
LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CIVIL PERUANO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Ronald Cárdenas Krenz

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima

Es fundamental para todo sistema jurídico el tener un conocimiento claro de cuáles son las fuentes que lo rigen y cuál es su jerarquía. Dado que el Código Civil de 1984 no las enuncia expresamente, hay que apelar a la doctrina y a otras normas legales para poder determinarlas. Los escasos estudios publicados sobre el tema, han sido escritos con anterioridad a la Constitución de 1993, no existiendo –hasta donde conocemos– trabajos que se ocupen sobre la materia, la que contiene importantes consideraciones.

Las siguientes líneas pretenden revisar el sistema de fuentes formales del derecho en nuestro Código Civil¹, evaluando en qué medida se ha visto modificado por la promulgación de la Carta Magna vigente y sin perjuicio de reconocer que, para un análisis más completo de nuestro sistema jurídico, deben estudiarse tanto sus fuentes formales como las no formales.

1 El presente trabajo contiene parte de la tesis del autor sustentada para optar el título de abogado en la Universidad de Lima, titulada "Las fuentes del derecho civil peruano" y que fuera aprobada con la máxima calificación.

1. FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

— Si bien el Código Civil de 1984 no contiene una norma que enuncie expresamente cuáles son las fuentes de nuestro derecho civil, el artículo I del Título Preliminar pone en evidencia, desde su inicio, la primacía de la ley:

Artículo I.- La ley se deroga sólo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

Resulta particularmente sintomático el hecho de que el Código inicie su articulado hablando del fin de la ley y no de su nacimiento o vigencia, en un tono defensivo y de alguna manera pesimista. Distinta forma de pensar tuvieron los legisladores del Código de 1852, que se iniciaba declarando que "Las leyes obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación".

Como señala con toda lógica el brasileño Silvio Meira², la ley impera primero, luego se revoca; el imperare está siempre en primer lugar.

La Constitución de 1993, en su artículo 103, recoge también el principio de que "La ley se deroga sólo por otra ley", con lo que resulta clara e incuestionable la primacía de la ley como fuente del derecho nor-

mativamente hablando³, en buena cuenta —dice León Barandiarán⁴— fuera de ella no hay otra fuente formal, salvo que se consideren los principios generales del derecho, aunque agrega que cabe la aplicabilidad de la costumbre, pero siempre en forma supletoria.

No obstante, debe advertirse que si bien el artículo I del Título Preliminar del Código Civil parece concluyente, la realidad real y formal es distinta. Como señala Cárdenas Quirós⁵, en un prolijo estudio, la ley puede perder su vigencia, además, por otras razones:

- Derogación por una norma de mayor rango (la Constitución).
- Derogación por sentencia del Tribunal Constitucional (artículo 103 de la nueva Constitución).
- Derogación por una norma de igual rango pero de distinta denominación y procedimiento de formulación (caso del decreto legislativo, decreto-ley).
- Causas intrínsecas en forma expresa (p.e. vencimiento del término de vigencia que ella misma se fijó).
- Causas intrínsecas en forma tácita (p.e. desaparición de la circunstancia pasajera en función de la cual se dictó).

Como puede verse del estudio hecho por Cárdenas Quirós⁶, el Código Civil de

2 MEIRA, Silvio: "El Código Civil peruano de 1984", En: Varios autores. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 91.

3 "La ley se deroga sólo por otra ley y punto, no cabe otra posibilidad". RODRÍGUEZ ESQUECHE, Luis. *Notas sobre el Título Preliminar del Código Civil*. Lambayeque, 1988, p. 34.

4 LEÓN BARANDIARÁN, José. "Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar". *Código Civil, exposición de motivos y comentarios*. Tomo IV. Compiladora: Delia Revoredo de Deakey. Lima: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1985, p. 23.

5 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: "Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia". *Tratado de derecho civil*. Tomo I. Título preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 63.

6 *Ibidem*, pp. 15-16.

1984, asimismo, ha omitido regular expresamente lo referente a la modificación, modalidades de la derogación, conflictos entre normas generales y especiales, etc.

El principio de que la ley no puede derogarse por otra norma que no sea ella tiene por antecedente el artículo I del Código Civil de 1936 que decía que "Ninguna ley se deroga sino por otra ley". Por otro lado, es de hacer notar que el Código de 1852 hacía una referencia explícita a la costumbre en su artículo VI al prescribir que: "Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso", idea que el legislador de 1936 consideró innecesario repetir.

Según observa Stewart⁷, nuestro primer Código Civil desechó a la costumbre como fuente del derecho por considerar que estaba imbuida de hábitos españoles; pero entonces, al tomar como referencia al Código de Napoleón, se recogió la costumbre francesa implícita en el mismo, con lo que nuestro primer Código terminó siendo conformado sobre la base de las costumbres locales y regionales francesas; mientras que el Código de 1936 recogió normativamente más bien la costumbre alemana o suiza.

En cuanto a las fuentes supletorias de la ley, el artículo IX del Código Civil de 1852 establecía que, como los jueces no pueden dejar de administrar justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes, en tales casos deberían resolver apelando al espíritu de la ley, a otras disposiciones sobre casos análogos, y a los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las respectivas consultas con el fin

de obtener una regla cierta para los nuevos casos que pudieran ocurrir. Al respecto, el artículo XXIII del Código de 1936 disponía que en los casos de deficiencia de la ley el juez debía aplicar los principios generales del derecho.

El Código Civil de 1984, por su parte, señala en su norma VIII del Título Preliminar —que hay que concordar con la VII y X—, que en los casos de defecto o deficiencia de la ley son aplicables los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran al derecho peruano. En cuanto a la primera parte, se trata de un principio reiterado tanto en la legislación como en la doctrina, y que es propio de la misma actividad jurisdiccional; de ahí que el profesor italiano Sandro Schipani⁸ haya dicho que resulta tener una modesta relevancia.

En cambio, la segunda parte del artículo sí es particularmente interesante: la mención preferencial a los "principios que inspiran el derecho peruano" (proveniente del inciso 6 del artículo 223 de la Constitución de 1979 y desaparecida en la de 1993) fue motivo de especial debate, por cuanto, aparte de la novedad en sí de la norma, se argumentó que los principios generales del derecho tienen carácter universal (como su nombre lo dice) y, por tanto, no pueden limitarse a un país específicamente.

Por otro lado, en todo caso, existía incertidumbre sobre cuáles eran esos principios. Para unos, se trataba de los que regían el derecho andino, mientras que para otros autores como Fernando Vidal⁹ ellos

7 STEWART BALBUENA, Alberto. "Influencia de la costumbre europea en el derecho civil peruano", en: Universidad de Lima. *Derecho civil*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en noviembre de 1989. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1992, p. 176.

8 SCHIPANI, Sandro. "El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano", en: Universidad de Lima (varios autores). *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 46.

9 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al derecho civil*. Lima: WG Editor, 1992, p. 218.

se encontraban en nuestras bases hispánicas y romanistas vinculadas con algunos elementos autóctonos, los aportes de la Ilustración, la Revolución Francesa y el Código de Napoleón; similarmente, para Sandro Schipani¹⁰, ellos son –acogiendo la expresión acuñada por Pierangelo Catalano– los que salen del “bloque romano-ibérico-precolombino”.

Para Dante Cracogna¹¹, en cambio, la referencia a los principios del derecho peruano sólo podría tener sentido en tanto entendamos que se refiere precisa y específicamente a la costumbre¹². En opinión de Meira¹³, la norma incurrió en una lamentable omisión, pues antes de recurrir a aquellos principios, el juez debe invocar las costumbres nacionales y, en materia civil, los casos análogos:

- 10 SCHIPANI, Sandro. “El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano”. Op. cit., p. 53.
- SCHIPANI, Sandro. “Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano”, en: Universidad de Lima (varios autores). *Código Civil: Diez años, balance y perspectivas*. Lima: Universidad de Lima-WG Editor, 1995, p. 218.
- 11 CRACOGNA, Dante. “La costumbre como fuente del derecho en el nuevo Código Civil peruano”, en: Varios autores. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 87.
- 12 Schipani también se refiere expresamente a la costumbre, aunque desde otra perspectiva, cuando luego de señalar el valor de la norma bajo comentario en la lectura de los principios del “derecho romano actual”, resalta su valor “no a favor del desarrollo de ‘estados territoriales nacionales’ de molde europeo, que rompan la unidad de su derecho común (...), más bien a favor de los pueblos, y entre éstos, de los indígenas, las comunidades campesinas, etc. Agrega luego que ‘Se trata tal vez de introducir un nuevo y diverso ‘particularismo jurídico’ (...), y para lo cual no parece adecuada la elaboración europea de los ‘derechos de las minorías’ ligada a un tipo de realidad diversa’ (SCHIPANI, Sandro. “Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano”. Op. cit., p. 23).
- 13 MEIRA, Silvio. “El Código Civil peruano de 1984”, Op. cit., p. 92.

Tratándose de un código nacionalista, que manda aplicar los principios que inspiran el derecho peruano, no podría olvidar las costumbres, materia vital, nuclear, fuente eterna de derecho en todos los pueblos y en todos los tiempos.

Empero, la norma VII del Título Preliminar del Código Civil vigente abre la puerta a la consideración de la costumbre u otras fuentes al establecer que el juez tiene la obligación de aplicar la “norma jurídica pertinente”, pues, como bien se sabe, la ley no es el único tipo de norma jurídica.

Este lúcido alcance fue hecho notar primigeniamente por Alejandro Guzmán Brito¹⁴, quien estima que se trata de una norma de capital importancia. La posibilidad de aplicar la costumbre por esta vía ha sido resaltada con acierto también por Dante Cracogna (1986), Alberto Stewart (así lo expuso en una ponencia que presentara en 1989, publicada en 1992), el suscrito (1990), Vidal Ramírez (1992) y Morales Godo (1993)¹⁵.

Al hablarse de “norma jurídica” se alude entonces no sólo a la ley, sino también a otras fuentes, que, sin ser ley, son también normas jurídicas. Abierta la posibilidad, procede luego definir el orden jerárquico según el cual deben aplicarse.

Por otro lado, la norma IV del Título Preliminar dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica analógicamente; *contrariu sensu*, la analogía –que algunos llegan a conceptualizarla como una fuente del derecho– pue-

- 14 GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano”, en: Varios autores. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1986, p. 74.
- 15 MORALES GODO, Juan. *Jurisprudencia civil*. Trujillo: Normas Legales, 1993.

de aplicarse de modo general en los otros casos. Como señala Guzmán Brito¹⁶:

En una prelación lógica de fuentes, la analogía ocupa un lugar superior al ocupado por los principios, pues bien mirada aquella no es sino la aplicación del principio contenido en una ley a cierto caso no previsto por su letra ni por su sentido o mente, de modo que los principios del derecho, sean generales, sean del derecho peruano, constituyen una manifestación analógica más amplia que la practicada a partir del principio especialísimo contenido en una ley particular.

Con respecto a la analogía, consideramos que ella, en sí, no es una fuente del derecho; es más bien un medio de integración jurídica, útil frente a los casos de vacíos o lagunas como un mecanismo para encontrar soluciones intra o interfuentes, con un mero carácter instrumental.

Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, según Guzmán Brito, las fuentes de nuestro derecho civil serían: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y, acaso, la doctrina, orden que sería el correcto, de acuerdo con el mencionado autor, por ser el más comúnmente aceptado. No obstante, parece que la corriente apuntara más bien en un sentido muy distinto a nivel judicial, postergando la costumbre, por lo menos entre nosotros, y empezando a valorar, últimamente, la jurisprudencia.

Buscando hacer una enumeración global de nuestras fuentes, Vidal Ramírez¹⁷ expresa que éstas son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina (con la atinencia de que más es un medio de conocimiento) y el acto jurídico.

Por su parte, Torres Vásquez¹⁸ deduce del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que las fuentes de nuestro derecho civil son la ley (fuente principal) y los principios generales del derecho (supletoria); la costumbre —agrega— sólo es fuente en los casos específicos en que la ley se remite a ella.

En lo que no cabe duda, en nuestra opinión, es que como observa con acierto Guzmán Brito¹⁹, el Código Civil de 1984 acepta un conjunto plural de fuentes y que

la ley ha dejado de poseer una casi total exclusividad para convertirse nada más que en la primera del conjunto (...) Si tal fue en realidad la intención del legislador peruano, difícil es saberlo y lo más probable es que no lo haya sido. Pero es cierto que la tarea del legislador se agota cuando emana su ley, a partir de la cual los juristas son soberanos para interpretarla de acuerdo con cánones no ciertamente recientes.

Por otro lado, vale observar que, pese a que no se le menciona expresamente como fuente del derecho en el Título Preliminar, el Código Civil de 1984 se refiere a los usos y costumbres en varios artículos de diversos modos: 13 se refieren a la invalidez de las consecuencias jurídicas de los actos y situaciones contrarias a las buenas costumbres, 15 se refieren a los usos y 11 a la costumbre, tal como ha resaltado Marcial Rubio²⁰. Para el mismo Rubio, el hecho que de estos últimos 26 artículos pertenezcan uno a familia, uno a sucesiones y

16 *Ibidem*, p. 75.

17 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al derecho civil*. Op. cit., p. 134.

18 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Código Civil*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1993, p. 7.

19 GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano". Op. cit., p. 76.

20 RUBIO CORREA, Marcial. "Costumbres y usos en el Código Civil", en: Colegio de Abogados de Lima, *Revista del Foro*. Año LXXV, N° 1. Lima, 1988, pp. 302-303.

el resto a contratos, haría ver que el reconocimiento de la costumbre como fuente es un fenómeno propio de esta área del derecho civil peruano.

En términos generales, el Código Civil de 1984 se refiere a los "usos" y/o "costumbres" en los siguientes artículos: 337, 837, 1380, 1381, 1486, 1521, 1558, 1565, 1571, 1580, 1581, 1610, 1659, 1660, 1678, 1713, 1738 (inciso 2), 1759, 1761, 1766, 1767, 1773, 1774 (inciso 1), 1791, 1796 (inciso 2) y 1818. Todo esto contradice la errada idea de que la costumbre no es fuente de derecho y no aporta normas jurídicas obligatorias²¹.

Adicionalmente, debe agregarse que la consideración de la jurisprudencia se ve reforzada por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (promulgada el 04.12.91 mediante decreto legislativo 767), por el que se establece que los principios jurisdiccionales emanados de las ejecutorias son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocados en todas las instancias judiciales, salvo que adoptándose criterios distintos se motive debidamente la resolución jurisdiccional. Vidal resalta esta norma, haciendo notar que, hasta ahora, el ámbito jurídico en que menos aplicación ha tenido la jurisprudencia en nuestro país es en el derecho civil²². A ello se agrega el artículo 400 del Código Procesal Civil (promulgado el 29.02.92 mediante decreto legislativo 768), que se inscribe dentro de un marco ideológico que reconoce al juez un rol más protagónico en el proceso.

Pero, aparte de lo expuesto, es de indicar que la Constitución de 1993 ha traído también importantes innovaciones en materia de fuentes del derecho —específicamente en cuanto a la costumbre y la declaración de voluntad—, las que, por su natu-

raleza y trascendencia, tratamos especialmente en los siguientes acápite; los que nos permitirán luego plantear concretamente cual sería el sistema de fuentes de nuestro derecho civil.

2. ¿HA MODIFICADO LA CONSTITUCIÓN DE 1993 EL SISTEMA DE FUENTES DE NUESTRO DERECHO CIVIL?

La Constitución de 1993 presenta algunas modificaciones con respecto al tema de las fuentes de nuestro derecho en general, observándose algunos avances —al menos en esta parte— respecto de la anterior. Interesa entonces ver en qué medida han podido implicar modificaciones para nuestro derecho civil, previa una revisión general de sus planteamientos.

2.1 *La Constitución y la ley como fuentes del derecho*

El artículo 51 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

Artículo 51: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Es de señalar que nuestra legislación acoge la Constitución como fuente del derecho, lo que hasta cierto punto puede parecernos obvio; empero no siempre las constituciones han sido consideradas como tales, como bien explica Dieter Grimm:

La Constitución no siempre es considerada como fuente del derecho. Una Constitución tiene por objeto limitar el poder político. Sin embargo, existen muchos regímenes

21 *Ibidem*, p. 280.

22 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 159.

políticos a los que no les gusta sentirse vinculados con el derecho, pero que al mismo tiempo no renuncian a una Constitución para, al menos, ofrecer una imagen de régimen constitucional frente a sus ciudadanos y frente a los gobiernos extranjeros. En este caso, la teoría constitucional habla de constituciones simbólicas. Por el contrario, las constituciones llamadas normativas, predominantes en la historia constitucional de la Europa Occidental, siempre han pretendido vincular jurídicamente al poder político y, consecuentemente, constituir una fuente del derecho²³.

El principio de legalidad y el principio de constitucionalidad, que ya tenían rango constitucional desde antes (y que hay que diferenciarlos hablando en rigor) aparecen reconocidos en el referido artículo 51, siendo interesante anotar que en él se mencionan hasta cinco conceptos normativos: "Constitución", "norma legal", "ley", "normas de inferior jerarquía" y "normas del Estado".

De acuerdo con el tenor literal de la norma en mención, *la Constitución no es una norma legal*. Si lo fuera, el artículo no debió haber dicho que la Constitución prevalece sobre toda norma legal sino sobre toda otra norma legal. Frente a ello, que implica siquiera una diferencia con la redacción de la Carta de 1979 (ver el artículo 87), pueden postularse diversas conjeturas:

- Se trata de una omisión del legislador, hay un error. La Constitución sí es una norma legal.
- No existe tal error. Bien vistas las cosas, la Constitución, efectivamente, no es una norma "legal", pues es más que una ley, está por encima de ésta. Ello en-

cuentra amplia justificación en la filosofía del derecho. La Constitución es justamente el parámetro para definir la legalidad de las normas de inferior jerarquía. Coincidiendo con esta interpretación, el artículo 138 distingue entre "norma constitucional" y "norma legal".

- La Constitución no es una norma "legal" en el sentido que proviene de la ley. Es legal sólo en un significado lato, en tanto es sustentable jurídicamente y existe un sistema jurídico que se estructura en torno a ella y que de ella depende. Por ello, es bien llamada la "ley de leyes".

Sobre este particular, consideramos que la Constitución, por su naturaleza, no es una ley en sentido estricto. Por ello, debe distinguirse debidamente el principio de "constitucionalidad" y el principio de "legalidad". Empero, cuando se habla de la ley como fuente del derecho, es obvio que estamos utilizando la expresión en su sentido lato, en el que se comprende tanto a la Constitución, la ley propiamente dicha y las normas de inferior jerarquía.

El artículo 51 bajo comentario busca establecer un orden jerárquico al que deben obedecer las normas "legales" en un sentido amplio, desde el punto de vista del derecho positivo. No ha sido aquí la intención del legislador establecer un sistema de jerarquía de las normas jurídicas en general (que incluiría la jurisprudencia, la costumbre, etc.), a las que se refiere en otros artículos.

2.2 Las fuentes del derecho según la Constitución

El principio que ubica a la ley como fuente primordial de todo nuestro sistema jurídico aparece ratificado en el tercer párrafo del artículo 103 de la nueva Constitu-

23 GRIMM, Dieter: "La Constitución como fuente del derecho", en: Varios autores. *Las fuentes del derecho*. Barcelona: Universidad de Barcelona. Primeres Jornades Jurídiques de Lleida, 1983, p. 13.

ción, (más que en el artículo 51), cuando prescribe que la ley se deroga sólo por otra ley, y que también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Empero, vale anotar que la norma no agota las formas de dejar sin efecto una ley, al igual que como lo dijéramos al comentar su similar del artículo I del Título Preliminar del Código Civil.

Otra norma vinculada con el tema, es el artículo 138 de la Constitución que dice:

Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

En este punto, debemos remitirnos a lo expuesto al comentar el artículo 51; se trata de un mandato para el juez a fin de que, al resolver, en caso de conflicto, lo haga según la norma de mayor jerarquía, la que siempre, después de la Constitución, sería la ley. Sin embargo, es de notar con toda atención que el artículo 3 de la novísima Carta expresa que la enumeración de los derechos establecidos en el primer capítulo de la Constitución, no excluye los demás que ella garantiza, "...ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Con ello, por lo menos teóricamente, el sistema se abriría a la consideración de principios generales anteriores incluso a la propia ley.

Distinta referencia a los principios hizo el constituyente cuando se encargó de de-

finir cómo debería resolver el juez en caso de vacío o defecto de la ley, a través de los incisos 8 y 9 del artículo 139, que consagran los siguientes principios jurisdiccionales:

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

En mérito del inciso 8 de la citada norma, en caso de vacío o deficiencia de la ley, el juez debe aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Se trata de una norma que mejora su antecedente de 1979, por cuanto no se había podido llegar a precisar cuáles eran aquellos principios generales del derecho peruano a los que se refería; y ya hemos visto que para algunos autores de lo que se trataba allí era del derecho consuetudinario. Tácitamente, con esta nueva norma, se ha modificado la norma VIII del Título Preliminar del Código Civil.

La Constitución de 1993 ha incorporado expresamente la consideración del derecho consuetudinario, aun cuando sólo en caso de vacío o deficiencia de la ley, lo que de por sí significa un importante avance. Resulta preciso anotar aquí que para Chirinos Soto²⁴, la "deficiencia" de la ley se refiere sólo al vacío o limitación de la ley, pero de ningún modo a la injusticia que ella pudiera implicar. Sobre el particular, no habiendo mayor precisión positiva,

24 CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO. *Constitución de 1993: lectura y comentarios*. Lima: Piedul, 1994, p. 293.

creemos que éste es un asunto que finalmente deberá ser resuelto por la jurisprudencia.

Con respecto al tema de la función jurisdiccional, es también de destacar una norma constitucional novedosa en lo que se refiere a la administración de justicia en las comunidades campesinas y nativas, consagrada en el artículo 149:

Artículo 149. Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Históricamente, como se sabe, las comunidades campesinas recién tuvieron reconocimiento legal a partir de la Constitución de 1920, sin que ello haya significado siquiera un tratamiento más adecuado desde entonces²⁵. Desde la década de los ochenta, empero, una corriente socioantropológica poco a poco ha ido ganando es-

pacio en los predios del debate jurídico. Ella tuvo muchas expectativas al redactarse la Carta Magna hoy vigente, específicamente por la posibilidad de consagrar una serie de derechos a favor de las comunidades andinas y nativas.

Justamente, el artículo 89 de la Constitución, luego de reconocer que las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal, expresa que "son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece...".

Mucho más interesante para el tema que tratamos es la parte final del mismo artículo 89, el cual afirma que: "El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas". Para algunos, dicho respeto no implica reconocimiento de autonomía jurídica de ningún tipo. Para otros, todo lo contrario, en tanto la consideración del derecho como un producto

metan, agregando que "en los procesos civiles y penales los tribunales comunales o privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver las costumbres, tradiciones y creencias y valores socioculturales de las comunidades".

Para Francisco Ballón, como el decreto legislativo 2 modificó y derogó expresamente varios artículos del D.L. 22175 sin incluir el citado artículo 19, éste mantendría su vigencia al amparo del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7 inciso 2 del Convenio 107 de la OIT del 26.05.57. Brandt (1987: 29), expresa que el artículo 27 del mencionado pacto se refiere a la cultura, religión e idioma, mas no a la administración de justicia y que el artículo 7 del Convenio 107 (aprobado por resolución legislativa 13467 de 1960) sostiene que las poblaciones podrán mantener sus costumbres e instituciones siempre que "sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional"; más aún, para Brandt (1987: 42) el excepcional artículo 19 fue derogado por los artículos 232 y 233 inciso 1 de la Constitución de 1979, referentes a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, lo que se reforzaría con lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

25 Las comunidades fueron legalmente ignoradas por el Código Civil de 1852. Recién se reconoce su existencia con la Constitución de 1920 (artículo 58) y se les reconoce adicionalmente personería jurídica en la de 1979 (artículo 207), lo que fue ratificado por la Constitución de 1993, modificando el término de comunidades "indígenas" por el de "campesinas". El D.L. 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, las reconoce como unidades económicas con derecho a la propiedad de un territorio definido y la capacidad de organizarse, norma que fue derogada por el D.L. 22175, del 09.05.78, lo cual fue calificado por especialistas como un retroceso. Empero, el artículo 19 de dicho dispositivo constituyó una norma de avanzada pues reconoció un derecho fundamental de los miembros de las comunidades nativas al facultarles a resolver sus conflictos de orden civil de mínima cuantía, así como a sancionar las faltas que se co-

cultural que expresa la identidad cultural de un pueblo.

En todo caso, habrá que esperar la interpretación que haga la jurisprudencia para poder determinar los alcances prácticos de la mencionada norma, debiendo tomarse naturalmente en cuenta el ya mencionado artículo 149.

Es de recordar que el Código Civil de 1984, si bien se ocupa de las comunidades campesinas y nativas, no se refiere a ningún régimen especial para la aplicación del derecho en ellas. El artículo 134 las define como "organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral", agregando que "Están reguladas por legislación especial".

Como dice Fernández Sessarego²⁶, las comunidades son una realidad cultural, económica y social cuyas características desbordan la descripción que efectúa el artículo transcrito. Puede consignarse aquí también que el rasgo ancestral de las comunidades campesinas con que se les suele definir no puede ser generalizado; algunas de ellas son sólo grupos de campesinos que pidieron se les reconozca el *status* de comunidades para acogerse a una legislación tutelar, como ocurrió con la dación de la Ley de Reforma Agraria, a cuyo amparo se les adjudicó tierras que antes eran de los hacendados.

También es de observarse —como bien señala Ballón Aguirre— que el hecho de que el artículo 135 exija su reconocimien-

to oficial para su existencia constituye un rasgo discriminatorio, ya que se trata de una formalidad que el Código no exige para otras personas jurídicas de derecho privado y que ni siquiera preveía la Constitución de 1979, disposición que se contradice con el artículo 77 del mismo Código Civil que afirma que las personas jurídicas de derecho privado tienen existencia legal desde su inscripción en el Registro; así pues, las comunidades campesinas y nativas tienen una doble formalidad que las regula: la del artículo 177 y la del artículo 135.

Expresa Fernández Sessarego²⁷ que la Constitución de 1979 les atribuyó personalidad jurídica por el solo hecho de existir con sus características propias, confiriéndoles existencia y personalidad en tanto realidad cultural, económica y social de rasgos peculiares, principio que entendemos subsiste en la actual Carta Magna.

Es de observar la discriminación del legislador civilista, pues al ocuparse de la asociación, fundación y comité no inscritos, les concede subjetividad jurídica, lo que no hace con las comunidades no inscritas. Posteriormente al Código Civil, la ley 24656, Nueva Ley General de Comunidades Campesinas, declara —con acierto— de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. El Estado las reconoce como instituciones fundamentalmente democráticas y autónomas, conforme a lo cual respeta y protege en términos genéricos los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad, propiciando el desarrollo de su identidad cultural. Sin embargo, la mencionada ley también ha sido objeto de diversas críticas²⁸.

26 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro I del Código Civil peruano*. 2a edición. Lima: Librería Studium Editores, 1987, p. 243.

27 *Ibidem*, p. 240.

28 Así, por ejemplo, para José Portugal (en: Varios autores. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo*

2.3 *El principio de la inmodificabilidad legal de los contratos y el artículo 62 de la Constitución*

Norma de especial relevancia en la nueva Constitución es la del artículo 62 que prescribe:

Artículo 62. 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. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Esta norma —dictada fundamentalmente para promover la inversión extranjera a partir de una especie de “sacralización” de los contratos que, al menos teóricamente, impediría que haya una intromisión por parte del Estado— resulta dándole al contrato un lugar excepcional en la jerarquía normativa.

contexto nacional. Lima: CAAAP-SER, 1993, p. 63) y URQUIETA, Débora (en: Varios autores. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Op. cit., p. 67). Una grave omisión de la ley sería, por ejemplo, el que no recoja expresamente la tradición comunal para el ascenso en los cargos.

3. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La pregunta sobre si la Constitución de 1993 ha modificado nuestro sistema de fuentes, debe absolverse positivamente. De lo expuesto, luego de reconocer la primacía innegable de la ley que reitera el artículo 103, queda clara la intención del legislador de enfatizar la importancia de los principios generales del derecho, la costumbre y el contrato. Ello, por supuesto, no significa desconocer la jurisprudencia y la doctrina también como fuentes.

Así, al entrar en vigencia la nueva Constitución en 1993, el sistema de fuentes en el derecho civil peruano habría sufrido algunas variaciones, toda vez que existen ciertas modificaciones (o precisiones) con respecto al sistema anterior.

4. EL CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

En 1989 fue suscrito —en el ámbito internacional— el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el cual ha sido ratificado por el Perú mediante resolución (ley legislativa 26253, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 1993).

El artículo 2 de dicho Convenio declara expresamente que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir, entre otras medidas, que se asegure a los miem-

bros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población. Además —señala la norma— deben considerarse medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

Por otro lado, el artículo 5 dispone que al aplicarse las disposiciones del convenio deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos, y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, respetándose la integridad de los valores, prácticas e instituciones.

El artículo 8, a su vez, determina lo siguiente:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Es de comentar aquí que si bien el inciso 1 antes citado no precisa qué tanto de-

ben considerarse las costumbres (determinar qué significa "tomar debidamente en consideración" es bastante subjetivo), el inciso 2 se apresura a limitar esos alcances cuando pone como fronteras, para el reconocimiento de los derechos locales, únicamente los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional —que serían los consagrados en la Constitución— y los derechos internacionalmente reconocidos. No obstante, es de advertir la posibilidad de algún subjetivismo que podría hacer que en la práctica se interprete que existen derechos fundamentales no expresamente establecidos en la Constitución pero que también forman parte de nuestro sistema jurídico.

Luego, el artículo 9 del Convenio en referencia se ocupa de la aplicabilidad de las sanciones del sistema jurídico nacional a nivel de estas comunidades, expresando:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

A ello debe agregarse lo consagrado en el artículo 10, cuando afirma que:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

5. FUENTES FORMALES DEL DERECHO CIVIL PERUANO SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO ACTUAL

Las solas consideraciones que establece el Convenio 109 y las nuevas normas constitucionales de la materia –que constituyen un importante cambio normativo apenas advertido– hacen necesaria la revisión del Título Preliminar del Código Civil para el ordenamiento y enumeración clara y expresa de cuáles son las fuentes normativas que rigen el sistema de fuentes del derecho civil en el Perú.

En términos generales, resulta necesario que ciertas cuestiones fundamentales queden debidamente definidas en el derecho y nada mejor que el Título Preliminar del Código Civil para hacerlo.

Ya en diversos precursos trabajos y publicaciones, recogidos novedosamente por la Constitución de 1993, se hacía referencia a la necesidad de considerar la propia naturaleza pluriétnica, plurisocial y multicultural de nuestro país, a fin de que exista un claro y justo sistema de fuentes del derecho que permita reducir al mínimo la arbitrariedad, propenda a la igualdad y, a la vez, contribuya a darle una mayor legitimidad a la organización estatal.

Sin perjuicio de lo expuesto, y teniendo en cuenta la interrelación de las normas citadas del Código Civil, la Constitución vigente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el nuevo Código Procesal Civil, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales ratificado por el Perú, y la doctrina, postulamos el siguiente orden jerárquico para nuestro ordenamiento jurídico civil: la ley, los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y el acto o negocio jurídico.

Bibliografía

- BALLÓN AGUIRRE, Francisco
Etnia y represión penal. Lima: CIPA, 1980.
- BRANDT, Hans Juergen
Justicia popular. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1987.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos
"Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vivencia", en: *Tratado de derecho civil*. Tomo I. Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990.
- CRACOGNA, Dante
"La costumbre como fuente del derecho en el nuevo Código Civil peruano", en: Varios autores. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1986.
- CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO
Constitución de 1993: Lectura y comentarios. Lima: Piedul, 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro I del Código Civil peruano. 2a. edición. Lima: Librería Studium Editores, 1987.
- GRIMM, Dieter
"La Constitución como fuente del derecho", en: Varios autores. *Las fuentes del derecho*. Barcelona: Universidad de Barcelona, Primeres Jornades Jurídiques de Lleida, 1983.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro
"Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano", en: Varios autores. *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1986.

LEÓN BARANDIARÁN, José

"Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar", en: Delia Revoredo de Debaquey (compiladora). *Código Civil, exposición de motivos y comentarios*. Tomo IV. Lima: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1985.

MEIRA, Silvio

"El Código Civil peruano de 1984", en: Varios autores, *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1986.

PORTUGAL, José

En: Varios autores. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima: CAAAP-SER, 1993.

RODRÍGUEZ ESQUECHE, Luis

Notas sobre el Título Preliminar del Código Civil. Lambayeque, 1988.

RUBIO CORREA, Marcial

"Costumbres y usos en el Código Civil", en: Colegio de Abogados de Lima, *Revista del Foro*. Año LXXV, Nº 1. Lima, 1988.

SCHIPANI, Sandro

"El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano", en: Universidad de Lima (varios autores). *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1986.

— "Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano", en: Universidad de Lima (varios autores). *Código Civil: Diez años, balance y perspectivas*. Lima: Universidad de Lima-WG Editor, 1995.

STEWART BALBUENA, Alberto

"Influencia de la costumbre europea en el derecho civil peruano", en: Universi-

dad de Lima. *Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en noviembre de 1989*, Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1992.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal

Código Civil. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1993.

URQUIETA, Débora

En: Varios autores. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima: CAAAP-SER, 1993.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

Introducción al derecho civil. Lima: W.G. Editor, 1992.