

Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico

Rómulo Morales Hervias*

"El autor realiza un análisis detallado del tratamiento del negocio jurídico en la doctrina comparada y nacional así como en la legislación de nuestro país. Así, partiendo de los diferentes conceptos e interpretaciones de lo que se entiende como "negocio jurídico" brinda una crítica a su estipulación en la legislación nacional, tanto respecto al fondo como a su sistemática."

1. Introducción

Después de 22 años de vigencia del Código Civil peruano (en adelante CC)¹ es preciso preguntarse si el ordenamiento jurídico peruano ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico como el Código Civil alemán u otros códigos civiles. Es decir, ¿el código civil peruano ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico? Parece una pregunta redundante pero en realidad no lo es.

El presente ensayo desmitificará aquellas definiciones que manejan los operadores jurídicos sobre el negocio jurídico a fin de descubrir los verdaderos conceptos que esconden sus discursos. Además formularemos nuestra opinión si existe o no la categoría legislativa del negocio jurídico en el Código CC.

Analizaremos al negocio jurídico dividido en dos categorías.

La categoría lógica se refiere al concepto y a la teoría sobre la formación y la eficacia del negocio jurídico. La categoría lógica es una creación de la doctrina para coadyuvar a la jurisprudencia para aplicar la teoría del negocio jurídico en casos concretos. La doctrina del negocio jurídico propone múltiples conceptos. Un concepto determinado de negocio jurídico es un presupuesto de otros conceptos. Por ejemplo, los conceptos de los elementos y de los requisitos dependerán del concepto de negocio jurídico. Los conceptos de la validez y de la invalidez están subordinados al concepto de negocio

jurídico. Ello implica una responsabilidad moral del jurista y por consiguiente del operador jurídico de utilizar un determinado concepto de negocio jurídico para poder solucionar controversias jurídicas.

Por el contrario, la categoría legislativa del negocio jurídico equivale a admitir que un Código Civil tiene regulado una Parte General de negocio jurídico cuya función es aplicar sus reglas no solamente a los contratos y a los negocios jurídicos unilaterales sino a todos los actos jurídicos en general. Es claro que una categoría legislativa de negocio jurídico será impracticable sin el uso de una categoría lógica. Nos explicamos. Si un Código Civil regula la formación y los efectos del negocio jurídico, ello obligará moralmente a los operadores jurídicos a utilizar necesariamente la categoría lógica del negocio jurídico. Será, por eso, importante saber qué concepto se usa para deducir los ulteriores conceptos que aplicará a los casos concretos.

En países donde el negocio jurídico no es regulado en sus códigos civiles es más coherente utilizar otras categorías lógicas como el contrato. Esto que parece obvio no lo ha sido en Italia que legisló como categoría legislativa al contrato. Sin embargo la doctrina italiana desarrolló el negocio jurídico como categoría lógica por influencia de la codificación alemana y la jurisprudencia italiana la aplicó como si el negocio jurídico tuviera la calidad de categoría legislativa en su código civil. En efecto, la experiencia italiana antes de la codificación de 1942 y luego de un decenio después tuvo una curiosa mutación, una suerte de esquizofrenia, entre el texto del

* Abogado. Magister por la Universidad di Roma "Tor Vergata". Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma "La Sapienza". Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia de la Magistratura.

1 El Código Civil fue promulgado por Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Código y los textos del derecho privado: el Código ignora sustancialmente el negocio jurídico porque es una creación científica; la doctrina interpreta las normas del Código a la luz de aquella construcción; la jurisprudencia sigue a la doctrina. Luego se ha repensado al negocio en perspectiva histórica².

En el último decenio, en el Perú se ha escrito mucho sobre el negocio jurídico a diferencia de lo escrito en el tiempo de vigencia del Código Civil de 1936. Estos escritos se han desarrollado sobre bases conceptuales no muy claras. Los razonamientos de la jurisprudencia han girado en torno a un sector de la doctrina que fundamentalmente combina las categorías lógicas francesa, española y argentina. En menor medida se utilizan las fuentes alemana e italiana. La fuente portuguesa está ausente. Quienes han utilizado las fuentes italianas se han olvidado de analizar primero las fuentes alemanas y luego las portuguesas. Se ha dicho acertadamente que la bibliografía italiana puede generar más confusiones que certezas y por eso se ha concluido que el estudio del negocio jurídico, y las bases para su defensa "sólo pueden ser brindados por la doctrina alemana"³. Nosotros agregaríamos que la doctrina portuguesa nos puede ayudar a entender muchos conceptos e institutos porque ella ha sabido ponderar mejor las soluciones de los códigos civiles alemán e italiano.

El balance sobre la adquisición y la aplicación de la categoría del negocio jurídico en el Perú es negativo. La doctrina peruana en general no ha dado el ejemplo necesario a los operadores jurídicos de la utilidad del negocio jurídico. Pero los operadores jurídicos también son responsables por no haber mirado más allá de las raíces de la doctrina nacional tradicional.

2. Nuevos Conceptos de Negocio Jurídico

El negocio jurídico debe ser analizado entre las circunstancias de hecho de la vida y la norma⁴. La inducción y la deducción serán dos actos necesarios para comprender el negocio jurídico. No cabe mirar al negocio como un dato fuera del derecho ni tampoco como un dato exclusivamente dentro del derecho.

Los conceptos de negocio jurídico pueden clasificarse de diferentes maneras. Nombraremos algunos. El concepto sobre la manifestación de la voluntad (concepción

voluntarista o antropológica), el concepto de la autorreglamentación de intereses (concepción declaracionista o preceptiva), el concepto del ordenamiento privado autónomo (concepción institucional), el concepto de la norma jurídica privada (concepción normativa), el concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica), el concepto de la declaración de vigencia (concepción de la validez), el concepto de un sistema móvil o combinatorio (concepción combinatoria), el concepto de un acto programático (concepción programática), el concepto de un acto performativo (concepción comunicativa), el concepto de un acto complejo de dos libertades (concepción de las libertades) y el concepto de punto de conexión (concepción ecléctica).

Se ha afirmado que "el problema del negocio jurídico sigue siendo, hoy como hace 300 años, el problema de la voluntad y el nexo de ésta con los efectos jurídicos"⁵. Como veremos al describir algunos conceptos de negocio jurídico, la voluntad es omitida por la doctrina ulterior como presupuesto del concepto de negocio jurídico. Por el contrario, se agregan otros conceptos para definir y estudiar al negocio jurídico como el interés⁶.

El primer concepto de negocio jurídico es entendido como declaración de voluntad (*willenserklärung*) dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas. Para Savigny, "la base de toda la declaración de voluntad es la existencia de voluntad"⁷. El fundamento de vinculación negocial está en la declaración de voluntad («*Willenserklärung*») que supone necesariamente la existencia del elemento volitivo concordante con la declaración. En 1892, Joseph Unger dijo: "ambos juntos, una voluntad que es declarada, una declaración que corresponde a la voluntad, son los que hacen el negocio jurídico"⁸.

Este concepto tuvo indudablemente un fundamento ético-filosófico iusnaturalista y kantiano. Kant describió "la estructura del consentimiento contractual como transferencia de un derecho a otra parte, fundado sobre la voluntad común y simultánea de los contratantes"⁹. Pero este fundamento se combinó con un fundamento psicológico:

"Los representantes de la teoría de la voluntad, designadamente a partir de la «investigación psicológico-jurídica» [1879] de *Zitelmann* reducen la voluntad a un dato naturalístico-psicológico, de acuerdo con

2 ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

3 LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil, Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, pág. 117.

4 KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 247.

5 LEÓN, *op. cit.*, pág. 136.

6 FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Guiffre Editore, Milán, 1997, págs. 352-353: "La rectificación del criterio de clasificación de los fenómenos temporales, en función de los intereses jurídicos en lugar que estén en función de la voluntad, y la consideración que los intereses jurídicos se constituyen en todos los niveles de la realidad y exigen su exteriorización sobre el plano objetivo de la común experiencia y de la cultura, conducen en definitiva a la distinción de los fenómenos temporales (o hechos jurídicos en sentido amplio) en las dos grandes clases de los «eventos» (o hechos jurídicos en sentido estricto, o, más simplemente, «hechos») y de los «comportamientos». La distinción, como se ha visto, reposa en el modo de constitución de los intereses jurídicos, que en los hechos se debe al despliegue de energías –físicas, orgánicas, psíquicas, espirituales– fuera de toda actitud del cuerpo humano, mientras que en los comportamientos se produce por una iniciativa externa del mismo sujeto y consiste en un modo de expresarse de su cuerpo".

7 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág. 20.

8 UNGER, Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, Leipzig, 1892, págs. 44 y ss. La cita es de MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 21.

el ambiente positivista de entonces, perdiéndose, o pasando a segundo plano, la referencia directa a la originaria idea de voluntad como modo de realización de la *autonomía ética* de cada uno. De la teoría de la voluntad de inspiración ético-filosófica iusracionalista y kantiana, que encontramos también en Savigny e inmediatos sucesores, se pasó, por tanto, a una teoría de la voluntad psicologizante, cuyo fundamento será, según Zitelmann, «el análisis psicológico del proceso de la acción»⁹.

Sin embargo, luego el concepto voluntarista de negocio jurídico cambió a una visión antropológica¹¹. Autonomía es «el poder de crear una mutación jurídica al interior de aquel ordenamiento»¹² y comporta «ejercicio de un poder normativo. No significa reglamentación de relaciones *propias*. Así quien ejercita una opción dicta una ley a sí mismo y también a la contraparte. *Auto-nomía* significa «poder normativo *propio*»; no significa «poder normativo sobre la esfera *propia*»¹³.

En cambio, para esta concepción antropológica, el negocio es «una declaración. La declaración expresa la voluntad de una mutación jurídica»¹⁴. La «voluntad de quien declara es *voluntad de una mutación de relación jurídica*, esto es, una voluntad normativa y preceptiva, que puede establecer deberes y derechos de otras personas»¹⁵. El negocio aparece «como declaración, como programa, como participación de este programa»¹⁶. El negocio como «declaración programa óptimamente las mutaciones de derechos o de otras situaciones jurídicas. Los derechos son creaciones del pensamiento humano, son ideas; las mutaciones de los derechos son abstracciones de segundo grado, y también son ideas. Donde hay una idea consciente y la capacidad de expresar con palabras las abstracciones, las mutaciones tienen un nombre»¹⁷. Este «maravilloso instrumento llamado negocio implica un comportamiento (dominado por la voluntad), e implica una declaración que objetivamente suena como propósito [*intento*] de que exista una determinada mutación de una relación jurídica»¹⁸.

Como posteriormente se comparará, la concepción antropológica junta parcialmente las concepciones normativa y la programática.

El segundo concepto más conocido de negocio es el definido como un acto de autonomía privada en el sentido de actos de autodeterminación o de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados:

«Autorregulación que en la conciencia social es ya considerada como compromisorio para las partes, antes aún de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico: es considerado, no como programa puro y simple al que las partes quedan libres de cumplir o no (como podría ser un propósito individual formado en el interior de la conciencia), sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que exige ser cumplida y que, en caso de inobservancia, se acompaña en la vida social, de sanciones más o menos enérgicas o seguras, tanto de carácter específico (por ejemplo, medidas de retorsión y de autotutela), como de carácter genérico (por ejemplo, pérdida o disminución del crédito social, con la consiguiente imposibilidad o dificultad de celebrar nuevos negocios). La sanción de derecho se presenta como algo añadido y lógicamente posterior: precisamente como un reconocimiento de autonomía. En virtud de tal reconocimiento los negocios de la vida privada asumen la dignidad de negocios jurídicos y se convierten en *instrumentos* que el derecho mismo pone a disposición de los privados para dar orden a sus intereses en la vida de relación, a fin de dar vida y desarrollo a las *relaciones* entre ellos: y por tanto permanecen siempre siendo actos de autonomía privada»¹⁹.

El negocio jurídico se define como el «acto que, al cual el derecho atribuye efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza el tipo»²⁰. El negocio contiene un *precepto de autonomía privada* que «es destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desarrollar inmediatamente los efectos correspondientes a la vida en relación»²¹. El precepto de la autonomía privada «es inmediatamente operativo de los efectos jurídicos correspondientes a su función económico-social»²². Entonces, la autonomía privada, para esta teoría, es una actividad y una potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias y es

9 SOMMA, Alessandro, *Temi e problemi di diritto privato, II, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Turin, 2005, pág. 141.

10 MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 21.

11 Así denominada por: LEÓN, Leysser, L., *El negocio jurídico según Rodolfo Sacco, Ideas de un maestro italiano*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, pág. 21.

12 SACCO, Rodolfo, *Il fatto, l'atto, il negozio*, con la colaboración de Paola CISIANO, en «*Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*», UTET Giuridica, Turin, 2005, pág. 103.

13 *Ibid.*, p. 309.

14 *Ibid.*, p. 310.

15 *Ibid.*, p. 356.

16 *Ibid.*, p. 426.

17 *Ibid.*, p. 137.

18 *Ibid.*, p. 137.

19 BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifó, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002, págs. 46-47.

20 BETTI, *op. cit.*, pág. 55.

21 *Ibid.*, pág. 56.

22 *Ibid.*, pág. 155.

reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya reguladas, en abstracto y en general, por las normas de orden público:

“La manifestación principal de esta autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación y la extinción de relaciones jurídicas entre privado y privado. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto son dispuestos por normas, las cuales asumen como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, a él se le vinculan el hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] necesario y suficiente”²³.

Esta concepción preceptiva es desarrollada por otra que concibe al negocio jurídico como acto de autonomía privada jurídicamente relevante:

“Sólo adoptando la fórmula propuesta, de “reconocimiento en sentido técnico”, se puede explicar, en efecto, cómo es que el ordenamiento, luego de atribuir relevancia jurídica al negocio, le atribuye también efectos jurídicos que corresponden *grosso modo* a las disposiciones tomadas por las partes. Aquí, entre la calificación jurídica abstracta del hecho y la realización de los efectos se interpone el reconocimiento de la esencia real del negocio, como acto de autonomía que da razón, por lo anotado, de la peculiar naturaleza de ellos”²⁴.

El negocio como “manifestación de voluntad” y como “acto de autorregulación o de autonomía” tienen un *dato común*: el negocio es fuente extra-legislativa. Así, el negocio, en la perspectiva de la voluntad como en aquella de la autonomía, no es un hecho jurídico, dado que no recibe de la ley su propia energía creadora²⁵. Tienen de común que son parte de una realidad extrajurídica. La diferencia es que uno es un acto de voluntad y el otro es un acto de auto-regulación de interés.

La tesis del negocio como realidad extrajurídica, que comparten los conceptos voluntarista y preceptivista, se convierte en irremediablemente falsa cuando se la confronta con la tesis de la recepción del negocio por parte del ordenamiento jurídico. Ambas tesis son incompatibles:

“(…) o el negocio se reduce al hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] entre los hechos jurídicos hipotéticos [*fattispecie*] (utilizables por el legislador en la determinación del contenido de los efectos jurídicos); o el negocio, *portador de una propia lógica y de una intrínseca capacidad reguladora*, se mantiene

y enfrenta con la norma, bien adhiriéndose o bien contraponiéndose con ella”²⁶.

Es decir, es contradictorio decir el negocio es una declaración o manifestación de voluntad o es una autorregulación de intereses; y al mismo tiempo que el negocio es jurídico porque el ordenamiento jurídico recibe la voluntad de querer efectos jurídicos o el precepto de autonomía privada según las normas jurídicas:

“Atribución de competencia y reconocimiento de autonomía -donde ella se considera como ejercicio de una potestad no delegada por la ley- son fenómenos incompatibles: una designa un *orden interno al derecho estatal*, que confiere a los individuos una determinada esfera jurídica; la otra, apropiación de una regulación de intereses dictada por los individuos en la esfera pre-jurídica. La competencia, como medida de poder jurídico, está concebida solamente dentro del derecho estatal; la autonomía (en la acepción no romaniana), solamente fuera de él”²⁷.

“El negocio como “manifestación de voluntad” y como “acto de autorregulación o autonomía” tienen un dato común: el negocio es fuente extralegislativa.”

También el concepto de negocio jurídico, como acto de autonomía privada jurídicamente relevante, analizado sobre la propia naturaleza dinámica y sobre el plano jurídico es contradictorio:

“Reconocimiento de la naturaleza dinámica del negocio y determinación legislativa de los efectos aparecen antitéticos, ya que uno reconduce los efectos de aquella naturaleza dinámica que la otra la niega y la excluye”²⁸.

La concepción institucional define a la autonomía en dos niveles: “subjetivamente, ella es la potestad de darse un ordenamiento jurídico y, objetivamente, indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entes se constituyen para sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros”²⁹. Entonces, los negocios jurídicos son mani-

23 BETTI, *op. cit.*, pág. 50.

24 SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2a. edizione, Jovene, Nápoles, 1969, pág. 141. Id., *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Edición, traducción y notas de Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 180.

25 IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1991, pág. 9.

26 IRTI, *op. cit.*, pág. 29.

27 *Ibid.*, pág. 29.

28 *Ibid.*, pág. 34.

29 ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1947, pág. 14.

festaciones de autonomía privada. "El negocio antes de ser fuente de derecho subjetivo, es fuente de normas; normas subordinadas a aquellas estatales y por eso secundarias y complementarias; normas no autoritativas, pero vinculadas a ellas, como en los contratos, al menos con la aceptación de quienes están involucrados como en los testamentos; pero siempre normas y, por eso, leyes: leyes, pero privadas, no públicas"³⁰.

La concepción normativa propone estudiar el negocio jurídico como elemento del proceso productivo del Derecho:

"Con la identificación del negocio como norma se explica perfectamente cómo el negocio puede definirse productor de los efectos a diferencia de los actos y de los hechos: éstos últimos en efecto no son normas pero solamente hechos jurídicos hipotéticos [*fattispecie*]. La construcción del negocio como norma tiene también el mérito de dar cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos: la presencia en él del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa: tanto que, en manera independiente de la consideración del rol desarrollado por el negocio en la producción de los efectos, ella lleva de por sí solamente a hipotetizar la naturaleza normativa del negocio. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) es atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho"³¹.

El negocio jurídico es fuente normativa porque no es un simple hecho o comportamiento, sino también es un acto calificativo (además de regulador) de los hechos o comportamientos que deben realizarse³².

La esencia y el fundamento de la autonomía no es tanto ser manifestación de libertad, sino "en ser manifestación de «poder» de los privados, y más precisamente, del poder de crear, en concurrencia con otras fuentes, reglas objetivas de conducta, o, si se prefiere, normas jurídicas"⁽³³⁾. De ahí que el negocio jurídico "es en último análisis, regla objetiva, expresión del poder (sea originario o derivado) de los privados de crear derecho; poder que, al igual que otro poder pone en movimiento la vida de las organizaciones y las relaciones sociales, el cual se debe expresar en el ámbito de los límites

predeterminados y de los equilibrios que garantizan el funcionamiento de las instituciones"³⁴. La Constitución, las fuentes comunitarias, la ley, la autonomía privada (y así sucesivamente) son, de este modo, todas fuentes normativas, ordenadas según una jerarquía correspondiente a aquellos varios niveles de identidad y a aquellos varios niveles sistemáticos de referencia³⁵:

"En resumen, afirmar la unidad del ordenamiento y la exigencia del sistema no excluye completamente la consideración de la pluralidad de las fuentes del derecho, la pluralidad haya su síntesis en el ordenamiento y en el sistema, por definición pluralístico"³⁶.

No es equivocado sostener que entre la concepción institucional y la concepción normativa tienen en común que construyen un cosmos de niveles *exclusivamente jurídicos*³⁷ a diferencia de los conceptos antinormativistas que proponen una visión del negocio desde una naturaleza psicológica o social.

La concepción axiológica establece que el negocio jurídico es un valor contrapuesto a otros valores como aquellos estatales. El negocio es un:

"(...) acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume «relevancia» positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento. Se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal) que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde un punto de vista cualitativo como desde el punto de vista cuantitativo"³⁸.

El negocio jurídico contiene valores propios diferentes a los valores estatales. Es la expresión de un autónomo

30 ROMANO, *op. cit.*, pág. 27.

31 GAETANO SCOCA, Franco, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979, págs. 156-157.

32 PERGOLESI, Ferruccio, *Sistema delle fonti normative*, Giuffrè Editore, Milán, 1973, pág. 116.

33 CRISCUOLO, Fabrizio, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000, pág. 49.

34 CRISCUOLO, *op. cit.*, pág. 49.

35 *Ibid.*, pág. 54.

36 *Ibid.*, pág. 54.

37 IRTI, *op. cit.*, pág. 58. En efecto, FERRI, Luigi, *L'autonomia privata*, Seminario giuridico dell'Università di Bologna XX, Giuffrè Editore, Varese, 1959, pág. 69. Id., *La autonomía privada*, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 76: "Si las normas negociales son normas jurídicas y se colocan fuera de la unidad orgánica que está constituida por las normas no negociales o normas de formación pública, se debe concluir que existen dos conceptos de ordenamiento jurídico; uno más amplio, que abarca todas las normas jurídicas negociales y no negociales, y otro más restringido, que excluye de su seno las normas negociales".

38 FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Quinta edizione, Maggioli Editore, Rimini, 1995, págs. 83-84. Id., *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, págs. 154-155. Id., *Il negozio giuridico*, Seconda Edizione, Cedam, Padua, 2004, pág. 69.

sistema de valores. El negocio no es un hecho, es un valor; y este valor encuentra su eficacia o su validez, no ya en la adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, sino en un análisis *ex post* de compatibilidad con dichos valores. El sentido del encuentro entre ordenamiento estatal y negocio no es tanto aquel de plegar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social, con aquel expresado por las normas del ordenamiento³⁹.

La concepción de la validez refiere que la declaración de voluntad jurídico-negocial no contiene únicamente la manifestación de una determinada opinión o intención; "es según su sentido, declaración de validez, es decir: un acto que tiene como meta poner en vigor una determinada consecuencia jurídica. Los negocios jurídicos son hechos que implican ya las consecuencias jurídicas con ellos primariamente coordinadas"⁴⁰:

"La declaración de voluntad se traduce, de este modo, en un acto de «colocar-valer» («*in-Geltung-setzen*») consecuencias de derecho, siendo, por tanto, una «declaración de vigencia» (una «*Geltungserklärung*»). El «sentido del acto de promesa» estaría constituido por la idea de conferir validez a un conjunto de consecuencias jurídicas. Mediante este «acto determinante», la declaración sirve al valor de autodeterminación de la persona"⁴¹.

La concepción combinatoria establece que el negocio jurídico solamente puede ser comprendido por la consideración de un conjunto de elementos integrados en un "sistema móvil", formando un combinatorio en el cual se conjuga, en varias graduaciones posibles, la autonomía privada (autodeterminación), la protección de la confianza y de la seguridad del tráfico (en sus diversos aspectos) y la justicia o equivalencia contractuales⁴²:

"Cuando hay más autodeterminación, cuyo grado máximo será la declaración sustentada enteramente por la voluntad ponderada y esclarecida (posibilitando una mayor «garantía de justicia» contractual, la cual sería, por tanto, igualmente graduable), tanto menos necesario será, para el surgimiento de una vinculación, el elemento de la seguridad del tráfico o de equivalencia. Disminuido el grado de autodeterminación, para el surgimiento de una vinculación tiene que existir una intensificada protección de la confianza o de la

seguridad del tráfico, bien como control aumentado de «equivalencia»⁴³."

La concepción programática establece que el negocio jurídico es un acto programático. La programación es relevante cuando existan tres condiciones: un tiempo de la programación distinto del tiempo de la realización; que la programación se haga objetivamente evidente mediante un acto diferente del acto de la realización; que el derecho contemple y regule distintamente el acto de la programación, respecto del acto de la realización. Cuando se verifican todas estas tres condiciones se está, ciertamente, en presencia de un acto programático⁴⁴:

"El negocio jurídico, por no estar en condición de realizar los intereses jurídicos, sino solamente de hacerlos evidentes y de proyectar su realización, encuentra su segura colocación entre los actos programáticos, cuya caracterización radica, justamente, en la predisposición de los modos y de los medios de realización del interés"⁴⁵.

La concepción comunicativa establece que el negocio jurídico es un acto performativo. El concepto de acto performativo tiene antecedentes en la filosofía analítica. John Austin (1911-1960), catedrático de filosofía moral en Oxford de 1952 a 1960, fue una figura muy relevante en la filosofía del lenguaje durante la primera mitad del siglo XX. Su obra más conocida se publicó póstumamente (1962) con el título de *How to do things with words* (Cómo hacer cosas con palabras). Este trabajo, que recoge las conferencias que Austin pronunció en el año 1955 en la Universidad de Harvard, constituye la culminación de su teoría de los actos de habla, en la que estaba trabajando. El punto de partida de Austin es la crítica a los filósofos que erróneamente supusieron que la única relevancia de un enunciado es describir algún estado de cosas o enunciar algún hecho. Austin planteó la existencia de dos tipos de enunciados: constatativos y performativos (de *perform*, realizar, cumplir). Los primeros los utilizamos para describir determinadas cosas; con los segundos no se constata o describe nada sino que se realiza una acción. Austin sugirió que existen dos tipos de lenguaje: el descriptivo (o constativo) y el performativo. El performativo es el lenguaje que ejecuta acciones ("Que se haga la luz"); verifica afirmaciones ("Es cierto, ha muerto"); y hace realidad una promesa (el "sí quiero" de las bodas). La teoría del lenguaje performativo es utilizada en la teoría del negocio jurídico:

39 MORALES HERVIAS, Rómulo, *El pensamiento de Giovanni Battista Ferri, El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales en Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, págs. 100-101.

40 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Segunda edición definitiva, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, pág. 293.

41 MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 35.

42 BYDLINSKI, *Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Wien-New York, 1967, págs. 12 y ss. La cita es de MOTA PINTO, *op. cit.* págs. 43-44.

43 MOTA PINTO, *op. cit.* pág. 44.

44 FALZEA, *op. cit.*, págs. 774-775.

45 *Ibid.*, pág. 776.

“En sentido estricto, esto es, en cuanto *negocio jurídico de derecho privado*, se define como *acto de derecho privado que produce efectos jurídicos conforme a su significado, creando, modificando substancialmente o extinguiendo por medio innovativo situaciones jurídicas de las cuales al menos uno de los sujetos es titular*. En una fórmula sintética, diremos que es un *acto de derecho privado dotado de performatividad, reflexibilidad y autosuficiencia estructural*”⁴⁶.

Así, los negocios jurídicos crean, extinguen o modifican sustancialmente las situaciones jurídicas, porque su texto dispone de una estructura completa:

“El negocio jurídico como acto performativo debe cumplir las siguientes condiciones:

“1ª que exista una *acción comunicativa*, esto es, un hecho humano consciente, informativo y dotado de un mínimo de acontecimiento semántico [sémico]; 2ª que esa acción comunicativa se inspire *conscientemente* en el marco de las relaciones humanas en las que se aplicarán las reglas constitutivas propias de *prácticas negociales*;

3ª que esa acción comunicativa sea *comprendida* como una declaración jurídico negocial;

4ª que esa declaración negocial no sea afectada negativamente por ningún fundamento jurídico de invalidez”⁴⁷.

La concepción de las libertades implica que el negocio jurídico es un acto complejo de dos libertades⁴⁸. En la libertad de celebración, la autonomía privada permite realizar o no realizar el acto y, por tanto, optar por la presencia o por la ausencia de determinados efectos de Derecho, a los asociados. En la libertad de estipulación, la autonomía va mucho más allá: ella permite optar por realizar el acto y, también, seleccionar, más allá de su presencia, el tipo de efectos que producirán. Cuando exista solamente libertad de celebración, se hablan de actos jurídicos en sentido estricto; si hay libertad de celebración y de estipulación, surge el negocio jurídico.

La concepción ecléctica implica que el negocio jurídico es un punto de conexión entre los actos lícitos y las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico liga a ellas. Esta concepción del negocio jurídico nos abre los ojos para percibir los aspectos comunes y los aspectos diferentes de los actos humanos lícitos⁴⁹.

Luego de haber descrito puramente algunas concepciones del negocio jurídico, es menester mostrar algunos ejemplos de la doctrina extranjera de uniones no claras de las concepciones mencionadas. Ello evidentemente confunde a los operadores jurídicos. Pero también se evidencia que solamente se conocen algunos conceptos y se desconocen la mayoría. Ello cobra mayor realce en la doctrina nacional.

“(...) a diferencia de la doctrina citada, la doctrina nacional ha multiplicado las combinaciones de las concepciones sobre el negocio jurídico (...)”

Así, unos relacionan el concepto axiológico con el concepto preceptivo. Se expresa que la autonomía se manifiesta mediante una *“acción finalista o teleológica*. El sujeto, además del fin inmediato, que es la producción de *determinado resultado jurídicamente relevante* (la producción de efectos protegidos por el Derecho, con intención del sujeto de vincularse), busca también un *fin mediato, variable, colocado al servicio de ciertos valores”* y el negocio jurídico es *“auto-reglamentación”*⁵⁰.

Algunos combinan los conceptos voluntaristas con los preceptivistas: *“Los negocios jurídicos son actos jurídicos constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas a la realización de ciertos efectos prácticos, con la intención de alcanzarlos mediante la tutela del derecho, determinando el ordenamiento jurídico la producción de los efectos jurídicos conforme a la intención manifestada por el declarante o los declarantes”*⁵¹.

Unos consideran que el negocio jurídico es un hecho jurídico y al mismo tiempo un valor, es decir, se juntan los conceptos preceptivo y axiológico. El negocio es una combinación de hecho y de valor. *“De ser y deber ser, de ser que debe ser y debe ser que es”*⁵².

Otros vinculan el concepto institucional con el concepto preceptivo. Por un lado, consideran que la autonomía es el poder de darse un ordenamiento y que el negocio jurídico es una auto-regulación de intereses de índole jurídico⁵³.

46 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 258.

47 FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 241.

48 MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português*, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico, 3.ª Edição (Aumentada e inteiramente revista), Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 392.

49 SCHERMAIER, Martin Josef en Mathias SCHMÖCKEL/Joachim RÜCKER/Reinhard ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen 2003, págs. 362-363. Citado en SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 45.

50 GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Refundido e actualizado, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, págs. 18 y 20.

51 MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 379.

52 PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, p. 253. Pero también dice que los “negocios jurídicos son jurígenos: dentro del ámbito material de la autonomía privada, crean derecho. No son «fuente de derecho objetivo» porque no crean derecho con generalidad, no constituyen reglas jurídicas generales y abstractas, pero no dejan de crear derecho concreto que rige para sus autores: son el modo interprivado de creación jurídica”.

53 OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. II, *Ações e factos jurídicos*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 80 y 88.

En el Perú las confusiones son parte de la breve historia del negocio jurídico sobre todo en la última década. Pero a diferencia de la doctrina citada, la doctrina nacional ha multiplicado las combinaciones de las concepciones sobre el negocio jurídico.

El artículo 140 del CC define el concepto voluntarista del negocio jurídico. Una doctrina nacional autorizada y coherente con el concepto preceptivista propone “la supresión de la definición clásica contenida en el artículo 140 del Código, y que se deje en libertad al intérprete de optar por una concepción o por la otra, teniendo en cuenta que se trata de un tema doctrinario, bastante discutido y opinable como todos”⁵⁴. Tal planteamiento ha tenido adhesión en aquella posición que propugna su derogación para dejar a la doctrina la tarea de desarrollar el concepto⁵⁵.

Citaremos un sector de la doctrina nacional⁵⁶ que es comúnmente citada por la jurisprudencia.

Este sector de la doctrina ha mezclado los conceptos voluntaristas, normativos y preceptivos. Se ha definido como “hecho jurídico, voluntario, lícito con manifestación de voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto, de conformidad con el Derecho objetivo” pero se ha afirmado que existe “una delegación del Derecho objetivo en los sujetos que actúan con voluntad privada de la facultad de regulación, o mejor, de autorregularse en sus propios intereses jurídicos, esto es, de permitir a los sujetos que van a constituirse en parte de la relación jurídica, o que ya lo son, la posibilidad de, precisamente, crearla o de regularla, modificarla o extinguirla”⁵⁷.

Dentro de la misma confusión de conceptos se ha definido el negocio jurídico “como aquella declaración o declaraciones de voluntad de Derecho privado que, por sí, o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico” y se añade que se “trata de una declaración de voluntad o de un conjunto de declaraciones preceptivas,

según hablemos de negocio unilateral o plurilateral, con potestad para crear o incidir en relaciones jurídicas (y subsidiariamente económicas y familiares), por delegación del ordenamiento”⁵⁸.

Otros confunden las concepciones preceptiva, normativa y axiológica:

“Los particulares se procuran medios idóneos: los negocios jurídicos mediante los cuales disponen para el futuro una relación vinculante de intereses para cumplir variadas funciones económico-sociales, fuera de la injerencia de ningún ordenamiento positivo. El derecho no hace otra cosa que reconocer, en atención a su función económico-social, el vínculo que se deriva de tales negocios; lo refuerza, lo hace más seguro, al añadirle su propia protección. El negocio, como acto vinculante de regulación privada de intereses, asume relevancia para el ordenamiento cuando los valores de los cuales es portador son compatibles con los valores expresados en el ordenamiento. La relación entre negocio y ordenamiento, entre libertad y autoridad, es la relación entre sistema de valores específicos y personales y un sistema de valores que expresan una visión totalizadora de la realidad social, en la que el negocio se inserta. Las tareas que se imponen a ambos sistemas son diversas y solo ocasionalmente coinciden”⁵⁹.

Por último, el Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín, Exp. 047-2004-AI/TC, fundamento 44, ha mezclado los conceptos voluntarista, preceptivo, normativista y axiológico:

“La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.

El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: «A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

- 54 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*, Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervias, Grijley, 2006, pág. 242.
- 55 SCHMIDT, Jan Peter, *La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Que se entiende por “negocio jurídico”? en Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, N° 67, Abril-Junio 2006, Editorial Normas Legales, Trujillo, pág. 39.
- 56 Existe una doctrina menor que solamente se limita a citar definiciones sin analizarlas y sin proponer una definición propia: ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Curso del acto jurídico*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, págs. 38-43. IDROGO DELGADO, Teófilo, *Teoría del acto jurídico*, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2004, págs. 27-30. TORRES VÁSQUEZ, Anibal, *Acto jurídico*, Segunda edición, Ideosa, Lima, 2001, págs. 63-72. No falta aquella opinión que combina “extraordinariamente” los conceptos voluntarista, preceptivo, institucional, normativo y axiológico (¡): “A todo esto definimos al negocio jurídico como un hecho jurídico voluntario que permite la integración coherente de normas jurídicas, composición lograda en el ejercicio de la internomía privada y motivado en la virtual satisfacción de interés práctico-jurídico” y la internomía “otorga a los sujetos de derecho dos facultades: a) crear normas jurídicas (facultad creadora); b) posibilidad de integrar normas (facultad organizadora o integradora, es decir regular de acuerdo a nuestros egoísmos –por medio del negocio-):” NÚÑEZ MOLINA, Waldo, Francisco, *El negocio jurídico*, Editorial San Marcos, págs. 219-220. Es evidente que nada tiene que ver con la concepción combinatoria del negocio jurídico.
- 57 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Sexta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, págs. 38-40.
- 58 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, Reimpresión de la Primera Edición, Librería Studium Ediciones, Lima, 1987, pág. 36.
- 59 MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco, *El acto jurídico según el Código civil peruano, Curso teórico, histórico y comparativo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pág. 67.

A su turno, el artículo 62 de la Constitución establece que: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

Por su parte, el inciso 3 del artículo 28 de la Constitución dispone que: «La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de los concertado».

Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional.

Al respecto, este colegiado ha señalado: «La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución (...). (...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales (...) ([Caso Fernando Cantuarias Salaverry, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 16 y 17].

A nivel de la doctrina nacional [Marcial Rubio] como extranjera [Miguel Reale] se ha resaltado la importancia del negocio jurídico como fuerza generadora de normas jurídicas, admitiendo que la experiencia jurídica no solamente es regida por normas legales de carácter genérico, sino también por normas particulares e individualizadas.

Para Reale, lo que caracteriza a la fuente negocial es la convergencia de los siguientes elementos:

- a) Manifestación de voluntad de las personas legitimadas para hacerlo.
- b) Forma de querer que no contradiga la exigida por ley”.

El Tribunal Constitucional cita la obra de Miguel Reale sin saber que la doctrina brasileña navega en un mar de confusiones en cuanto al concepto de negocio jurídico. Para muestra una opinión:

“Negocio jurídico no es, solamente, acto voluntario, sino acto que expresa declaración de voluntad, que puede ser unilateral y bilateral. Declaración de voluntad es manifestación de voluntad *calificada*, destinada a producir efectos jurídicos. Ningún otro instituto jurídico expresa, con tanta nitidez, la libertad humana como el negocio jurídico, dando sentido concreto (o concretizado, como prefiere el maestro *Miguel Reale*) y efectos prácticos a la autonomía de la voluntad, a la auto-reglamentación de intereses privados” (...). “En este sentido, debemos poner en realce un aspecto fundamental del negocio jurídico, siempre destacado, como merece: él formula reglas de conducta entre los particulares, análogas a las de la ley; tienen, por tanto, carácter normativo, funcionando como *lex privata*.

A través del negocio jurídico, y dentro de los límites de la ley, como decimos, las personas tienen la posibilidad

de declarar sus voluntades, auto-reglamentando sus intereses, dando contenido normativo, fuerza normativa a lo que reglamentan⁶⁰.

Aquí se confunden los conceptos voluntaristas, preceptivos y normativos como si todos en su conjunto pudieran decirnos un significado claro del negocio jurídico.

No obstante lo expuesto no estamos negando que se pueden combinar coherentemente algunos conceptos. Por ejemplo, no es incoherente combinar el concepto de acto vinculante de privada reglamentación de intereses a los conceptos de acto programático y de acto performativo y de autosuficiencia estructural. Pero combinar los conceptos preceptivo y normativo es un acto de incoherencia lógica.

3. El Negocio Jurídico en el Código Civil del Perú de 1984

Después de 22 años de vigencia del CC es preciso preguntarse si el ordenamiento jurídico peruano ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico como el Código Civil alemán u otros códigos civiles. Es decir, ¿el CC ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico? Parece una pregunta redundante pero en realidad no lo es.

En el Perú sucedieron dos casos donde se aplicó analógicamente las normas del Libro II del CC al reconocimiento de un hijo.

En un caso, Demetrio Blas Tocas Figueroa solicitó que se declare la nulidad del reconocimiento que contenía la partida de nacimiento del menor Rodrigo Sebastián Tocas Reyes, ocurrido el 6 de abril de 1991, a quien reconoció como hijo suyo en la creencia que sí lo era, por habérselo comunicado así la madre del menor Zonia Delfina Reyes Alarcón, con quien el actor venía manteniendo relaciones extramatrimoniales desde el año 1992; pero es el caso que sostuvo haber sido engañado dolosamente, pues la misma madre del menor expresó ante las autoridades que el verdadero padre era el señor César Gallegos Solís, con quién también aquella mantuvo relaciones sexuales desde el año 1995, por lo que solicitó la nulidad en aplicación del artículo 210 del CC. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República consideró en la Casación N° 2092-2003-Huara que nadie está obligado a hacerlo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; en consecuencia, si el ordenamiento procesal y sustantivo no prohíbe que el reconociente pueda demandar la invalidez del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al “acto” jurídico, la pretensión contenida en la demanda tiene un petitorio jurídicamente posible, y subsecuentemente se trata de un caso justiciable.

Otro caso parecido se dio cuando Pompeyo Requejo Mego interpuso demanda para que se declare la anu-

60 VELOSO, Zeno, *Invalidez do negócio jurídico, Nulidade e anulabilidade*, 2ª Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, págs. 9-10.

labilidad de la partida de nacimiento del menor Boris Alberto Sebastián Requejo Hernández, en el extremo que aparece inscrito el reconocimiento de aquél como hijo del recurrente. Sostuvo que declaró al menor como hijo suyo en la creencia que sí lo era, no obstante que desde su nacimiento presentó características psicobiológicas totalmente diferentes a la de sus otros hijos, que se reflejaban hasta en el color de la piel, siendo que por investigaciones privadas posteriores llegó a determinar que su conviviente y madre del menor, Rosa Elvira Hernández Trujillano, mantenía relaciones infieles con Pedro Obregón Zambrano, así como también, luego de someterse a las pruebas de ADN hasta en dos oportunidades, en éstas se estableció que no era el padre biológico del menor. Indicó que la conducta dolosa de la demanda consistió en haberle hecho creer que el menor era su hijo, ignorando el actor el panorama de infidelidad, siendo que el dolo empleado ha sido de tal naturaleza que ha determinado que reconozca la paternidad del menor, pues de haber conocido la infidelidad no lo hubiera reconocido. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República determinó en la Casación N° 2274-2004-Lima que los ordenamientos procesal y sustantivo no prohíben que el reconociente pueda demandar la invalidez o ineficacia del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al “acto” jurídico, máxime cuando la pretensión contenida en la demanda guarda relación con los hechos invocados por el actor y contiene un petitorio jurídicamente posible; por lo tanto, se trata de un caso justiciable, cuyo rechazo resultaría arbitrario.

En Italia se ha dicho que la teoría del negocio “no es más el centro del sistema y sobre todo que ella no puede dar cuenta de una realidad económica extremadamente modificada respecto a las ideas ochocentistas. Por ello no puede aplicarse a cualquier manifestación de autonomía privada (testamento, matrimonio, contrato, negocio unilateral y plurilateral) pero solamente a aquellas intrínsecamente homogéneas. En tal sentido decisivo está lo dispuesto en el artículo 1324⁶¹, que extiende, con el criterio de la compatibilidad, la disciplina del contrato al negocio unilateral *inter vivos* con contenido patrimonial, excluyendo así, de un lado al testamento y, de otro lado, el matrimonio y, más en general, los negocios de derecho familiar. El artículo 1324 habla, en verdad, de *acto* y no de *negocio*, pero debe entenderse que el legislador había utilizado esta terminología sólo al fin de tomar posición en mérito a la posibilidad de dar vida a la categoría negocial. *Acto* es por lo tanto sinónimo de *negocio unilateral*”⁶².

Otro sector ha manifestado que el concepto de negocio jurídico, en sus aplicaciones prácticas, es utilizado como un “concepto analógico” y la verdad es que los civilistas italianos hablan actualmente del negocio jurídico, más por hábito lingüístico que por convicción conceptual⁶³.

En los ordenamientos jurídicos como el italiano la teoría del negocio jurídico ha disminuido en su importancia. Se dice por eso que en “doctrina es en efecto mucho más difundida la convicción acerca de la inutilidad de crear conceptos o categorías omnicomprensivas, cuando luego la regulación concreta de varios institutos no admite generalizaciones así extensas. Por ejemplo sería del todo inútil elaborar una teoría general de los vicios del consentimiento, comprensiva del contrato, matrimonio y testamento, dado que la disciplina concreta de los vicios del consentimiento es diferente según se trate de contrato matrimonio o testamento”⁶⁴.

El problema que tienen los italianos con la interpretación del artículo 1324 de su código civil es un problema inaplicable porque no el CC no importó tal norma. Pero, por ejemplo, copió fragmentariamente, del Título II (De los contratos en general) del Libro IV (De las obligaciones) del Código Civil italiano, las normas sobre la forma, la representación, la interpretación, las modalidades, la simulación, los vicios de la voluntad, la nulidad, la anulabilidad y la confirmación. El tema del fraude de los acreedores también es una copia de este código pero está regulado en el Título III (De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de las garantías patrimoniales), Capítulo V (De los medios de conservación de la garantía patrimonial), Sección II (De la acción revocatoria) del Libro VI (De la tutela de los derechos).

En Italia se ha expresado con justificación que el negocio jurídico “sobrevive como simple *categoría historiográfica*: es instrumento útil para reconstruir una fase de la doctrina jurídica italiana”⁶⁵ y por eso se ha concluido que “es preferible colocar el negocio en una página de la historia, y prepararse a construir instrumentos de defensa más modernos y eficaces”⁶⁶.

En Alemania se manifiesta que “los partidarios del negocio jurídico tienen que reconocer que el «contrato» es un concepto menos abstracto y menos artificial que el del «negocio jurídico», y que casi todas las reglas de la teoría del negocio jurídico fueron concebidas en primer plano para regular situaciones contractuales. Esto se puede ver también en el hecho de que, en el

61 Artículo 1324 del Código Civil italiano de 1942.- *Normas aplicables a los actos unilaterales*.- Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial. En esa misma dirección pero en un sentido más amplio: Artículo 451 del Código Civil de Bolivia de 1976.- II. Son aplicables también, en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general”.

62 GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, pág. 751.

63 GALGANO, Francesco, *Teoría general del negocio jurídico*, 4 Estudios Fundamentales, Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2001, pág. 95.

64 GALLO, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turin, 2003, pág. 364.

65 IRTI, *op. cit.*, pág. 66.

66 *Ibid.*, pág. 69.

Derecho alemán por ejemplo, en los libros sobre el derecho de familia y el derecho de sucesiones hay tantas excepciones a las reglas de la Parte general, que cabe la pregunta sobre el valor que tiene el establecimiento de reglas generales si ellas luego tienen que ser modificadas cada dos por tres⁶⁷.

Haciendo una mirada panorámica de la teoría del negocio jurídico en el CC podemos decir que en realidad ha regulado, en términos generales, la teoría del contrato desde el punto de vista del derecho civil italiano. El Libro II del CC tiene una gran influencia de la cultura jurídica italiana pero no ha regulado propiamente una Parte General como el Código Civil alemán:

“En el BGB el término *“Rechtsgeschäft”* [negocio jurídico] recibió un lugar muy preeminente. El capítulo tercero de la Parte general (*Allgemeiner Teil*) lleva el título *“Von den Rechtsgeschäften”* (de los negocios jurídicos). Este capítulo debe ser visto como el corazón de la Parte general, porque es el único capítulo dentro de ella que realmente aspira a contener reglas para todos los cuatro libros de la parte especial (obligaciones, cosas, familia, sucesiones). En consecuencia, las normas sobre el negocio jurídico se aplican no sólo a un contrato de compraventa, sino también a la transmisión de la propiedad de un inmueble, al matrimonio y al otorgamiento de un testamento, para citar algunos ejemplos⁶⁸.

De ahí que concordamos con la siguiente afirmación:

“El legislador peruano desmembró la «parte general» en sendos libros: el de personas, el del acto jurídico y el de prescripción y caducidad. Sin apreciar que el legislador alemán regula los contratos en general, como es lógico, en la «parte general» del Código Civil, se prefirió mantener el esquema del Código italiano, donde el negocio jurídico fue objeto de inapelable repudio. De resultas, tenemos una «parte general» –para quien así quiera identificarla– que no tiene ninguna relación con el esquema original alemán: un libro de personas cuyo lugar verdadero lugar es la Constitución, un libro sobre el acto jurídico, paradójicamente, de inspiración italiana (sólo que en Italia no se cree en el negocio jurídico) y un libro sobre la prescripción y caducidad incomunicado del resto de las disposiciones generales⁶⁹.

Entonces, ¿el contrato será la categoría jurídica genérica de regulación jurídica supletoria de otros actos jurídicos en general? Por ejemplo, si revisamos las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio (artículos 274 al 286) y del testamento (artículos 808

al 814) y la comparamos con las causales de nulidad y de anulabilidad del “negocio jurídico” (artículos 219 y 221) podemos concluir que la teoría del contrato no tiene aplicación en esos temas. Por eso, en los dos casos detallados no se entiende la aplicación de las normas del Libro II del CC al reconocimiento de un hijo.

Pero mis argumentos contrarios a la admisión del negocio jurídico pueden ser objetados por tres cosas objetivamente puestas en el CC. El libro II es un libro autónomo y podría ser considerado una parte general. La definición legal del artículo 140 y algunas instituciones del negocio jurídico reguladas en el CC también podrían hacer pensar que el negocio jurídico ha sido admitido como categoría legislativa. Estas objeciones son infundadas.

“(...) el concepto de negocio es útil para “individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la autonomía negocial (...)”

En efecto, no hay que confundir la categoría lógica del negocio jurídico con su categoría legislativa en un código civil.

Así, el concepto de negocio es útil para “individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la *autonomía negocial*, es decir los actos con que se ejercita aquella especial libertad de los privados de regular por sí mismos sus propios intereses” y “reconocer una *cierta homogeneidad* de problemas en el campo de los actos de autonomía, y aprovechar la *interpretación sistemática* y la *analogía* para resolverlos⁷⁰. Conforme a ello la teoría del negocio jurídico facilita el estudio y la comprensión de todos los fenómenos que integran el mundo jurídico, así como el sistema normativo e institucional que forman el Derecho privado en general.

En cambio, otra cosa es la categoría legislativa del negocio jurídico que es peligrosa “si se intercambia el concepto por un hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] único efectivamente regulado en nuestro derecho y se cree que tiene una regulación rigurosamente unitaria⁷¹.

El negocio jurídico, como categoría lógica, constituye un concepto general abstracto que abarca en su extensión todos los contratos y todos los negocios jurídicos unilaterales⁷².

67 SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 35.

68 *Ibid.*, pág. 47.

69 LEÓN, *op. cit.*, págs. 129-130.

70 ZATTI, Paolo y COLUSI, Vittorio. *Lineamenti di diritto privato*, Decima edizione, Cedam, Padua, 2005, pág. 118.

71 ZATTI y COLUSI, *op. cit.*, pág. 119.

72 PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 248.

La categoría legislativa del negocio jurídico proviene del modelo del negocio jurídico formulado por el Código Civil alemán de 1900. En este modelo, el negocio jurídico adquiere la calidad de una categoría unitaria como en los códigos civiles de Suecia (1915), Dinamarca (1917), Noruega (1918), Finlandia (1926), Islandia (1936), Grecia (1940), Portugal (1966), China (en 1987 mediante la ley sobre principios generales de derecho civil), Tailandia (1925-1935)⁷³, Holanda (1992) y Brasil (2003). En conclusión, desde nuestro punto de vista la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en el CC porque no se legisló según el modelo general del Código Civil alemán.

Existen dos códigos civiles que privilegian la aplicación de las reglas del negocio jurídico a los actos jurídicos unilaterales.

El Código Civil de Portugal de 1966 aplica la analogía:

“Artículo 295.- Disposiciones reguladoras. A los actos jurídicos que no sean negocios jurídicos son aplicables, en la medida que la analogía de las situaciones lo justifique, las disposiciones del capítulo precedente [Negocio jurídico].”

El uso de la analogía exige un juicio de semejanza y de diferencia entre el acto jurídico concreto y el negocio jurídico:

“Verificadas las semejanzas y las diferencias, entonces se deberá verificar en qué medida existe analogía, en qué medida se justifica, y con qué adaptaciones, el uso de los preceptos legales sobre los negocios jurídicos. Se trata de un proceso analógico, que presupone discernir la semejanza y la diferencia, con la base de un criterio de negociabilidad que constituirá la *premisa latente* de la analogía y la *ratio* de las adaptaciones que serán posiblemente necesarias”⁷⁴.

El Código de Brasil de 2003 sigue el modelo portugués:

“Artículo 185.- A los actos jurídicos lícitos, que no sean negocios jurídicos, se aplican, en lo que corresponda, las disposiciones del Título anterior.”

Se ha expresado que una teoría general de los contratos debe tener como complemento una teoría general de los actos jurídicos unilaterales que deberá estudiar algunos actos como la promesa pública, la representación, la ratificación, la confirmación, la autorización, la oposición, la disolución, los actos cambiarios (aceptación, endoso, aval), la renuncia, la resolución, la revocación, interpelación, notificación, entre otros. Si no se desarrolla una teoría de los actos jurídicos unilaterales, es probable que el negocio jurídico pierda su capacidad de aplicación general⁷⁵.

El CC no sigue el modelo del negocio jurídico como los códigos civiles portugués y brasileño.

Por otro lado, el CC tampoco ha importado conceptos e institutos importantes del modelo general del negocio jurídico. Un ejemplo relevante es la importación del remedio de la lesión enorme que se confunde con el de la rescisión (Artículos 1447, 1539, 1540, 1541, 1575 y 1579 del CC).

El modelo alemán establece como efecto jurídico la nulidad de un negocio jurídico con lesión enorme con características más específicas:

“Parágrafo 138 del Código Civil alemán: Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo.

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación”

En efecto, el negocio con lesión enorme es aquel negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias expresan un manifiesta desproporción con dicha prestación. Si el negocio jurídico tiene tales características, es nulo porque viola las normas de buenas costumbres. La solución propuesta da realce a la intrínseca inmoralidad del desproporcionado aprovechamiento⁷⁶.

El modelo italiano solamente protege a quien sufre un aprovechamiento de un estado de necesidad y de peligro:

“Artículo 1447. *Contrato celebrado en estado de peligro.*- El contrato con el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado.

El juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada.

Artículo 1448. *Acción general de rescisión por lesión.*- Si existe desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se

73 SACCO, Rodolfo, voz “*Negozio giuridico (circolazione del modello)*”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Utet, 1995, V. XII, páginas. 91-92.

74 PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 246.

75 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos, I, Conceito, Fontes, Formação*, 3.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 25-26.

76 FERRI, *Il negozio giuridico, op. cit.*, pág. 272.

ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato.

La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato.

La lesión debe mantenerse hasta el momento en que la demanda se interpone.

No pueden rescindirse por causa de lesión los contratos aleatorios.

Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición hereditaria”.

El modelo italiano, influenciado por la doctrina escolástica, definió al contrato rescindible según el cual una parte asume obligaciones bajo condiciones inciertas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona. La acción de rescisión no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato. Entonces, un contrato es rescindible cuando una parte lo celebra bajo condiciones desequilibradas, debido a un estado de necesidad conocido por la contraparte o a un estado de peligro inminente al cual se encuentra expuesta la propia parte o un tercero, de sufrir un daño grave. Además del estado de necesidad o del estado de peligro se requiere el aprovechamiento injustificado, es decir, la ventaja obtenida mediante el abuso o la explotación.

Por el contrario, el modelo portugués privilegia la regulación al abuso de la voluntad y por eso incluye al negocio jurídico con lesión enorme como cuarto vicio de la declaración de voluntad.

“Artículo 282 del Código Civil de Portugal de 1966.- Negocios usurarios

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados”.

El modelo portugués establece que un negocio jurídico es anulable por usura, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.

Entonces, existen tres modelos legislativos sobre el negocio jurídico o el contrato con lesión enorme. El modelo alemán regula la nulidad del negocio jurídico con lesión enorme por violar las normas de buenas costumbres. El modelo portugués establece la

anulabilidad del negocio jurídico con lesión enorme por una patología en la voluntad (vicio de la declaración de la voluntad). Y el modelo italiano indica que el contrato con lesión enorme es rescindible. La voluntad cumple diferentes roles en los tres modelos.

El CC se apartó de los modelos alemán y portugués que protegen eficazmente a la parte perjudicada de un negocio jurídico con lesión enorme. De ahí, que el CC solamente regula la lesión enorme para el caso de aprovechamiento malintencionado de un estado de necesidad y cuando cumpla con un elemento objetivo. El legislador peruano eligió el modelo italiano el cual es el más confuso y fundamentalmente el menos protector.

4. Revitalización del Negocio Jurídico.

La respuesta a la pregunta inicial es que el CC de 1984 no ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico. En realidad lo que ha hecho es importar, fundamentalmente, el texto del Código Civil italiano de 1942 en materia de Derecho de los contratos.

Se ha expresado que “para bien o para mal, contamos con mayor legitimidad que los autores italianos y españoles para estudiar el negocio jurídico”⁷⁷.

Desde nuestro punto de vista la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en el CC porque no ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico. En realidad lo que ha hecho es legislar el texto del Código Civil italiano de 1942 en materia de Derecho de los contratos.

El viernes 14 de noviembre de 2006 el CC de 1984 cumplió 22 años desde que entró en vigencia. Hay todo un camino por recorrer por parte de todos nosotros para lograr mantener la idea que el Código Civil sigue siendo la base normativa coherente de la convivencia pacífica de los privados⁷⁸ siempre y cuando usemos a la dogmática adecuadamente.

El CC debe tener una lectura dogmática o sistemática por parte de los operadores del Derecho pero la responsabilidad principal recae en la doctrina que debe cumplir una función descriptiva, analítica y hermenéutica para la verificación y estabilización de las normas jurídicas, de conceptos, reglas, institutos e instituciones.

El CC ha dejado de existir para el legislador y desde el 14 de noviembre de 1984 empezó a existir para los demás. Ya dejó de vivir en el pensamiento del legislador y es tarea de todos releer creativamente el texto del código para otorgar una respuesta adecuada y clara a los problemas de los particulares otorgando sentido coherente a las normas según su contenido.

⁷⁷ LEÓN, *op. cit.*, pág. 131.

⁷⁸ FALZEA, Angelo, *Dogmatica giuridica e Diritto civile*, en *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padua, Anno XXXVI, Parte Prima, 1990, pág. 775: “Ninguna otra tutela jurídica de la persona es así penetrante y articulada como aquella ofrecida por la normativa civilística”.

5. Conclusiones

5.1. El negocio jurídico como categoría lógica es un conjunto de conceptos de aplicación general. Para nosotros el negocio jurídico es un acto que produce, modifica o extingue normas jurídicas (concepción normativa) que constituye un ordenamiento jurídico (concepción institucional), y, asimismo es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica). Pero también es un acto programático (concepción programática) y un acto de comunicación social (concepción performativa).

5.2. El negocio jurídico como categoría legislativa es un conjunto de reglas regulado en una Parte General de un Código Civil.

5.3. El negocio jurídico como categoría legislativa se aplica a las Partes Especiales de un Código Civil en cuanto sea compatible con su naturaleza jurídica. Quizá el negocio jurídico como categoría legislativa se ha convertido en categoría historiográfica porque en la praxis sus normas solamente se aplican al contrato. La historia jurídica dirá la última palabra.

5.4. El CC no ha regulado el negocio jurídico como categoría legislativa aunque contenga un libro autónomo. No basta regular un libro particular porque sus reglas deben tener la fuerza de aplicación general a todos los actos jurídicos. En sentido diverso, el CC ha regulado el contrato como categoría legislativa.


5.5. El Libro II del CC es una Parte General para el Derecho de los contratos aplicable a las Partes Especiales de otros

contratos y a las legislaciones especiales que regulan otro tipo de contratos.

5.6. El concepto de negocio jurídico en el CC no comporta la prohibición de usar otros conceptos. Ello también se aplica a los confusos conceptos mixtos desarrollados por un sector de la doctrina nacional y por el propio Tribunal Constitucional. Es necesario conocer cada uno de los conceptos a fin de utilizarlos coherentemente.

5.7. El negocio jurídico como categoría lógica es útil para los operadores jurídicos aunque no exista una Parte General de negocio jurídico en el CC.

5.8. Un ejemplo de la utilidad del negocio jurídico como categoría lógica es la regulación de la lesión enorme. La importación del remedio de la rescisión al CC es una prueba del desconocimiento por parte del legislador peruano de la categoría lógica del negocio jurídico. El CC eligió el modelo más confuso y menos protector sobre la lesión enorme.

¿Cómo puede ser útil en estos tiempos la teoría del negocio jurídico? El negocio jurídico puede recuperar su especificidad y autonomía respecto al contrato "si se considera las formas de tutela de los valores e intereses *constitucionalmente* relevantes" y las "formas de tutela *preventiva* postulando la necesaria *participación* del sujeto, en la forma mínima de una prestación de asentimiento y/o consentimiento (salvo naturalmente los conocidos límites del orden público y de la buena costumbre)"⁷⁹ 

79. DI MAJO, Adolfo, *Contratto e negozio, Linee di una vicenda, en Categorie giuridiche e rapporti sociali, il problema del negozio giuridico, A cura di Cesare Salvi, Feltrinelli, Milán, 1978, páginas. 118-119.*