

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL NUEVO CODIGO CIVIL PERUANO*

ALEJANDRO GUZMÁN
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCION

En la tradición de los códigos yusnaturalistas, máximamente representada por el francés de 1804, un título preliminar está dedicado a exponer, entre otras materias, la teoría de las fuentes del derecho. Esta tradición queda enraizada en el sistema de las *Institutiones* de Justiniano, basado, a su vez, en el de la obra homónima del jurista del s. II D.C., Gayo. Sabido es que tal sistema consiste fundamentalmente en dividir toda la materia jurídica en lo pertinente a las personas, a las cosas y a las acciones, con la advertencia de que el tema de las sucesiones y obligaciones quedaba en tal sistema comprendido dentro de la rúbrica acerca de las cosas.

Pero es sabido que ya Gayo y, sobre sus pasos, Justiniano, iniciaban las correspondientes exposiciones con unos párrafos donde venía expuesto el sistema de fuentes del derecho romano. La exposición continuaba con las personas. En esos párrafos se encuentra el modelo para el título preliminar de los códigos modernos, interrumpida, es cierto, por el civil alemán de 1900, que siguió otras aguas.

* Comunicación presentada al congreso sobre "El nuevo Código Civil del Perú y el sistema jurídico latinoamericano", celebrado en Lima, en agosto de 1985.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO SEGUN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852

La tradición de que se hizo eco el código napoleónico hubo de ser asumida por el primer Código Civil peruano, el de 1852. Este, en efecto, antepuso al libro I un título preliminar, varios de cuyos artículos fueron inspirados, aun textualmente, por el francés. Mirado en su conjunto, empero, el citado cuerpo de 1852 estableció una más completa regulación sobre el tema de las fuentes que el francés.

El principio cardinal en el código de 1852, lo mismo que en el napoleónico, es que la ley constituye la fuente suprema del derecho. A ella se refieren, desde distintos ángulos, los artículos 1 (efecto territorial de la ley a partir de su promulgación), 2 (prohibición de su aplicación retroactiva), 3 (libertad de actuación, salvo en lo prohibido por la ley), 4 (carácter territorial de las leyes de policía y seguridad), 5 (aplicación territorial de la ley a los bienes inmuebles), 7 (inderogabilidad de las leyes por pactos, salvo la renuncia de los derechos privados no concernientes al orden público ni a las buenas costumbres) y 8 (obligación de los jueces de juzgar por las leyes).

Este lugar central ocupado por la ley en el título preliminar se vio completado por la disposición del art. 6, que establecía la inderogabilidad de aquélla por la costumbre o el desuso.

En donde el código de 1852 completó al francés fue en la disposición del art. 9, en su primera parte, basado en el art. 4 de aquél, que prohíbe a los jueces suspender o denegar la administración de justicia por silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. El código de 1852 adicionó la norma, estableciendo un orden de prelación de lo que podríamos llamar fuentes subsidiarias para el caso de falta, oscuridad o insuficiencia legales. Dicho orden era: a) el espíritu de la ley; b) la analogía; y c) los principios generales del derecho. Dejamos a un lado aquí la cuestión relativa a la di-

ferencia entre deficiencia de la ley, que da lugar a su integración, y oscuridad, que lleva a su interpretación, diferencia ésta que el citado artículo no asume plenamente.

Es preciso hacer notar, sin embargo, que el art. 9 del código de 1852 añadía la institución que conocemos con el nombre de "référé au législateur", esto es, la consulta del juez al legislador en caso de laguna u oscuridad de ley. Lo establecía con carácter obligatorio, pero sólo para los nuevos casos, de modo que el caso *sub lite* el juez debía fallarlo según el orden precedentemente indicado, sin perjuicio de consultar al poder legislativo por medio de la Corte Suprema (art. 9), a fin de que éste diese para el futuro una regla cierta. Por lo demás, los artículos 11 y 12 imponían a la misma Corte Suprema y a los jueces y tribunales superiores la obligación de dar cuenta al Congreso de los defectos que notaren en las leyes.

Vemos, en consecuencia, que, pese al escape subsidiario dejado por el art. 9, el código de 1852 aun se mantuvo en esa suerte de culto a la ley, de modo de intentar asegurar por todos los medios su absoluta preeminencia.

Esta preeminencia vióse corroborada por la renuencia del código a regular la costumbre *praeter legem*, que tanta importancia había tenido en el derecho indiano. Hubiere sido un avance extraordinario que el código regulare la jurisprudencia o la doctrina, pese a que la tradición indiana también así lo aconsejaba. Estos silencios, en realidad, no significaban otra cosa que la total exclusión de las respectivas fuentes.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO SEGUN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1936

También el código de 1936 contuvo un título preliminar; pero éste, bien sistemáticamente, bien en cuanto a su con-

tenido, significó un retroceso respecto del pertinente de 1852.

El título preliminar del último mencionado constaba de 12 artículos; el de 1936, en cambio, de 25. Pero la mayoría de ellos (artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 17, 18, 19 y 20) trataban del derecho internacional privado peruano. Otros, aun teniendo carácter general, como el art. 2 relativo al abuso del derecho, encontraban localización quizá en otras partes del código y los había de índole procesal, como el 4, concerniente al interés para litigar. El art. 16, que establecía la igualdad entre peruanos y extranjeros, pertenece más bien al derecho de personas.

En cuanto al fondo de la materia que nos interesa, de las disposiciones del antiguo título preliminar desaparecieron aquella que consagraba la irretroactividad de las leyes, su carácter territorial (en este caso debido al extenso desarrollo y análisis dado al derecho internacional privado) y la que negaba efecto derogatorio de las leyes a la costumbre o al desuso (porque el artículo pertinente fue reemplazado por uno más general, el primero, que sólo permitía la derogación de la ley por otra ley, lo que venía a excluir la costumbre *contra legem*).

En compensación, se agregó el principio de la subordinación de las normas legales a las constitucionales (art. 22); se mantuvo la obligación de los tribunales de dar cuenta al congreso en lo concerniente a los vacíos y defectos observados en la legislación (art. 21); reiteróse el principio de la inexcusabilidad aun en caso de deficiencia de ley y para tal evento se mandó a los jueces fallar según los principios del derecho; pero se suprimió la obligación de consultar la ley deficiente para casos futuros.

En síntesis, pues, el título preliminar de 1936 se mantuvo en la línea del correspondiente de 1852, por lo que respecta a la supremacía de la ley, pero aumentada, desde el momento en que para el caso de laguna sólo se reconoció como fuente subsidiaria los principios del derecho, eliminándose

el espíritu de la ley y la analogía. Con ello el campo de acción del juez quedó restringido, pues tanto una como otra son manifestaciones de una concepción superadora del texto literal de la ley. Al habérselas suprimido, con ello se dejaba atado al juez a dicho texto, de modo de permitirle recurrir a los principios del derecho únicamente en los extraordinarios casos no previstos en la letra legal.

Debe decirse que la eliminación del *référé au législateur* operada por el código de 1936 no implicó ningún retroceso del legalismo, porque en la forma como estaba regulado en el código de 1852 prácticamente venía a coincidir con la obligación de informar al Congreso acerca de vacíos y defectos legislativos, obligación que el código de 1936 mantuvo, como dijimos.

Finalmente, lo mismo que su predecesor, este cuerpo nada estableció sobre la costumbre subsidiaria ni sobre la jurisprudencia y la doctrina.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO SEGUN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

1. El título preliminar del nuevo Código Civil quedó reducido incluso a menos artículos que el correspondiente del de 1852: 10 artículos. Fundamentalmente ello se debió a la extracción de ahí de todas las disposiciones concernientes al derecho internacional privado, de modo que el título volvió a consistir en una parte expositora del sistema de fuentes, al dejar a un lado el art. 2, que prohíbe el abuso del derecho, como en el código anterior, si bien con un mayor desarrollo; el art. 5, que fulmina con nulidad el acto contrario a las leyes interesantes al orden público o a las buenas costumbres; y el art. 6 que sigue tratando, como antes, del interés para accionar. Estas tres disposiciones, en realidad, encontrarían mejor sede en otros lugares del código. No así el art. 3, que vuelve a tratar del efecto irre-

troactivo de las leyes, salvando la omisión en que había incurrido el código intermedio.

Dejando a un lado tales artículos, ¿qué sistema de fuentes establece el nuevo código?

Aparentemente dicho cuerpo no ha significado innovaciones fundamentales en el sistema de fuentes de sus antecesores, de modo que la ley permanece en él como fuente suprema y única, salvo el caso de defecto.

2. Pero no es así. Veámoslo.

a) El art. 7, que viene a corresponder al 21 de 1852 y al 8 de 1936, conserva el principio que obliga a los jueces a fallar según criterios objetivos. Para los artículos precedentes, tales criterios eran las leyes; para el citado art. 7 son "las normas jurídicas pertinentes".

He aquí una innovación, a mi juicio, de importancia capital.

Norma jurídica no es sinónimo de ley. De acuerdo con la teoría general del derecho, la expresión "norma jurídica" se opone a "norma moral" y a "norma social", teniendo las tres una similar estructura deontológica, pero difiriendo entre sí por el contenido. Imaginemos, pues, un principio destinado a regular cierta relación patrimonial jamás contenido en ley alguna, pero establecido por el consenso entre juristas o por la costumbre o en virtud de una reiterada aceptación judicial. No tratándose de una norma moral ni social, evidentemente estamos en presencia de una norma jurídica. A mi modo de ver, la idea de norma jurídica, con ser precisa en su estructura lógica, o más propiamente, deontológica, es tan amplia, que bajo ella puede entenderse, desde luego, a las leyes, pero también a la costumbre, a la jurisprudencia lo mismo que a la doctrina.

b) El art. 4 dispone: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

Este principio es del todo conocido, pero aquí nos interesa en cuanto su consagración en el citado artículo 4 per-

mite colegir que, fuera del campo de las leyes de excepción o restrictivas de derechos, a partir de las cuales no es posible la analogía, ésta encuentra aplicación a partir de todas las restantes leyes que no tengan aquel carácter. Según ello, la analogía, para el nuevo código, ha quedado establecida implícitamente y como regla general, salvo a partir de las leyes a que se refiere el art. 4.

c) El art. 8 del nuevo código, correspondiente al 23 de 1936 y al 9 de 1852, conserva el principio de la inexcusabilidad de los jueces, pero ordena que en caso de defecto o deficiencia de ley, aquéllos deben aplicar “los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

De paso notemos que este artículo establece una cierta restricción frente al código de 1936, que en el mismo caso ordenaba aplicar “los principios del derecho”, idea ésta más amplia que “principios generales del derecho”. Mas con ello el nuevo código no hizo sino tornar al art. 9 del código de 1852, que ya hablaba de los principios generales del derecho. A diferencia de éste, empero, y al igual que el de 1936, faltan en el nuevo código el espíritu de la ley y la analogía, sin perjuicio de lo indicado antes sobre esta última.

3. ¿Qué podemos extraer de los anteriores datos?

A mi modo de ver, el nuevo código se mueve en dos planos por lo concerniente a las fuentes del derecho: el de las normas jurídicas en general y el de la ley en especial. Pero entre ambos hay un punto de conexión, precisamente dado por la ley en cuanto especie de norma jurídica.

Comencemos, sin embargo, con el régimen de la ley.

Supuesta la suficiencia de la ley, ésta debe aplicarse. Así lo dispone el art. 8. En defecto o deficiencia de la misma, tal artículo manda recurrir a los principios que inspiran el derecho peruano y en seguida, a los principios generales del derecho. Pero ya hemos visto que el art. 4 viene a establecer de modo implícito y con carácter general la analogía.

Es evidente que en una prelación lógica de fuentes, la analogía ocupa un lugar superior al ocupado por los principios, pues bien mirada la analogía no es sino la aplicación del principio contenido en una ley a cierto caso no previsto por su letra ni por su sentido o mente, de modo que los principios del derecho, sean generales, sean del peruano, constituyen una manifestación de analogía más amplia que la practicada a partir del principio especialísimo contenido en una ley particular. En consecuencia, ante una ley insuficiente menester es aplicar primero la analogía, los principios del derecho peruano en seguida y los generales del derecho después. Con ello quedan armonizados los artículos 4 y 8.

Si ahora pasamos al plano de las normas jurídicas, que el juez está obligado a aplicar por mandato del art. 7, es evidente que ellas se refieren, en primer lugar, a la ley, pero también lo es que no en forma exclusiva. Bajo la voz "norma jurídica" entiéndese también a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina. De la primera queda excluida de inmediato la costumbre *contra legem*, por mandato implícito del art. 1, que permite derogar a una ley sólo por otra ley. Pero mantiene su pleno vigor la costumbre *praeter legem*, que por definición es aquella que rige una relación no regida por la ley, de modo que es imposible que produzca derogación.

Un razonamiento similar podemos ofrecer para la jurisprudencia y la doctrina. Por mandato del art. 1, ellas no pueden primar por sobre la ley; pero en defecto de ésta, como son normas jurídicas, deben ser aplicadas. Al igual que de la costumbre, también podemos hablar de una jurisprudencia y una doctrina *praeter legem*.

Se presenta de inmediato, empero, un problema: supuesta la deficiencia de la ley y, en consecuencia, la legítima aplicabilidad de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, cuales normas jurídicas, ¿en qué orden se las aplicará? En esto no parece que debamos intentar demasiadas disquisiciones y que bien podemos atenernos a la jerarquía

de estas fuentes comúnmente aceptada, según la cual su orden es costumbre, jurisprudencia y doctrina.

De acuerdo con todo lo anterior, en el plano de las normas jurídicas nos encontraríamos con el siguiente cuadro de fuentes: primeramente, la ley; en defecto de ella, se aplica la costumbre; deficiente ésta, la jurisprudencia; a falta de la cual, la doctrina.

4. ¿Cómo conectar ahora el plano de la ley con el plano de las normas jurídicas? Aparentemente aquí se nos presenta una contradicción, pues de acuerdo con el artículo 7, el orden, como acabamos de ver, sería: ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina; mientras que, según los artículos 7 y 8, en defecto de ley no debe recurrirse directamente a la costumbre, sino a la analogía, a los principios del derecho peruano y a los principios generales del derecho.

Esta, en realidad, no es contradicción, pues del análisis conjunto de ambos planos el orden que resulta, consecuentemente, es el siguiente: ley, analogía, principios del derecho peruano, principios generales del derecho, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Este orden es consecuencia del hecho indiscutible que el primer lugar entre las normas jurídicas de todos modos lo ocupa la ley y que los artículos 4 y 8 vienen a ordenar, implícitamente el primero, expresamente el segundo, que en defecto de ley se recurra a la analogía, los principios del derecho peruano y los generales del derecho. Este orden especial dado para el defecto de ley empuja, en el plano de las normas jurídicas, hacia lugares posteriores a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, resultando, así, el orden precedentemente indicado.

Tal es, me parece, el sistema de fuentes del derecho establecido por el nuevo código civil del Perú. No se me escapa que lo anterior resulta de un análisis en que se supone al derecho en situación estática, como si lo consideráramos en un instante. Bien sabemos que más verdadero es lo contrario: el derecho es dinamismo y, por tanto, sus fuentes

suelen entrelazarse. Así, por ejemplo, qué duda cabe que entre fuentes como la analogía y la doctrina existen conexiones muy profundas, pues aquélla suele ser una operación practicada por los juristas precisamente; lo propio podría decirse para las relaciones entre doctrina y principios de derecho y, finalmente, que la jurisprudencia viene a ser la fuente decisiva, porque sigue siendo cierto en lo sustancial la afirmación de que derecho es lo que aprueban los jueces, aunque no sean ellos quienes lo formulen o propongan. Mirado dinámicamente un sistema de fuentes, pierde importancia el establecimiento de cierto orden de prioridades en el mismo, que nos ha servido a modo de análisis para llegar a la conclusión verdaderamente importante, a saber: que pese a la apariencia, el nuevo código civil acepta un conjunto plural de fuentes y que la ley ha dejado de poseer una casi total exclusividad, para convertirse nada más que en la primera del conjunto. De este modo el código entronca con una tradición varias veces centenaria, que a principios de nuestra época intentó ser cortada de raíz. Si tal fue en realidad la intención del legislador peruano no lo sé y lo más probable es que no la haya sido. Pero es cierto que la tarea del legislador se agota cuando emana su ley, a partir de la cual los juristas son soberanos para interpretarla de acuerdo con cánones no ciertamente recientes. El intento de esta comunicación precisamente ha sido mostrar cómo el análisis interpretativo puede llevar a encontrar mucho más de lo que exhibe una lectura quizá influida por los códigos precedentes.