es señalar en el artículo II del Título Preliminar, simplemente, y con más de un signo de desconocimiento de los elementos básicos de la teoría general del derecho, que «los principios del derecho, *la doctrina de los autores*, la analogía y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones». Esta marginación de la doctrina puede compartirse o rechazarse; de hecho, yo tomo partido por lo primero, pero entiendo que tal opción solo es aceptable si se asume, como algún autor ha tenido el acierto de postular, que la doctrina no impone directamente soluciones a casos de conflicto, sino que «opera sólo a través de la influencia que está en condición de ejercer en los jueces, en los funcionarios, en las partes interesadas en una cuestión privada».⁴⁰ La llamada «ciencia del derecho» tampoco es fuente, pues su tarea es «conocer e ilustrar el derecho, pero jamás crearlo; todos sus resultados tienen el valor de conocimiento, no de producción; por lo tanto, ellos *tienen* valor en tanto y en cuanto *convencen*, pero están privados absolutamente de todo carácter de imperatividad».⁴¹ Pero, si así fuera, ¿por qué no dar el mismo trato a la jurisprudencia o a aquello que los reformadores entienden como tal?

³⁹ MONATERI, «L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia». *Contratto e impresa*, año V, 1988, p. 197. A juicio de SACCO, R. «Il Codice civile: un fossile...», p. 465, «si un país está dotado de un cuerpo de jueces conscientes de sus propios poderes, la jurisprudencia de los tribunales, necesaria para sanar las lagunas de los códigos, puede tener o adquirir las dos características que le procurarán la calificación de fuente del derecho, a saber: la independencia (frente a las influencias políticas, y a las enseñanzas de la doctrina), y la fidelidad a los precedentes».

⁴⁰ MONATERI, «Fonti del diritto» (voz). En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VIII. Turín, UTET, 1992, p. 387; del mismo autor, «La dottrina». En *Le fonti del diritto italiano*. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione, a su vez en *Trattato di diritto civile*. Turín: UTET, 1999, p. 425.

⁴¹ BARBERO, *op. cit.*, p. 32.

Siempre respecto del título preliminar proyectado, es cuestionable el artículo V, según el cual, «los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe»;⁴² dicho texto grafica todas las imperfecciones que se pueden cometer en una importación normativa, a saber: desconocimiento de los orígenes del texto importado (el Código Civil suizo, según el cual el juez está autorizado a crear derecho, a proceder como si fuera un legislador, si se presenta alguna laguna) y del valor y significado de los «principios»; precaria información (limitación del ángulo visual, por pereza u ignorancia, al texto del Código Civil español, que copió al suizo en una reforma acaecida en el decenio 1970-1980); y, en definitiva, robótica copia de una norma foránea sin la menor correspondencia a nuestra realidad (donde hay más de un elemento que autoriza a cuestionar que la «buena fe» constituya un principio propiamente dicho) y, en consecuencia, sin ninguna posibilidad de adecuarse a esta.

4. Por último, el *método de trabajo* codificador mediante «especialistas» es un seguro augurio de que el texto definitivo presentará incoherencias y faltas de organicidad, nuevas y antiguas. Dicho modo de proceder,⁴³ que a nada bueno conduce, es inexplicable cuando el área de experimentación es un Código Civil en el que se reconoce, por ejemplo, una categoría como el negocio jurídico, la abstracción de todas las declaraciones de voluntad destinadas a la producción de un efecto jurídico según la doctrina clásica. ¿Cómo se explicaría, entonces, que un «especialista» se ocupara del régimen del negocio jurídico y no interviniera, por desconocimiento o por preconcebida repartición de labores, en la parte del Código dedicada al derecho de la familia, a las sucesiones, a los contratos en general? Por lo demás, contra el peligro de las incoherencias en un texto legal que tiene que singularizarse, precisamente, por su impecable articulación, debería de representar ya una buena enseñanza lo que de negativo hemos heredado de la reforma que produjo el Código Civil de 1984.⁴⁴

⁴² «Artículo V.-

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

⁴³ MONATERI, «L'occhio del comparatista...», p. 196, recuerda una pertinente intuición de Eliot: «there is no method but to be very intelligent».

⁴⁴ Donde, como es sabido, se llegó al nocivo extremo de asignar la revisión y redacción de la parte general de las obligaciones a un miembro de la Comisión, y el articulado sobre el contrato en general, a otro. Respecto de la experiencia italiana, SACCO, R. «Il Codice civile: un fossile...», p. 443, refiere que la circunstancia de que los libros del Código Civil de 1942 fueran redactados separadamente «impidió estructurar una parte general, plantear reglas sobre el “negocio jurídico” y recurrir a categorías uniformes al interior del Código (y más aún, al interior del cuerpo formado por el Código y las leyes especiales del momento)».

Que el fraude de acreedores, materia del derecho de obligaciones y, más exactamente, de la protección civil de los derechos, se confundiera con el fraude a la ley y se regulara, por consiguiente, en las disposiciones sobre el negocio jurídico demostró, en su momento, no solo que en el Perú era posible importar hasta el más obvio error de sistemática (en este caso, el del Código Civil brasileño de 1916, inexplicablemente repetido en el Código del 2002) sino la ausencia de coordinación, y acaso de comunicación, entre los revisores y redactores de ambos regímenes. Más ejemplos se podrían brindar al respecto, pero son tantos y en tal medida clamorosos, que no vale la pena detenerse en ellos. Sí merece destacarse, en cambio, el hecho de que otro de los defectos tradicionales de la obra codificadora en el Perú haya sido la total falta de interés de sus artífices hacia lo previsto en los demás códigos y leyes vigentes en nuestro ordenamiento.

Me pregunto, solo por dar un ejemplo, si alguien tendrá el buen tino, si no el valor, de reivindicar para el Código Civil toda la parte que le corresponde de otro producto, no menos imperfecto, de la importación jurídica: la vigente normativa especial sobre protección al consumidor, sobre todo en lo concerniente al régimen de los contratos reglamentados mediante condiciones generales.

En relación con este punto, y para concluir, es conveniente recordar las palabras de un autor que, teniendo a la vista un malhadado proyecto franco-italiano de «código de obligaciones y contratos» —más famoso y atendido, quién sabe por qué, en los países del nuevo mundo—, señalaba que un código «no puede ser un centenar de disposiciones tomadas de aquí y de allá, y tal vez incoherentes entre sí; debe ser, esencialmente, un todo orgánico. Y *orgánicamente coherente en sus partes, es decir, dominada por un espíritu único*, tiene que ser toda la legislación de un Estado en un determinado momento histórico».⁴⁵

⁴⁵ BETTI, E. «Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti (Replica al sen. Scialoja)». *Rivista di diritto processuale civile*, vol. VII, parte I, 1930, pp. 253-254 (en nota).