

Entrevista al Doctor Fernando de Trazegnies Granda*

El Código Civil, su Reforma y Nuevas Tendencias: Entre la Prudencia y la Razón No hay Nada en el Mundo que Pueda ser Perfecto

Por: Héctor Augusto Campos García**
Ulises Medrano Recuay

1. **Este año se cumplen 25 años de vigencia del Código Civil de 1984 en cuya elaboración Ud. participó junto a otros notables profesionales del Derecho. Con respecto a esta versión inicial a lo largo de este cuarto de siglo se han suscitado múltiples intentos de reforma, así como enmiendas del texto original.**

Teniendo en cuenta esto ¿Cuál cree Ud. que son las razones, de fondo y de forma, por las que no ha prosperado su reforma total? ¿Ha sido determinante el factor político en la toma de decisiones o ha sido la falta de acuerdo entre los académicos a quienes se les encargo esta misión?

Yo quisiera pensar que no ha prosperado porque ha predominado la prudencia y la razón. Hay una cierta afición moderna a cambiar de leyes, códigos a cada momento, afición que no está al margen de ciertas aficiones personales, cada uno quiere hacer su Código, entonces eso promueve el que se comience a pensar en cambiar el Código.

El Código Civil del año de 1852 que en teoría fue el primer código, pero que en realidad fue el de Santa Cruz el código de la Confederación Perú-Boliviana uno bastante bueno. Usualmente los historiadores no quieren reconocerlo porque dicen que fue un código boliviano, que fue impuesto, sin embargo en ese momento éramos un solo país Perú y Bolivia. Entonces hubo el primer código que fue el de Santa Cruz que fue un gran código pero que fue eliminado por razones políticas.

En 1852 tenemos lo que se llama el «primer código» que duró 84 años hasta 1936. El código de 1936 duró cuarenta y ocho años hasta 1984. Sin embargo ya en el año 1990, seis años después de haber entrado en vigor, había gente que planeaba cambiarlo, lo que me parece una cosa absurda.

Los códigos civiles no tienen elementos de detalle, sino contienen los grandes principios por los que se regulan las relaciones privadas entre las personas, entonces, no se ven tan afectados por asuntos tan particulares. Fíjense cómo en Francia que es un caso especial, el Código de Napoleón de 1804 sigue en vigencia, fíjense que Francia ha evolucionado enormemente, ha pasado de Monarquía a República y luego volvió a pasar a Monarquía. Francia se desarrolló científicamente y económicamente, sin embargo sigue con el mismo código, si bien se han cambiado partes como Derecho de las Personas, la estructura sigue siendo la misma.

Eso es un mal indicio para la gente que quiere operar dentro de un país que cambia códigos a cada momento, por ejemplo un inversionista extranjero ve el Código Civil, deja que sus abogados lo estudien y celebra un contrato con una empresa peruana, pero resulta que dos años después le cambian el código y el inversionista se va a sentir desorientado, eso no le gusta a nadie.

No tiene mucho sentido estar cambiando continuamente y la razón por la cual esto no ha funcionado creo que en parte debe haber sido porque ha habido un llamado a la prudencia, «para que nos

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua y de la Academia Nacional de Historia.

** Quisiéramos expresar nuestro sincero agradecimiento a Gabriela Cusimayta Lobo, asociada de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho y Sociedad por su valiosa colaboración en la realización de la presente entrevista.

vamos a dar ese trabajo si todavía estamos muy próximos de su dación, han pasado 25 años a penas», entonces para que vamos a hacer eso y también en parte porque la atención se desvió a otras cosas y ya no se le dio importancia al código, que no era necesario.

2. Doctor Ud. en una oportunidad anterior señaló que los Códigos no deberían cambiarse constantemente, porque ello no era imaginación creadora sino pereza interpretativa,

¿Mantiene esa opinión con respecto a la posibilidad de reformar el Código Civil o a la posibilidad de enmendarlo en algunos aspectos? Considerando la particularidad de que este cuerpo normativo nació previo a cambios importantes que acontecieron en nuestra sociedad como son las nuevas tecnologías informáticas y genéticas, o la firma de tratados de libre comercio

Mantengo mi posición: creo que en realidad es pereza interpretativa. La interpretación puede hacer mucho para actualizar un Código, como pasa en Francia por ejemplo, sin embargo si hay ciertos temas específicos que van a tener que cambiar en el Código.

En el caso de las tecnologías informáticas sí y no, los grandes principios de la contratación se aplican también en las tecnologías informáticas, estas quizás no requieren un artículo especial para la informática.

En cambio el tema de las nuevas tecnologías genéticas si son un problema muy serio como el hecho de poder obtener embriones de células que pueden servir para salvar a las personas, como industrias de poder de reparación; así como el hecho de alquilar vientres y colocar un óvulo fecundado de una madre que no puede tener hijos, fecundado por su esposo colocado en una tercera persona para que esta haga de vientre y que pueda tener el hijo.

Esos son cambios muy radicales, hay diversas opiniones al respecto, así desde un punto de vista moral ello puede aceptarse como no; por ejemplo, cabe señalarse que en la problemática que el alquiler de vientres encierra esto es inmoral; o quizás, en el caso de las células madre podría decirse que los embriones son niños en potencia y por eso es inmoral, puede ser, aún no tengo una idea clara al respecto.

No obstante, lo que nadie puede dejar de ver es que esto, en un futuro, se va a acentuar y que, hoy por hoy, ya es una realidad; en consecuencia debe que regularse de alguna manera. Yo puedo decir que un niño nacido del alquiler de vientre es inmoral, pero no puedo decir que el niño es nulo, ya que físicamente está ahí, el Código debe establecer quiénes son sus padres, cuál es su nacionalidad, por ejemplo.

Imagínese que el vientre que se alquila pertenece a una persona de nacionalidad estadounidense, pero el niño nace en Bolivia y el óvulo fecundado era de padres peruanos, ante ello cabe preguntarnos ¿que nacionalidad tiene el niño?, ¿la nacionalidad de sus padres por el óvulo y espermatozoide, la nacionalidad de la madre que lo llevó en el vientre o la nacionalidad donde nació?, los problemas están presentes y por ello no nos podemos quedar callados.

Lo anterior es muy importante, por ello considero que en esos puntos debe haber reformas, lo cual no es un obstáculo para tener una opinión moral al respecto que puede ser condenatoria.

Personalmente, como lo señalé, aún no tengo una opinión formada; por ejemplo, creo que la posibilidad de obtener células para salvar personas es un aporte muy valioso, hay personas cercanas a mí que han muerto de leucemia y si existe la posibilidad de que las personas se puedan salvar por células así hay que permitirles vivir; pero, aquí entra la problemática, el embrión es teóricamente un bebé, sin embargo es una célula. Repito, no tengo aún una opinión formada, pero de lo que no tengo duda es que debe de regularse este tipo de situaciones.

Entonces para temas tan controversiales como estos ¿usted cree que la doctrina y los operadores jurídicos han llegado a un nivel tal de capacitación o de diálogo que crean que es preferible legislar antes que el silencio legislativo?

Considero que las primeras legislaciones respecto de dichos temas no deben ser en el Código, sino en legislaciones específicas, materializadas en leyes especiales, después se insertará esto en el Código, debemos ir con prudencia.

Si yo no tengo una idea clara sobre el aspecto inmoral o no, creo que la mayoría de personas no la tengan, en mi opinión creo que todavía no estamos muy maduros.

Sin embargo, hay doctrina muy interesante, la Pontificia Universidad Católica del Perú está por publicar un libro en homenaje mío, en el cual se puede encontrar un artículo del profesor italiano Stefano Rodotà titulado «Lo humano y lo posthumano» en el cual desarrolla los temas que estamos conversando.

3. Un cuerpo normativo como el Código Civil, como obra humana colectiva que es, necesariamente tiene errores, pero los mismos son susceptibles de subsanación en pos de su perfeccionamiento. Si apuntamos entonces a la permanencia del Código,

¿Cuál sería, según su criterio, la mejor alternativa, una reforma parcial que abarque un determinado número de libros del Código o la introducción de reformas específicas? ¿Cuáles serían los tópicos que de ninguna manera deberían dejar de abordarse, en razón de su urgencia y necesidad?

Yo le diría que en este momento no hay ninguna urgencia ni necesidad de nada, no es vital la necesidad de cambiar. El Código tiene cosas que son perfeccionables, no hay nada en el mundo que pueda ser perfecto.

El daño en «cambiar y cambiar» aunque sea por partes es grande, con ello no niego de que va a llegar un momento en el que se va a tener que cambiar el Código por las razones que antes indicaba como la genética que está trayendo problemas en los ámbitos del Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones o Derecho de las Personas, ahí se presentan problemas complicados, si se va a tener que pensar en soluciones, pero, aún así, soy de la opinión que en el problema no es una tema urgente.

Siguiendo la misma línea, cierto sector de la doctrina considera que hay un riesgo, como usted lo acaba de señalar, en estar modificando ya que se desfiguraría su estructura

¿Cuál cree usted que serían estos tipos de riesgos que correríamos al optar por esta alternativa?

El riesgo más grande es la inseguridad, toda persona calcula, todos lo hacemos, todos planeamos, pero no podemos hacerlo si las bases sobre las que nos sostenemos se están cambiando a todo momento, entonces no se podrá vivir o, lo más probable, lo haremos en otro lugar.

En mi opinión, temo que lo anterior pueda pasar. En los países que han tenido agitación política y jurídica muy fuerte, se ha generado como consecuencia la pérdida de sus mejores personas porque, simplemente, se han ido a otros países.

A ello debe aunarse que se produciría una deficiencia de inversiones extranjeras, lo cual nos afectaría, ya que necesitamos de ellas para poder explotar todas nuestras riquezas, como dijo Raimondi: «somos un mendigo sentado en un banco de oro», y ciertamente, no podemos trabajar ese «banco de oro» porque no tenemos el dinero suficiente; entonces, la lógica nos indica que necesitamos de socios, pero si estos se niegan debido a que encuentran una serie de «juristas» que lo único que quieren es vender su imagen y por ello buscan cambiar a cada momento el Código, los inversionistas no vendrán o, seguramente, se irán a otros países.

Desde una lógica económica, si bien es cierto que hay normas insuficientes pero que estas pueden ser salvadas por pactos de las partes o la interpretación, el hecho de elaborar pactos o interpretar ya genera un costo y muchas veces los inversionistas extranjeros se complican demasiado en pensar que podrían regular su actuación conforme a las normas civiles, lo cual desde una lógica económica se entiende que son ineficientes.

A pesar de esto ¿cómo salvar este tema? ¿Debe primar los pactos en contrario? toda esta mecánica tiene un costo y muchas veces el inversionista no lo quiere aceptar

Personalmente no tengo duda que ello genere un costo, sin embargo, lo que tenemos que hacer es comparar costos; es decir, al inversionista le fastidia mucho las leyes que son complicadas, ambiguas, etc. En consecuencia, si la ley es demasiado ambigua, los inversionistas decidirán no venir a Perú y sí, esto es unánime, por ello no cabe duda que deba modificarse esto, pero si se analiza detenidamente las cosas, ello eso no ha sucedido.

Lo que sucede es un incremento en el costo de abogados, de preparar mejor el tema, pero más costos sería que estemos cambiando a cada momento el Código.

Considero que el Perú ha dado un gran paso para la inversión extranjera en los años noventa cuando se dieron las leyes, precisamente, de inversión extranjera; estas leyes facilitaban los convenios de estabilidad jurídica, ello es parte de la explicación de porqué luego de esto aumentó el número de las inversiones, si esto; por ejemplo, ahora se cambia, las personas dirán que esta bien que se le den las facilidades y de aquí a diez años que se cambien, pero los inversionistas no piensan en diez años, sino a corto plazo.

4. Cambiando de tema, los denominados derechos de la personalidad (derechos fundamentales), han merecido una regulación de la más diversa índole, tanto a nivel constitucional, civil, penal e incluso administrativa. Esto, si bien demuestra la preocupación del legislador por reconocer expresamente la titularidad sobre estos derechos, resulta insuficiente sin los adecuados remedios o mecanismos de tutela concretos.

En su opinión, ¿cuál es el rol que debe cumplir el derecho civil ante la eventual lesión de un derecho fundamental? ¿Están aún vigentes (léase: son eficientes) los mecanismos de tutela civiles, o el trabajo debe dejárselo a los constitucionalistas?

Creo que el tema de los derechos fundamentales es un tema de la sociedad entera, y en ese sentido le corresponde más al Derecho Público y entre ellos a los constitucionalistas, pero hay temas que van a repercutir, necesariamente, en el Derecho Privado.

Sin embargo, los temas más importantes ya están presentes en el Derecho Civil, por ejemplo, la igualdad en las personas; en el Derecho Civil no existe la diferenciación entre los esclavos y las personas libres, eso ya está ampliamente superado; sin embargo, los conceptos que hay en el Código Civil son los básicos para que interactúe una persona con otra. De este modo, no veo mayor preocupación en el punto de vista contractual, civil, familiar.

El único problema que sí puede presentarse en el futuro, pero creo que todavía debe ser tomado con mucha precaución, es el problema de los cambios que están dándose en la discriminación por opción sexual, en este tema sí puede haber un problema: si un día se quiere establecer matrimonios homosexuales, eso, definitivamente, no es compatible con el Código Civil actual.

En el Perú, en mi opinión, no hay ese problema de manera marcada, hay otras maneras de solucionar la dificultad cuando dos personas homosexuales quieren vivir juntos y tener un patrimonio en común, puede haber una sociedad y se arregla el problema fácilmente, no veo emergencia en ese tema, salvo, claro está, que se convierta en un clamor.

Sin embargo, no hay que negar que la regulación del Libro de Personas es netamente civil y quizás la contribución más grande al derecho al honor y a la buena reputación, por ejemplo, ha sido realizada por civilistas, Espinoza Espinoza, Vega Mere, Morales Godo.

¿No es verdad que existe una cierta vinculación entre el derecho público y privado? ¿Cabe recoger todos estos temas del derecho privado y pasar al ámbito constitucional?

El Derecho no está compuesto por compartimientos estancos, sino que el Derecho es la vida misma.

El Derecho Constitucional ha recibido los derechos fundamentales de una serie de derechos, lo ha recibido del Derecho Civil, del Derecho Comercial, etc.; ello me parece bien, no veo, aún, un problema, los civilistas, penalistas también tienen mucho que aportar al Derecho Constitucional.

5. El desarrollo, que en los últimos años, ha tenido el denominado «Derecho de Protección al Consumidor», ha conllevado a una reformulación y hasta cuestionamiento de algunas instituciones del Derecho Civil, así por ejemplo, materias

referidas a la formación del contrato, vicios en la manifestación de voluntad, deberes de diligencia y protección o responsabilidad civil. Ante ello, se ha propuesto dos formas de abordar el tema: por un lado, el reconocimiento de la autonomía de una nueva rama del Derecho con sus categorías y principios propios o, por otro lado, un «volver a casa»; es decir, revitalizar el Derecho Civil y actualizarlo, pero siempre reconociendo que son manifestaciones (la protección al consumidor) de un mismo fenómeno.

En su opinión y en atención al estado de las cosas actuales, ¿cuál debería ser el camino a seguir por los operadores del Derecho en los próximos años? ¿Cuál es el verdadero rol que debería asumir el Indecopi a través de su Comisión de Protección al Consumidor?

Indecopi ha insistido mucho en su autonomía conceptual y en la idea de que ellos están dando una perspectiva distinta y diferente de las cosas, me parece que con alguna razón porque efectivamente esto no había sido considerado por el Derecho Civil y; entonces, Indecopi que es un organismo de tipo público, ve las cosas no solo en términos de «A contrata con B», sino además analiza diversos temas: ¿cómo debe ser la contratación para que sea adecuada?, ¿qué cosa se deben decir o no decir los contratantes?, es decir, ¿cómo debe ser la publicidad, la competencia desleal, etc.? En consecuencia, no se puede negar que existe un interés público en Indecopi que en mi opinión le da un carácter innovador a los estos temas.

Ahora yo considero que en un inicio debe de tratarse las cosas, en lo posible, separadamente, para poder definir bien los campos de actuación de cada uno.

Indecopi a logrado eso, definir muy bien su campo y sus principios de trabajo porque se ha aislado; sin embargo, considero que si hacemos eso con todas las ramas conexas al Derecho Civil, el Código va a terminar siendo solo un papel inútil, debido a que todo estaría en las leyes particulares.

Entonces, ante ello, creo que debería procederse de la siguiente manera: aquello que, poco a poco, ya se desarrollo en las legislaciones especiales autónomamente, debe irse incorporando al Código Civil, ello es lo que a pasado en Italia, por ejemplo, con una tema que para nosotros nos resulta curiosa, pero en Italia es muy importante, el Código de Comercio desapareció, y se integró con el Código Civil, el Derecho Comercial surgió como una disciplina independiente de la *lex mercatoria* de la Edad Media porque tenían una manera distinta de pensar y ver las cosas, entonces eso se ha ido

desarrollando hasta tener una consistencia propia y llego a un momento en que se planteó la siguiente idea: «tampoco somos tan distintos, mezclamos una cosa con otra», ello explica entonces cómo en Italia da un paso adelante en un sentido interesante.

Nosotros en el Perú, no hemos hecho eso y me parece, eso si, una falla, yo si pensaría en un próximo Código Civil, no se cuando se va a dar, pero cuando se diera debería tratar de incluir el Derecho Comercial, porque el Código de Comercio, en estos momentos, no sirve para nada o casi no sirve para nada, ya la Ley General de Sociedades la ha sustituido totalmente en las partes más importantes al Código de Comercio.

Entonces creo que a largo plazo hay que ir incorporando todo dentro del Código Civil, todo lo que es privado hasta donde es posible y sin entrar a un abuso de detalle, porque los detalles cambian a cada momento, entonces considero que aquellos detalles particulares deberían estar en leyes reglamentarias referidos al Código Civil.

6. Finalmente, y a modo de conclusión, siempre se nos ha enseñado que el Derecho Civil (Privado en general) no es un polo antitético, sino complementario al Derecho Público, sin embargo hay posturas que sostienen que un Derecho Privado Social es una contradicción en términos, toda vez que se orientaría a poner límites a la autonomía privada, en lugar de potenciarla, bajo los justificativos de interés social, por ejemplo.

En este escenario ¿es posible hablar de una «publicación del derecho privado» o «privatización del derecho público»? ¿Cuál debería ser el rumbo que seguiría el derecho civil en los próximos años, teniendo en consideración lo expuesto?

Personalmente creo que este es un falso problema y que no hay ninguna contraposición ni complementarización entre el Derecho Público y el Derecho Privado, todos son parte del Derecho y este es una forma de regular la sociedad para que funcione adecuadamente.

En ese sentido hay dentro de una sociedad relaciones que son de orden general que llamamos Derecho Público que permiten que esa sociedad pueda funcionar como un todo, pero también hay relaciones entre las personas, una con otra, que no se relacionan con un orden general y eso es lo que llamamos Derecho Privado que puede ser Civil, Comercial, o muchas cosas más.

Sin embargo, hay áreas en las cuales si se presentan puntos de contacto, por ejemplo, la minería hay un Derecho Público que regula las concesiones mineras, pero también hay un Derecho Privado por el cual los mineros pueden venderse unos a otros las concesiones o pueden venderse las acciones de las compañías mineras, entonces, hay puntos en las que pueden estar en contacto y no hay problemas con eso, yo no creo que tengamos que hablar de una publicación del derecho privado ni de una privatización del derecho público cada uno juega su papel donde corresponde 