

EL NEGOCIO JURÍDICO EN EL PERÚ: POR QUÉ Y PARA QUÉ

Alan Pasco Arauco

*Alumno del 6° Año de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: *I.- Introducción. II.- El negocio Jurídico: Origen Aleman. III.- ¿Cual fue la función y el contexto del negocio jurídico?. IV.- Función y contexto del negocio jurídico en el Código Civil y la realidad Peruana. V.- ¿Para que entonces sirva la teoría del negocio jurídico? V.- Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 140 del Código Civil (en adelante CC) define al acto jurídico como la manifestación de voluntad encaminada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Acto seguido, el Código se encarga de regular una serie de instituciones relacionadas con el negocio jurídico de origen alemán, tales como la interpretación, la representación, la nulidad, los vicios de la voluntad, entre otras.

Inmediatamente surgen algunas preguntas: ¿cuál es la verdadera utilidad del Libro II del CC? ¿Qué se pretendió regular con la figura del acto jurídico? ¿Es lo mismo el acto jurídico que el negocio jurídico? ¿Existe en el Perú el acto jurídico como categoría general?

Mediante la presente investigación sostenemos que el acto jurídico es exactamente lo mismo que el negocio jurídico de origen alemán. Así mismo, somos de la opinión que las condiciones en que esta categoría jurídica surgió, así como la función que cumplió en el contexto económico político y económico que envolvió su nacimiento, no se presentan en la actualidad en nuestro país. Por tal motivo, el negocio jurídico, como categoría legislativa no existe en el sistema jurídico peruano. Por el contrario, lo que nuestro CC denomina acto jurídico, se trata de una institución pensada exclusivamente para la figura de los contratos. En efecto, cada una de las instituciones consagradas a lo largo del Libro II del CC, tendrían como única utilidad la regulación de los contratos y nada más que ellos.

No obstante, ello no es óbice para reconocer al negocio jurídico utilidad en tanto categoría lógica, que permite individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la autonomía de los particulares

II. EL NEGOCIO JURÍDICO: ORIGEN ALEMÁN

Para indagar sobre el origen, concepto y función del negocio jurídico, debemos partir por la doctrina alemana; y de este «deber» ha dado cuenta un sector autorizado de la doctrina nacional: «El negocio jurídico, como el contrato y la responsabilidad civil, es una institución afortunada en cuanto a investigaciones, pero estas han tenido como pauta el haberse nutrido de la con todo preciosa bibliografía proveniente de Italia», sin embargo, «el estudio del negocio jurídico y las bases para su defensa, sólo pueden sernos brindados por la doctrina germana»¹.

En el mismo sentido, sobre la paternidad que la doctrina alemana tiene sobre el negocio jurídico, Battista Ferri ha señalado que «la elaboración del concepto de negocio jurídico, en el ámbito de los hechos jurídicos, constituye ciertamente uno de los aportes más

¹ LEON HILARIO, LEYSSER. «Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Derecho Civil». En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 117.

importantes que la cultura alemana ha legado al pensamiento jurídico moderno (...); la paternidad del negocio jurídico debe atribuirse a la cultura alemana»².

Por ende, antes que nada corresponde indagar sobre el concepto de negocio jurídico en la doctrina alemana.

La concepción originaria o primigenia que surgió en Alemania, es denominada como concepción voluntarista. De acuerdo con esta concepción planteada por Savigny³, «que puede considerarse clásica, y que coincide con la noción original de la figura, el negocio consiste, esencialmente, en una declaración de voluntad»⁴ dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas⁵.

¿Por qué si en Alemania se comenzó hablando del negocio jurídico, en nuestro país (y en la mayoría de países de Latinoamérica) se hace alusión al acto jurídico?⁶.

² BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 59 – 62. En el mismo sentido se ha dicho que «la teoría del negocio jurídico es vista por muchos como la conquista más sobresaliente de la ciencia pandectista alemana del siglo XIX. Al mismo tiempo esta teoría fundó la fama mundial de la ciencia jurídica alemana y se convirtió en una de sus mejores productos de exportación» (SCHMIDT, Jan Peter. «La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?». En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 33-47).

³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

⁴ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 4.

⁵ Esta concepción clásica o voluntarista del negocio jurídico también fue asumida en Italia por Giuseppe Stolfi, quien definió al negocio jurídico como «la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción»: STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1.

⁶ Para un análisis detallado y bien informado sobre la historia de la formación del negocio jurídico, recomendamos ver: GUZMAN, Alejandro. «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato: Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico». En: Revista de Estudios Histórico – Jurídicos. Sección Historia del Derecho Europeo. Año XXVI. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Chile. Págs. 187-254.

Esto ha sido producto de un proceso erróneo de traducciones sucesivas, que muy bien detalla el profesor Leysser León: «Los juristas franceses contemporáneos traducen como *acte juridique* el término alemán *Rechtsgeschäft*, que fue empleado por vez primera, en el lenguaje jurídico germano, por Hugo. Si los juristas franceses hablan de *actes juridiques*, es porque la locución *affaires juridiques* – el estricto equivalente de los *Rechtsgeschäft* –, además de malsonante, no les significaría absolutamente nada»⁷.

Posteriormente, cuando autores ibéricos tradujeron al español la versión francesa del libro de Friedrich Carlo Von Savigny, Sistema de Derecho Romano actual⁸, el término *acte juridique* fue traducido como acto jurídico, y es así como la categoría pasa a formar parte del léxico jurídico latinoamericano.

Pero para ser más precisos, la categoría jurídica del acto jurídico ingresa a nuestro por medio de la actuación de Manuel Augusto Olaechea, un francófilo consumado, a quien se le encargó la redacción del anteproyecto del libro de las obligaciones del nuevo código de 1936. La sección primera de dicho libro se intitula «De los actos jurídicos», y en su artículo primero aquellos son definidos como los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. Es así como la categoría del acto jurídico (mala traducción del término alemán «negocio jurídico») hizo su debut en nuestro medio⁹.

Teniendo en cuenta que el acto jurídico del cual se habla en nuestro país (y que se encuentra consagrado legislativamente en nuestro Código Civil) es producto de una mala traducción del término negocio jurídico, no pueden quedar dudas de que ambos términos engloban exactamente lo mismo; es decir, negocio y acto jurídico, en nuestro país, significan exactamente lo mismo.

⁷ LEON HILARION. «Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión». En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 72.

⁸ La versión original alemana del libro de Savigny se titula: «System des heutigen römischen Rechts», originalmente publicado en Berlín, entre 1840 y 1849. La versión en español puede verse en: SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

⁹ LEON HILARION, Leysser. «Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión». Op. Cit. Pág. 84-85.

Sin embargo, lo ideal sería hablar de negocio jurídico en vez de acto jurídico, ya que en el idioma castellano, (como en el italiano y el portugués) la voz precisa para traducir el término alemán *Rechtsgeschäft*, no es otra que negocio jurídico. Por ende, la voz «acto jurídico» debe ser reservada para aquellas figuras que en alemán se denominan *Rechtshandlungen im engerem Sinne*, los llamados actos jurídicos en sentido estricto, como la aprehensión u ocupación, los sponsales, la adopción, etc.¹⁰.

En consecuencia, cuando nuestro Código Civil evoca el término acto jurídico, debemos entenderlo como el negocio jurídico de la doctrina alemana. Sobre esta similitud que existe entre los términos negocio y acto jurídico, se ha pronunciado doctrina autorizada: «El término «*Rechtsgeschäft*» (negocio jurídico), a pesar de ser uno de los términos centrales del BGB, no fue definido en el mismo, a diferencia, por ejemplo, del Código brasileño de 1916 con su definición del «*ato jurídico*» en el artículo 81 o del Código Civil peruano con su definición del «acto jurídico» en su artículo 140 CC. Podemos apreciar que estas definiciones que brindan los Códigos latinoamericanos son muy similares a la definición del «*Rechtsgeschäft*» que encontramos en los materiales del BGB, basada a su vez en Savigny. Por eso, no nos debe importar que «acto jurídico» no sea la traducción literal de «*Rechtsgeschäft*», porque no importa la etiqueta sino el contenido»¹¹.

En síntesis, los términos negocio y acto jurídico resultan equivalentes en nuestro ordenamiento positivo, pues resulta evidente que el legislador ha tenido, y ello se observa en la construcción legal efectuada, la intención de reglamentar la figura del negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses; si no que, por un perjuicio lingüístico, ha acogido el término de origen francés «acto jurídico»

¹⁰ Para un análisis de la figura de los actos jurídicos en sentido estricto, ver: LEON HILARIO, Leysser. «Los actos jurídicos en sentido estricto: Sus bases históricas y dogmáticas». En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Ed. Escobar Rozas, Freddy; León, Leysser L.; Morales Hervías, Rómulo; Palacios Martínez, Eric. Lima: Grijley, 2004. 3-113.

¹¹ SCHMIDT, Jan Peter. «La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?». En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 36. En el mismo sentido se ha sostenido que «Otro país sudamericano cuyo legislador ha adoptado la categoría en cuestión es Perú. El nuevo Código Civil peruano de 1984 le dedica nada menos que diez títulos (arts. 140-232). El artículo 140 formula una definición clásica, enumerando al mismo tiempo, y esto constituye un punto original, los requisitos de validez del negocio jurídico (para su validez se requiere: persona capaz de obrar; objeto posible; fin lícito; y observancia de la forma prescrita) (LUCIDI, Irina. «La recepción del negocio jurídico en otros países» En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Coordinador

por respeto a la tradición formativa de todos los integrantes de las Comisiones que elaboraron nuestro actual Código Civil.

III. ¿CUÁL FUE LA FUNCIÓN Y EL CONTEXTO DEL NEGOCIO JURÍDICO?

En el BGB el término «*Rechtsgeschäft*» recibió un lugar muy preeminente. El capítulo tercero de la Parte General lleva el título «De los negocios jurídicos». Este capítulo constituye 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 ejemplos.

Así mismo, «la decisión de legislar una categoría abstracta como la del negocio jurídico necesariamente obligó al legislador a incluir esta parte delante de las partes a las que se aplica, y de ahí nace la concepción de una parte general. Al mismo tiempo, parece que es sobre todo el capítulo sobre el negocio jurídico el que le da legitimidad a la idea de una Parte General»¹².

Esta era entonces la función encomendada al negocio jurídico en Alemania: ser una categoría lógica, abstracta, ordenante, operativa, que regulara o que fuese aplicable a una serie de instituciones que vendrían a ser especies de aquélla.

Corresponde preguntarse: ¿El acto jurídico regulado en el Libro II del CC, cumple esta función operativa, abstracta y aplicable de forma general, en nuestro sistema jurídico?¹³. Esto por un lado. Por el otro, se ha sostenido que el negocio jurídico si bien en la actualidad podría seguir cumpliendo una función ordenante, la verdadera función para la cual nació, ya ha sido cumplida y por ende hablar de negocio jurídico resulta no inadecuado por lo obsoleto del tema.

En efecto, Francesco Galgano ha sostenido que la función de la categoría negocial, en el momento en que fue creada, se encontraba en Alemania, donde aún no existía

Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 2000. Pág. 128).

¹² SCHMIDT, Jan Peter. «La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?». Op. Cit. Pág. 35.

¹³ La respuesta a esta interrogante la brindaremos en el punto IV.

codificación, para conseguir la igualdad formal del derecho, esencial para el nacimiento de una nueva sociedad industrial y burguesa. De esta forma, el negocio jurídico es sin duda alguna, un hecho histórico, que debe entenderse como cualquier experiencia humana que se desarrolla.

Así, el negocio jurídico, lejos de poder ser considerado únicamente como acto lógico que permita una comprensión unitaria de las singulares manifestaciones de voluntad dirigidas a realizar descubrimientos jurídicos, contenía en sí las instancias de un nuevo orden de relaciones sociales. El negocio concebido como declaración de voluntad del individuo, significaba el reconocimiento de la unidad del sujeto de derecho, y por consiguiente, de la igualdad formal entre individuos. Tal concepción constituía una necesidad económica, indispensable para que se estableciesen relaciones de mercado entre sujetos económicos¹⁴.

En síntesis, «en una sociedad como la alemana de la primera mitad del Ochocientos – que todavía no había conocido la codificación – el proceso de abstracción realizado por la Pandectística pretende ser sustitutivo de la codificación misma: el valor supremo, al cual los pandectistas adecúan su propia obra, es que la construcción doctrinaria también posea, tal como la norma codificada, la más amplia validez social y que pueda, incluso en su contenido no diferenciado, satisfacer y coordinar entre ellos los intereses más diversos, o contrapuestos, inclusive. Con la Pandectística, la política de los juristas alcanza uno de sus picos más altos: los pandectistas alemanes saben traducir en conceptos el sentido revolucionario de la codificación francesa, y saben, adicionalmente, conducirlo a consecuencias extremas. El proceso de abstracción, que había tenido lugar en Francia con la codificación de la categoría general del contrato, prosigue en Alemania, más allá del contrato. El contrato evoca, cuando menos, la imagen de una

¹⁴ GALGANO, Francesco, *Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico*, en *Metodologías y Derecho Privado*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Traducción de Mariano Maresca de la versión publicada en *Categorie Giuridiche e Rapporti Sociali*, II Problema del Negozio Giuridico, A cura de Cesare Salvi, Milano, Feltrinelli, 1978, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, Granada, N° 22, 1982, p.p. 49-50; GALGANO, Francesco, *El Negocio Jurídico*, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, Pág. 18; GALGANO, Francesco, *Voz Negozio Giuridico (dottrine generali)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXVII. Milano. 1977. Pág. 733; GALGANO, Francesco, «El crepúsculo del negocio jurídico». En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 96-106. Del mismo parecer es: FRANZONI, Máximo, «Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico». En: *Derecho Civil Patrimonial*. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997.

duplicidad de sujetos, y la del acto de intercambio, como su referente económico; el negocio jurídico, que es concebible como el acto de un solo individuo, realiza de la manera más plena la unidad del sujeto de derecho, y elimina, con su máximo grado de abstracción, toda posible referencia a la relación económica»¹⁵.

Esto significa que el negocio jurídico fue portador de los principios que constituyeron la base del desarrollo de la nueva sociedad industrial, en la que se sobreentendía el proceso de adquisición de la propiedad y de los medios de producción por parte de la burguesía y el ocaso de un mundo aristocrático y feudal caracterizado por el inmovilismo. Si este escenario en el cual nació el negocio jurídico, ya ha cambiado radicalmente, al punto que actualmente ya no estamos en una fase de capitalismo naciente, primitivo, arcaico, sino en una etapa bastante desarrollada del capitalismo, ¿podrá seguir cumpliendo el negocio jurídico alguna función útil?

IV. FUNCIÓN Y CONTEXTO DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL CC Y LA REALIDAD PERUANA

Primero nos preguntamos si es que el acto jurídico regulado en el Libro II del CC, cumple una función operativa, abstracta y general, tal como lo hace en el sistema jurídico alemán.

Habíamos señalado que el negocio jurídico representa en Alemania la síntesis de diversas figuras, como lo son el matrimonio, el testamento, el contrato y los negocios unilaterales. ¿En el Perú las reglas que forman parte del Libro II del CC son aplicables a todas estas figuras?

Por supuesto que no. Para comenzar, tanto el matrimonio como el testamento se encuentran regulados de una forma tal que la aplicación de las reglas de nuestro «acto jurídico» se vuelve una tarea utópica. Tanto el matrimonio como el testamento poseen una regulación jurídica autónoma que no permite compatibilizar las reglas del Libro II. Basta con revisar las reglas propias que regulan la invalidez del matrimonio, para percatarnos que las normas sobre nulidad y vicios del consentimiento que regulan los artículos 201 al 229 de nuestro CC no tienen nada que hacer en la institución matrimonial. Paradigmático es además el supuesto de la validez de un matrimonio que contravendría normas imperativas¹⁶. Lo mismo sucede con la nulidad y anulabilidad de los testamentos

¹⁵ GALGANO, Francesco. «El crepúsculo del negocio jurídico». En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Pág. 97.

¹⁶ Al respecto se puede ver el artículo 286, según el cual «El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido».

especiales, así como la forma especial y distinta como nuestro CC regula lo referente a la revocación y caducidad de los testamentos.

Esta falta de conexión entre las normas reguladas en el Libro II y su aplicación a instituciones jurídicas tales como el matrimonio y el testamento, se explica si es que atendemos el origen de las normas que forman parte del Libro II:

«El articulado del Código Civil Peruano vigente (Libro II) es el producto de una denominación seudofrancesa (acto jurídico), de una definición germana («manifestación de voluntad destinada a crear...») y de buena parte de las normas del Código Civil italiano sobre el contrato en general»¹⁷. Esto significa que «si bien es cierto que el Código Civil regula en su libro segundo el negocio jurídico, no es lo menos que dicha regulación es prácticamente una réplica, muchas veces mal realizada, de las normas que el Codice Civile de 1942 dedica al contrato»¹⁸.

En consecuencia, legislativamente nuestro Código Civil no regula reglas propias del negocio jurídico, tal como sí lo hace el BGB, sino que las reglas que forman parte del libro dedicado al acto jurídico como categoría general, sólo son de aplicación inmediata para los contratos.

Un hecho más que contribuye a la conclusión de que el negocio jurídico como categoría legislativa no existe en nuestro país, es el hecho de que nuestro Código no consagró una Parte General. «A causa de eso, al jurista alemán, que está acostumbrado a su parte general, el libro del CC peruano sobre el acto jurídico le parece un poco aislado. Tal vez ese aislamiento sea una razón por la cual es aún más difícil de justificar la codificación de la teoría del negocio jurídico»¹⁹.

¹⁷ LEON HILARIO, Leysser. «Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil». En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil Peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 122.

¹⁸ CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 45. Año 4. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2005. Pág. 4.

¹⁹ SCHMIDT, Jan Peter. «La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?». En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril - Junio. 2006. Pág. 35.

Atendida la primera pregunta, corresponde darle respuesta a la segunda interrogante: Si el escenario económico, político y social en el cual nació el negocio jurídico, ha cambiado radicalmente, al punto que actualmente ya no estamos en una fase de capitalismo naciente, primitivo, arcaico, sino en una etapa bastante desarrollada del capitalismo, ¿podrá seguir cumpliendo el negocio jurídico alguna función útil?

Somos de la opinión que aparentemente las condiciones económicas sociales y culturales «conspiran» para que cada día sea menos relevante (por no decir útil) hablar de negocio jurídico. En efecto, la objetivación del intercambio económico produce consecuencias nefastas sobre el concepto y utilidad del negocio jurídico. Hoy en día se busca tutelar la rapidez y la seguridad del intercambio, en respuesta a las necesidades de la economía, caracterizada ahora por una producción industrial de masa. «La celeridad y la seguridad de la circulación de los bienes aparece actualmente como una necesidad general de todo sistema económico»²⁰.

Indicativas de esta tendencia hacia la objetivación del intercambio son por ejemplo las normas que prevén la sustitución del conocimiento efectivo por la cognoscibilidad (artículo 1374 CC); o el artículo 201 CC que prevé la anulabilidad del acto jurídico (contrato) sólo cuando el error sea esencial y reconocible (la reconocibilidad sustituye el requisito de la excusabilidad elaborado por la doctrina italiana bajo el vigor del código de 1865); así como los artículos 168, 1359, 1361 (primera parte) y 1362, que en cuanto a interpretación del contrato se refiere, nos exige recurrir a aquello que ha sido expresado por las partes siempre respetando el canon de la buena fe, y nos invita de esta forma a prescindir del análisis de la voluntad no exteriorizada por las partes al momento de producirse el intercambio económico.

Este proceso de objetivación del intercambio económico, produjo el surgimiento de teorías encargadas de una revisión del concepto de negocio. Así, surgieron nuevas teorías negociales que son de ordinario denominadas declaracionistas²¹, en contraposición a aquellas voluntaristas que en un primer momento fueron dominantes en la doctrina italiana²².

²⁰ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1ª. Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 60.

²¹ Ilustrativas son las páginas de: BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000; SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004.

²² STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1.

Sobre este proceso de objetivación, se ha observado con acierto que el pasaje de la teoría de la voluntad a la teoría de la declaración comienza a erosionar el fundamento mismo de la teoría del negocio que, despojado de su contenido de voluntad, perdía gran parte de sus propias razones de existencia²³.

En esa misma dirección va la opinión expresada por Galgano. A su parecer, la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual en adhesión a las exigencias de segura, rápida y amplia circulación de la riqueza, está entre las razones de la ausente recepción de la categoría del negocio jurídico. El contrato, seguido de tal proceso de objetivación, resulta separado de la matriz conceptual del negocio jurídico, categoría abstracta pensada precisamente en términos de voluntad²⁴, lo cual no compatibiliza con la necesidad de tutela del tráfico jurídico y la confianza depositada en los pactos y no tanto en la voluntad no manifestada.

En consecuencia, por el lado de la constante y creciente objetivación del intercambio económico, tampoco tendría mucho sentido hablar de negocio jurídico en nuestro sistema jurídico, más aún si el Perú poco a poco va abriendo sus fronteras a importantes (pero no por ello adecuados) procesos de compenetración e intercambio económico con sociedades de todo el mundo (por medio de los tratados internacionales en materia económica); intercambios que muchas veces requieren reglas claras que tutelen a las personas contratantes y que suponen muchas veces una agilidad en el tráfico que obliga a prescindir de la voluntad de las partes.

Como corolario de lo dicho hasta este punto, podemos sostener que el negocio jurídico en el Perú, en tanto categoría legislativa, capaz de ser aplicable de forma extensiva a figuras tales como al matrimonio, testamento y los actos jurídicos unilaterales, no existe; es decir, la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en nuestro Código porque no se legisló según el modelo del Código Civil alemán²⁵. Por otro lado, el clima económico, político, cultural y social contribuye para que cada vez se haga más resonante la idea sobre la inutilidad del negocio jurídico.

²³ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Op. Cit. Pág. 59.

²⁴ GALGANO, Francesco. Teorie e ideologie del negozio giuridico. Citado por: FRANZONI, Máximo. «Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico». En: Derecho Civil Patrimonial. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Pág. 64.

²⁵ En este sentido se puede ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. «Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial». En: Revista de Derecho. Universidad de Piura. Volumen 5. Año 2004. Págs. 93-115.

V. ¿PARA QUE ENTONCES SIRVE LA TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO?

Si es que el negocio jurídico no tiene utilidad legislativa ni unitaria en el Código Civil peruano, ¿significa eso que no tiene razón de ser en la actualidad? ¿Significa ello que está destinado a no cumplir ninguna función, y por ello sería mejor confinarlo a formar parte de la historia del derecho?

Consideramos que no. Sintomático de la importancia del negocio jurídico, es la cantidad de concepciones o formas de abordar tal instituto jurídico que se han dado a lo largo de la historia, sobre todo en la doctrina italiana (con excepción de la concepción voluntarista, que podría denominarse la versión original del negocio jurídico nacida en Alemania). En efecto, es posible hablar de la concepción voluntarista²⁶ o antropológica (el negocio jurídico como la manifestación de voluntad), concepción del negocio jurídico como supuesto de hecho²⁷; concepción declaracionista o preceptiva²⁸ (el negocio jurídico

²⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005. Pág. 351; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Prólogo por el profesor Tulio Ascarelli. Volumen I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1998. Pág. 97; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Traducción de es Esther Gómez Calle y Jose María Miquel González. 1ª. Edición. Editorial: Fundación Cultural del Notariado. Madrid, Septiembre. 1998.

²⁷ ZITELMANN, Irrthum und Rechtsgeschäft. Leipzig. 1879. Pág. 288. Citado en SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 45; LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Volumen I. Pág. 197 - 198; ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Derecho Civil (Parte General). En: Tratado de Derecho Civil. Nacimiento, Extinción y Modificación de los Derechos Subjetivos, Pretensiones y Excepciones, Ejercicio y Aseguramiento de los Derechos. Primera Parte. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la Trigésima Novena Edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer; y actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Tercera Edición al cuidado de A. Hernández Moreno y María Del Carmen Gete-Alonso. Bosh Casa Editorial. Barcelona, 1981, Tomo Primero, Volumen Segundo, p. 64.

²⁸ BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000. Págs. 51-52; SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción

entendido como la autorreglamentación de intereses), la concepción institucional²⁹ (el negocio jurídico como ordenamiento privado autónomo), la concepción normativa³⁰ (el negocio jurídico como norma jurídica privada), la concepción axiológica³¹ (el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses), la concepción programática³² (el negocio jurídico como acto programático por medio del cual se realiza un programa previamente determinado por los particulares).

Todas estas concepciones han buscado descifrar al negocio jurídico, precisamente porque son conscientes de la importancia que éste representa en la doctrina civil y en el pensamiento jurídico de los sistemas adscritos a la familia romano germánica.

y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 106; SCONAMIGLIO, Renato. «El negocio jurídico. Aspectos generales». En: Teoría General del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario. Presentación de Giovanni Battista Ferri. Ara Editores. Lima. 2001; TABOADA CORDOVA, Lizardo. «La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico». En: Themis. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Edición de Aniversario. Segunda Época. N° 30. Lima. 1994. Pág. 64. También en: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 233-242.

²⁹ ROMANO, Santi. «Autonomía». En: Frammenti di un Dizionario Giuridico». Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1983. Págs. 7-18; ROMANO, Santi. El Ordenamiento Jurídico. Traducción de Sebastián Martín – Metartillo y Lorenzo Martín – Metartillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963.

³⁰ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Traducción por Luis Sancho Mendizabal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid; MORALES HERVIAS: Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 138 – 147.

³¹ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 130; Para una lectura resumida de la postura de Battista Ferri, sugerimos ver: BATTISTA FERRI, Giovanni. «El negocio jurídico». En: Teoría General del negocio jurídico. 4 Estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 185 - 251. Para un enfoque más sucinto aún, pero no por ello menos interesante, ver: 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. Págs. 15-24.

³² FALZEA, Angelo. «L'Atto Negoziale Nel Sistema dei Comportamenti Giuridici». En «Rivista di Diritto Civile», Año XLII, 1996, pp. 34-35; FALZEA, Angelo. «El Negocio Jurídico y Autonomía Individual»: Trad. Rómulo Morales Hervías en «Revista Jurídica del Perú». Tomo 82, Diciembre 2007. Lima: Gaceta Jurídica, Pág. 262.

Como bien se ha dicho, no debemos confundir la utilidad del negocio jurídico con la concepción unitaria del negocio jurídico en nuestro Código Civil. Y es que por más que unitaria y legislativamente no exista el negocio jurídico en nuestro Código, no por ello se puede desconocer la utilidad que aquél representa, en cuanto permite «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 resolverlos»³³.

Un dato más para que no queden dudas de la importancia que aún tiene el estudio del negocio jurídico, son las palabras de Rodolfo Sacco:

«Las nociones de hecho, acto, negocio, brindan al jurista aquellos servicios que pueden ofrecer, como máxima, las categorías ordenantes. Son vehículos adecuados para traer a la conciencia del jurista problemas complejos, que de otra manera se abandonarían a la praxis (...). En el siglo XXI no ha muerto, sino que se reaviva la conciencia de que el pensamiento tiene la necesidad de filtrarse por medio de categorías ordenantes y generales. La variedad de las reglas no reniega de la generalidad ni de la homogeneidad de apropiados instrumentos del pensamiento (las ideas, las nociones, los conceptos, las definiciones) ni de apropiados instrumentos de comunicación (las palabras). (...) La noción general no es un instrumento para quien debe formular la regla del derecho civil. Pero la noción general es el instrumento para quien quiera plantearse los problemas del derecho civil»³⁴.

VI. CONCLUSIONES

- El negocio jurídico, en tanto categoría legislativa, no existe en nuestro país, ya que las reglas que forman parte del Libro II del CC, son aplicables únicamente para la figura de los contratos, mas no para el matrimonio ni el testamento, como originariamente fue planteado en la doctrina alemana.

³³ Paolo ZATTI y Vittorio COLUSI. *Lineamenti di diritto privato*. Nona edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A. Padova. 2003. Pág. 18, cita de MORALES HERVIAS, Rómulo. «Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial». En: *Revista de Derecho*. Universidad de Piura. Volumen 5. Año 2004. Pág. 98.

³⁴ SACCO, Rodolfo. *Il fatto, atto, il negozio*, En: *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*. UTET Giuridica. Turín. 2006. Pág. 1. Citado por LEON HILARIO. «El negocio jurídico según Rodolfo Sacco. Ideas de un maestro italiano». En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LV. N° 65. Noviembre – Diciembre. 2005.

- Contribuye a esta inexistencia de la concepción legislativa del negocio jurídico en el Perú, al hecho de que nuestro sistema jurídico no haya consagrada (como sí lo hizo el BGB y lo hace el Código Civil Brasileño) una Parte General, de la cual sea integrante el negocio jurídico.
- El contexto político, económico y social en el cual surgió el negocio jurídico, ha cambiado radicalmente, y de ello algunos reconocidos autores han pretendido sustentar la muerte del negocio jurídico.
- El hecho de que el negocio jurídico no haya sido consagrado de forma legislativa y unitaria en nuestro CC, no debe llevarnos a concluir sobre su inutilidad. En efecto, no debemos confundir la utilidad del negocio jurídico con la concepción unitaria del negocio jurídico en nuestro Código Civil.
- El negocio jurídico, como categoría lógica, ordenante y general, otorga al jurista apropiados instrumentos del pensamiento para abordar figuras o instituciones jurídicas homogéneas o afines.
- Debería derogarse todo el Libro II del Código Civil Peruano, mal denominado «Acto Jurídico», y pasar a formar parte de la Sección Primera denominada «Contratos en General». Esto sería una muestra de honestidad y respeto para con el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas. Como ya señalamos, actualmente nuestro CC no tiene una estructura idónea para dar cabida al negocio jurídico como categoría general; mantener el Libro II es plasmar una gran mentira: la existencia del negocio jurídico en nuestro CC.

En caso se opte por dejar intacto el Libro II del Código Civil, por lo menos debería evitarse definir al negocio jurídico. El legislador debe tener muy en cuenta la antigua regla del Derecho romano que toda definición es peligrosa. Una de las mayores virtudes del BGB es precisamente sus pocas definiciones, y esta auto-restricción del legislador permite dejar a la doctrina la tarea de desarrollar los conceptos. Esta es la clave para la longevidad de los Códigos, como ha sucedido con el BGB, y debería suceder con nuestro Código Civil.