

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CODIGO CIVIL  
PERUANO DE 1984: COMENTARIO A LOS ARTICULOS  
2095 y 2096

María Antonieta y María del Carmen Delgado Menéndez

El libro X del Código Civil Peruano de 1984, dedicado al Derecho Internacional Privado contiene importantes y valiosas innovaciones. Sin embargo, es criticable la adopción por el legislador del sistema de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud respecto a la ley aplicable a su contrato, sin limitación alguna (art. 2095). En consecuencia, no exige que la ley elegida por éstas guarde alguna vinculación objetiva (efectiva y verdadera) con la relación convencional (tal como el lugar del cumplimiento del contrato, o el de su obligación principal; el lugar de la celebración del mismo, el lugar de los negocios, el domicilio de las partes, etc.), a fin de que dicha elección sea válida y eficaz.

Esta omisión del nuevo Código Civil, como bien señala DELIA DEBAKEY (1), podría incitar a las partes a “internacionalizar” contratos naturalmente nacionales, al introducir en ellos algún elemento extranjero fácilmente obtenible, como es, p.e., la celebración del contrato en el extranjero, con el único propósito de lograr la aplicación de una ley extranjera más permisiva, o menos prohibitiva que la nacional, aun cuando dicha ley no tenga otra vinculación con el contrato que no sea el simple lugar físico de celebración. Además, es falta de una vinculación internacionalmente admisible, no podría reclamarse alegando “fraude a la ley”, pues, como explicamos en nuestra Tesis (2); si no hubo

- 
- (1) DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos de la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto de Código Civil Peruano de 1980*; en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la P.U.C. Lima, 1980, pág. 270.
  - (2) En: DELGADO MENENDEZ, María Antonieta y María del Carmen. *Tesis para optar el Grado de Bachiller, LEY APLICABLE A CONTRATOS GENERADORES DE DERECHOS REALES SOBRE BIENES CORPORALES*. P.U.C., Lima, 1985.

mala fe de parte de los contratantes, si su objeto al escoger una determinada ley no fue al eludir las disposiciones imperativas de la ley o leyes razonablemente aplicables a la causa, sino, simplemente, lograr la aplicación de una ley más permisiva o que se adecúe mejor a sus propios intereses, y que tenga, además, una vinculación aunque sea tangencial con algún elemento del contrato.

Por otro lado, cabe añadir que la excepción de “fraude a la ley” sólo es comúnmente aplicada por el juez cuando el fraude se produce respecto a su ley, mas no cuando se produce respecto a la ley extranjera, que debiera ser la normalmente aplicable; y esto, en tanto que los jueces se han constituido en los “vengadores de la ley del foro” y no de la ley extranjera, guiados por el sentimiento que su ley es la única que expresa verdaderamente el derecho, y, por tanto, la que debe ser difundida, mientras que la ley extranjera debe serlo por los jueces extranjeros; aún cuando, en principio la excepción, de fraude a la ley debería funcionar tanto cuando la ley regularmente aplicable a la relación que el interesado ha eludido sea la propia del juez interviniente, como cuando ésta sea la de un Estado extranjero, según opinión autorizada de varios expertos en la materia. Sin embargo, como ya lo mencionamos, los jueces (y algunos textos legislativos como p.e., todos los Proyectos del Código Civil Peruano que regulaban expresamente esta institución) entienden que la excepción sólo debe funcionar cuando la maniobra afecta la aplicación de la ley propia.

No obstante la Convención Interamericana sobre Normas Generales de D.I.Pr. (CIDIP) celebrada en Montevideo en 1979 contiene una norma sobre “FRAUDE A LA LEY” que implícitamente está reconociéndole un campo de aplicación más amplio a esta excepción al establecer en su Artículo 6 que:

“No se aplicará como Derecho Extranjero el Derecho de un Estado parte, cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de **la ley de otro Estado Parte**”.

De la redacción de esta norma, empero, se advierte que la amplitud aludida respecto al campo de aplicación de la excepción de fraude a la ley es limitada puesto que si bien los jueces deberán dejar de ser los vengadores de la ley de su foro, no será sino para convertirse siempre en los vengadores de la “LEX FORI”

de los Estados que forman parte del Tratado.

De este modo, vemos como la falta del requisito de una vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y el contrato, u otra relación jurídica, no puede ser suplida, en todo caso, por la excepción de “fraude a la ley”, puesto que para que esta última tenga viabilidad frente al juez deben reunirse normalmente tres elementos, que aun existiendo son de muy difícil probanza en su totalidad, a saber:

- a) Utilización voluntaria de las reglas de conflicto;
- b) Intención de evadir la ley normalmente aplicable;
- c) La ley fraudulentamente evadida debe ser la del foro (3)

En función de estos elementos, pues, para poder alegar fraude a la ley, en la práctica, debe probarse que las partes, en ejercicio de su autonomía han elegido una determinada ley, forzando los factores de conexión, con el único propósito de evadir la “lex fori”, naturalmente aplicable al contrato.

De la concepción de fraude a la ley recién mencionada fluyen varios inconvenientes, puesto que:

1. El fraude debe haberse producido respecto a la “lex fori”. En consecuencia, el juez no tendría por qué dejar de aplicar una ley elegida por la voluntad de las partes alegando fraude a una ley extranjera. El objeto de la excepción sería, por consiguiente, la no aplicación de la ley extranjera elegida para reemplazarla por la “lex fori”, fraudulentamente evadida.
2. La prueba de la intención de fraude se mueve dentro de un ámbito de muy difícil acceso para el juez; quien debe indagar en la voluntad interna de los sujetos por todos los medios posibles, puesto que la existencia de fraude debe ser fehacientemente demostrada por quien lo alega; y ello es, pues, en la mayor parte de los casos muy difícil de lograr.

---

(3) La propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1980, en su Art. 15 exige, además, la presencia de un cuarto elemento: “La existencia de un perjuicio probado a un tercero”.

De acuerdo a lo anteriormente expresado debemos preguntarnos: ¿Cómo podría obligársele al juez peruano a rechazar la aplicación de la ley elegida por medio de fraude a la ley extranjera, normalmente aplicable?

Debemos responder que la única vía existente ha sido descartada por el legislador del nuevo Código Civil Peruano: “la demostración de la ausencia de una vinculación internacionalmente admisible”. Es más, el contar con la presencia de esta arma es indispensable para el juez en todo caso de fraude a la ley peruana, puesto que, en tal supuesto, no tendría que recurrir a la penosa y la mayoría de veces imposible, prueba de la intención de fraude, pues bastaría con que se demostrara que la ley elegida no guarda vinculación con ninguno de los elementos del contrato; ya que, como anteriormente se expresó, para este efecto, no es necesario que exista fraude; y porque, además, la excepción de “fraude a la ley” sólo debe ser puesta en práctica ante la imposibilidad de impedir la aplicación de la ley extranjera por otro medio, al constituir ésta tan sólo un remedio excepcional.

Ahora bien, el legislador de nuestro nuevo Código Civil no ha establecido la necesidad de que exista una “vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y el contrato”, pero el Código ha sido promulgado y ahora está en vigencia; entonces, ¿de qué arma se puede valer el juez para impedir la aplicación de la ley extranjera?

Las armas con las que cuenta el juez son dos:

- a) La excepción de Fraude a la Ley, y
  - b) La excepción de Orden Público
- 
- a) Excepción de Fraude a la Ley.— Como anteriormente se expresó, en D.I.Pr. esta excepción constituye un remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley (4).

---

(4) NIBOYET, Jean Paul. *Principios de Derecho Internacional Privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1928, pág. 441.

La excepción de “fraude a la ley” ha venido siendo utilizado por la jurisprudencia de distintos países, ya sea por mandato expreso de la ley o por propia iniciativa de los jueces. Así son varias las legislaciones que recogen en forma expresa esta excepción; entre ellas, la española (Decreto 1.8.36/1974 del 31/5/, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Código Civil, art. 12.4); y la portuguesa (Código Civil de 25/11/77 art. 21). Asimismo, otros textos legales que la recogen expresamente serían, p.e., el Proyecto de Código de D.I.Pr. argentino de 1974, (art. 4); el Proyecto de Código Civil Peruano de 1980 (presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil, art. XVI del T.P.); la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto de Código Civil Peruano de 1980 (elaborado por Delia Revoredo de Debaquey, art. 15); el Proyecto de Código Civil Peruano de 1984 (elaborado por la Comisión Revisora del Código Civil, art. 2008).

Cabe señalar que el Código Civil de 1984 incurre en la misma omisión que el Código Civil de 1936, puesto que tampoco recoge expresamente en ninguna norma legal la institución del “fraude a la ley”. La actitud de legislador del nuevo Código Civil no puede dejar de llamarnos la atención puesto que se trata de una institución fundamental sin la cual no concebimos el funcionamiento de una autonomía de la voluntad que sea conforme a nuestras normas de D.I.Pr. Además, la excepción de “fraude a la ley” ya venía siendo aplicada por los jueces peruanos en sus fallos, en el entendimiento que el hecho que no esté expresamente recogida en un texto legal no implica que ésta haya sido deshechada, puesto que la labor del juez debe ir más allá de la letra de la ley, supliendo las omisiones de ésta; en base a otros principios jurídicos, también fundamentales, más aún, cuando nuestro Código Civil señala en su artículo 2047 que:

“El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinen-

tes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente libro.

*Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la Doctrina del derecho internacional privado”.*

En este orden de ideas, no nos explicamos por qué el legislador eliminó la norma sobre “fraude a la ley” que había sido establecida expresamente tanto por el Proyecto del Código Civil Peruano de la Comisión Reformadora (1980) y de la Revisora (1984), artículos XVI del T.P. y 2008, respectivamente; como por la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del primero (art. 15). Esta norma hubiese venido a reconocer a nivel legislativo una institución que, desde antaño, venía funcionando en la “PRA-XIS” jurisprudencial. Así pues, la opción del nuevo Código Civil nos causa gran desconcierto puesto que no sólo no establece como requisito esencial de validez de la elección la existencia de una vinculación internacionalmente admisible” entre la ley elegida y la relación jurídica a regir, sino que tampoco dedica un solo artículo a normar esta institución tan importante como es el “fraude a la ley”. Por este motivo, algunos autores peruanos, han llegado a afirmar que la institución de “fraude a la ley” ha sido expresamente deshechada por el legislador del nuevo Código Civil, al no haberla incorporado a su texto, pese a que todos los proyectos que lo precedieron sí lo hacían; y que, por tanto, el juez peruano no puede servirse de ella para impedir la aplicación de la ley extranjera fraudulentamente elegida.

En nuestra opinión contraria a la recién mencionada, si bien el legislador de 1984 hizo mal en no incorporar una norma al respecto, sin embargo, no por ello vamos a negar la facultad y, más aún, la obligación que tiene el juez de suplir las omisiones del Código Civil, sobre todo cuando está de por medio una evasión fraudulenta de la ley peruana, ya que el mantenimiento de la autoridad y del prestigio de las leyes nacionales exige que se reprima el fraude a sus disposiciones. Debemos interpretar, en todo

caso, que el legislador no incluyó una norma semejante porque no lo consideró necesario, dada la aplicación de la cual había venido siendo objeto esta institución por la jurisprudencia, sin que, para ello, hiciese falta una norma expresa facultativa. En todo caso, será interesante revisar, en el momento oportuno, lo que la Exposición de Motivos del nuevo Código Civil señale al respecto.

Por último, respecto a este tema, debemos resaltar, una vez más, la importancia que tiene el establecer una limitación acerca de la naturaleza del vínculo que debe existir entre la ley elegida y la relación jurídica a regir; ya que, sin ella, los terceros interesados en el contrato no podrían prever el régimen del mismo. En efecto, si las partes pudieran elegir arbitrariamente la ley aplicable al contrato, sólo ellas sabrían a qué atenerse, no así la sociedad internacional, ante la cual se presentarían simultáneamente una variedad infinita de posibles combinaciones legislativas.

- b. La excepción de Orden Público.— Como su nombre lo indica se trata de “una excepción a la ley extranjera aplicable”, que es elegida por el juez cuando esta última atenta contra los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, ya sea en relación a las concepciones básicas del derecho, o a cierta política legislativa del mismo. Ahora bien, el efecto que tiene la utilización de esta excepción consiste fundamentalmente en descartar la aplicación de la ley extranjera para aplicar la “lex fori” en su lugar. Así lo establece, p.e., el artículo 2049 del nuevo Código Civil Peruano, artículo que, a su vez, impone otra limitación que consiste en que la disposición de la ley extranjera que pretende aplicarse no sea incompatible con las buenas costumbres.

Sin embargo, es menester resaltar que nuestro Código Civil en el artículo 2049 recién mencionado, hace uso injustificado, a nuestro juicio, del término orden público “internacional”, término que no era empleado en ninguno de los Proyectos legislativos consultados; ahora bien, decimos injustificado porque como bien señaló el Licenciado

JOSE LUIS SIQUEIROS en los debates de la Segunda Conferencia Interamericana sobre normas generales de D. I.Pr. celebrada en Montevideo en 1979. . . “El orden público (protegido) debe ser fundamentalmente el orden público interno, es decir el orden público predominante en el país donde está el juez que va a hacer operar esta cláusula de excepción” (5). Por tanto, . . . “No es posible hablar de un orden público común a todos los países sino de aquél que por la tradición, por la idiosincracia, por la tradición legislativa y jurisprudencial en ciertas materias, ha venido creando un fuero judicial o un estado en particular” (6). De este modo, el orden público, cuya protección debe consagrar el legislador es aquél que representa los principios básicos y fundamentales del país donde se plantea la cuestión, que no involucra a todas las normas imperativas o prohibitivas, sino simplemente a aquéllas que son fundamentales, cuya determinación queda, pues, evidentemente, a criterio del juez.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, lo que se está planteando es la aplicación del orden público como excepción “a posteriori”, que es aquélla que se da cuando nuestra ley se aplica despojando de su derecho a la ley que, según la norma de D.I.Pr., debía regular la relación, interviniendo tal excepción únicamente, según la doctrina tradicional, para impedir la aplicación de la ley extranjera regularmente aplicable a la relación. A su vez, esta excepción se justifica según la concepción clásica, si se tiene presente que las normas de D.I.Pr. son como cheques en blanco firmados por nuestro Estado, cuyo eventual contenido nunca se puede calcular de antemano; es preciso, entonces, que se tenga a la mano esta válvula de escape que permita eludir la aplicación del Derecho privado intolérable.

Asimismo, en lo que a nuestro Código Civil se refiere, de-

---

(5) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Codificación de D.I.Pr. en América*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, pág. 469.

(6) *Ibíd.*, pág. 469.

bemos señalar que dentro de su texto se hacía más necesaria aún la incorporación de una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, constituida por el requisito de que exista una vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y la relación jurídica a regir, puesto, que, de la redacción de su art. 2096 se percibe como ha obviado la necesaria sujeción que debe existir respecto a las normas nacionales, en todo lo relacionado a las normas imperativas aplicables al contrato y a los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, pues, el artículo 2096 establece que:

“La Ley competente (. . .) determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de voluntades de las partes”.

Al incorporar esta norma, el legislador se ha olvidado de que la ley nacional es la que posibilita, en todo caso, la elección por las partes de una ley que rija su relación contractual, ya que, la posibilidad de elección requiere siempre de una ley previa que a la vez de facultar le determine sus límites; es decir, de una ley que regule libertad de contratación dentro de este esquema, pues, la ley elegida no podría ni vulnerar las normas imperativas de la ley peruana, ni modificar el alcance de la autonomía de la voluntad concedida a las partes por esta última.

Más aún esto va a posibilitar que se produzca la figura del reenvío, prohibida en todas las legislaciones modernas en materia de contratos y en el Perú en todo ámbito del D.I.Pr. (Art. 2048). En efecto, al señalar nuestro Código Civil en su artículo 2096 que la ley elegida por las partes para regir su contrato regula asimismo los límites de la libertad de elección está obligando al juez a remitirse a las normas del D.I.Pr. del derecho elegido, derecho que puede incluso descalificarse a sí mismo cuando, por ejemplo, no permita a las partes elegir la ley aplicable a su contrato, y por el contrario les señale imperativamente una determinada ley como rectora del mismo. El juez peruano, pues, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2048 del Código Civil, debe apli-

car únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana del D.I.Pr., no pudiendo remitirse, en ningún caso, a las normas de D.I.Pr. de dicha ley aplicable. Por tanto, la norma de conflicto del juez peruano que posibilita la elección debiera ser necesariamente, en principio, la única que determine los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

Resulta, entonces, un contrasentido ceder tal calificación a la norma que puede haber sido señalada como aplicable incluso por la propia elección de las partes, puesto que resulta ilógico establecer que las partes en el trance de elegir deban someterse a la ley que resulte por ellas elegida.

La aplicación de este artículo 2096 va a traer consigo serios problemas, pues, como antes ya se señaló, si se les deja a las partes la libertad de escoger la ley aplicable a su contrato, sin limitación alguna ¿a nombre de qué principios podremos criticar su elección? ¿cómo poder determinar la ley que ha sido burlada cuando la sola ley aplicable es aquélla que las partes han elegido? Así, pues, si la ley extranjera elegida fuese la facultad para determinar la imperatividad de las normas, ¿qué sucedería si ésta permitiese ciertas cláusulas o convenciones prohibidas de manera imperativa en la ley peruana? p.e., si se celebrase un contrato de préstamo con intereses altísimos, pero permitidos por la ley “elegida” bastaría en tal supuesto, el someterse a una ley extranjera libre cambista, para desperdiciarse de las leyes peruanas sobre la materia? ¿podría, asimismo, pactarse, p.e., cláusulas de irresponsabilidad en los contratos de transporte? (7); ¿no habría acaso fraude a la ley peruana si se celebrasen pactos de esta naturaleza? (8).

---

(7) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, No. 1. Colegio de Abogados de Lima, año LXXI, Lima-Perú 1984, pág. 147.

(8) DEBAKEY, Delia. Exposición de Motivos de la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto del Código Civil de 1980. Op. cit., pág. 271.

Por consiguiente, una cosa es admitir la elección de una ley extranjera más permisiva y otra ceder al legislador extranjero la calificación de la imperatividad de las normas. Dicha calificación no debe corresponder, en caso alguno, a la ley elegida por los contratantes, de manera exclusiva, pues éstos, al elegir, deben observar tanto las normas imperativas impuestas por el derecho elegido como las impuestas por el derecho peruano (9).

Es, pues, a todas luces, evidente, como observa DELIA DEBAKEY, que la autonomía de la voluntad, concedida por el nuevo Código Civil a las partes contratantes en el ámbito internacional, es excesiva, pues rebasa ampliamente la libertad concedida a las mismas en los diversos cuerpos legislativos, que constituyen los antecedentes más inmediatos de este Código. Entre éstos cabe mencionar: Los Tratados Internacionales de Montevideo de 1889 y el de 1940, el de La Habana de 1928, así como el Proyecto de Ley de Normas de D.I. Pr. de Venezuela de 1965. En efecto . . . “ninguno de estos textos de D.I.Pr. otorga a las partes contratantes la facultad de elegir libérrimamente la ley del contrato y las normas de carácter imperativo” (10). Lo mismo ocurre con otros cuerpos legislativos que han adoptado una solución similar a la recogida en el Proyecto de Ley de Normas de D.I.Pr de Venezuela (arts. 29 y 30) entre estos se encuentra p.e., el Restatement Second Norteamericano 1971 (Nº 187), el Business and Commerce Code of Texas (art. 1005 a), el Código Civil Español (art. 10.5) y el Uniform Comercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica (section i-105) (11).

Podemos concluir que, no obstante la redacción del artículo 2096 del Código Civil, el juez peruano no puede ceder al legislador extranjero la calificación de la imperatividad de las normas, pues ello equivaldría a abdicar ya no frente a una facultad

---

( 9) *Ibíd.*, pág. 272.

(10) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, *Op. cit.*, pág. 147.

(11) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, pág. 148.

sino frente a la obligación que tiene de velar por el cumplimiento de nuestras normas imperativas y del orden público peruano. No cabe, pues, sino interpretar que lo que el legislador del nuevo Código Civil quiso establecer en el Art. 2096, pese a su deficiente redacción, fue que las partes al elegir una determinada ley no pueden vulnerar ni las normas imperativas del D.I.Pr. del juez peruano así como tampoco aquéllas que consagran principios de orden público, ni las normas imperativas impuestas por el Derecho elegido.