

CODIFICACIÓN CIVIL Y REFORMA

Martín Mejorada C.*
Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El Derecho, como herramienta al servicio de la sociedad, debe ser siempre una respuesta a la realidad para asegurar la idoneidad del resultado, así como la legitimidad de su aplicación. De esta forma, toda codificación debe estar acompañada siempre de una mirada crítica y una adecuación constante.

En el presente artículo el autor realiza una breve reseña histórica sobre el proceso de codificación en el Perú, cuestionando a su vez, a través de reflexiones y ejemplos, cuál es la utilidad de la labor codificadora, al punto de plantearnos la pregunta ¿Es necesario un Código Civil en el Perú?

* Abogado. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

Parece que fue ayer cuando escribí para THEMIS 20, siendo aún alumno de la Facultad y miembro de la Revista. Es un honor seguir acompañando a esta organización veinte años después en la edición número 60. THEMIS ha dado muestras innumerables de su adecuación permanente al signo de los tiempos, tanto en aspectos editoriales como en los más sensibles de su estructura institucional, sea para aceptar la realidad o para contestarla y protestar. Recuerdo que en el Comité Directivo debimos tomar la decisión, por ejemplo, de pasar de la edición de ochenta y cuatro páginas, engrapada en la parte central, al formato de lomo encolado de ciento treinta páginas. No era solo un asunto de dimensión material, había que cambiar la idea de brevedad y sencillez en el *magazine*, tan apreciada por algunos como el suscrito, por la de mayor cobertura en papel y especialidad, de interés para los modernos lectores y los nuevos auspiciadores, ávidos de citas kilométricas y mayor extensión para la publicidad. Así, también tuvimos que abordar la incorporación de nuevos sistemas de elección de miembros y directivos, a través de la convocatoria pública y legitimidad democrática, contrariando la moda autoritaria de esos años. En fin, la adecuación constante y la mirada crítica han sido y siguen siendo el emblema de THEMIS. Lo mismo debería ocurrir con los modelos formales que sirven de recipiente a las normas positivas, entre ellos la codificación civil y sus emprendimientos reformistas, sobre todo en el Perú de hoy, tan distante del clima que reinaba en noviembre de 1984 cuando se dio el código que hoy presenta uno de sus varios proyectos de reforma. De ello me ocuparé brevemente en las siguientes líneas.

La idea general de este ensayo es mostrar que la codificación civil es una técnica que debe revisarse seriamente en el Perú y por tanto también la dimensión de las reformas parciales a las que estamos acostumbrados. El punto de partida es que el Derecho, como herramienta institucional, siempre es una respuesta a la realidad (o debería serlo) para asegurar no sólo la legitimidad de su aplicación sino la idoneidad del resultado. La realidad es el devenir de hechos en una sociedad que aunque eventualmente encuentra puntos de contacto en ubicaciones distintas, nunca es exactamente igual y, sobre todo si se mira hacia atrás, las diferencias se aprecian radicales. Lamentablemente, en

nuestro caso, el enlace Derecho - Realidad suele ser sólo una aspiración. En efecto, las razones que celebraron la dación del primer Código Civil peruano en 1852, émulo del célebre documento napoleónico de 1804, ciertamente no se conservan hoy y diría que ni siquiera en sus orígenes republicanos tuvo ese código la connotación del texto franco. Mientras se firmaba el código peruano se estrenaba la *Dama de las Camelias*, y Dumas daba cuenta, a través de sus personajes y a su manera, del romance y tragedia de la Segunda República. El contexto del llamado Código Napoleónico había cambiado por completo y, claro, seguía siendo absolutamente extraño para nosotros que disfrutábamos del auge del guano y de las sospechosas obras públicas del conservador Echenique; sin embargo, era bueno tener un código y el francés sonaba bien. Tampoco el cuerpo legislativo de 1936 y menos aún el de 1984 se rodearon del escenario post revolucionario que explicó los primeros códigos europeos. La gran valía de sus autores más emblemáticos, como los profesores Calle, Solf y Muro, José León Barandiarán y Jorge Avendaño, no cambia la realidad. La situación del Perú nunca ha sido la de los países que nos han legado sus instituciones jurídicas más prestigiosas, sin embargo no sólo hemos incorporado sus figuras sino también sus sistemas formales (códigos) y los atesoramos.

Sin perjuicio del esfuerzo reformador, siempre entusiasta, y sin subestimar la algarabía de quienes tratan los aspectos más técnicos del Derecho Civil, sea para describir lo evidente o para volver sobre viejas discusiones, inútiles muchas de ellas, lo cierto es que el sistema y la utilidad del código enfrenta serios cuestionamientos, vista la riqueza siempre cambiante de la realidad social, de la vida en general, las tendencias en materia legislativa, la práctica legal y el proceder algo aislado en las labores de reforma. No se me malentienda, aprecio y felicito el espíritu reformador, del cual confieso soy parte de una u otra manera, pero quizá se está derrochando energía en un instrumento que ya no tiene el alcance que se cree, (o que se requeriría de él) para ser verdaderamente útil.

La codificación fue la respuesta de la Ilustración y el Iluminismo a la inseguridad que reinaba en los sistemas legales europeos de principios del siglo XIX. Producto de la dispersión y el gran desorden social, herederos

de guerras permanentes y pareceres diversos, ausente ya el poder unificador de Roma, cuya resaca milenaria apenas resistía la mixtura y colorido germánico, las ciudades y nacientes estados, debía procurarse una herramienta confiable que concentrara las normas básicas de convivencia y que no dejara dudas sobre sus alcances. Nada más ajeno a la razón y al pensamiento liberal que la incertidumbre y el desbarajuste jurídico, por ello la idea de poner en uso un texto único que aglutinara la legislación más importante, sabiendo que ahí está todo y de manera ordenada, dando cuenta de un "sistema", era sin duda una solución indispensable.

Con el pasar de las décadas la codificación sufrió algunos cambios en su fundamento, aunque conservando el propósito de concentrar el derecho positivo a través de un sistema coherente y, por esa vía, eliminar la incertidumbre. Aparece la idea de que los códigos son portadores de los principios básicos del derecho, definidores de las estructuras mínimas, que a partir de ellos se puede interpretar el resto del ordenamiento. En el código se define la persona, la capacidad, el acto jurídico, la muerte, la sucesión, la familia, la propiedad y sus desmembraciones, las obligaciones y sus modalidades, los negocios particulares, la responsabilidad civil, etc. Es el derecho común, un vehículo de aplicación supletoria a todo el sistema jurídico. El resto del ordenamiento puede entenderse a partir de las normas del código que explican lo básico, lo esencial, a partir de lo cual se construye todo lo demás. Pretenciosa vocación de superioridad que temo nunca estuvo legitimada realmente, sobre todo en nuestro país tan proclive al desorden jurídico y a los usos autoritarios. Diré entonces que dos han sido los principales fines de la codificación, a saber: a) concentración legislativa que elimina incertidumbre; y, b) definición de estructuras básicas que abarcan todo el ordenamiento como un sistema. A través de algunas reflexiones y ejemplos veamos si estos fines se cumplen en el Perú para tratar de entender la utilidad de la labor codificadora.

Abordar el tema de la codificación y su reforma es más álgido en estos tiempos de gran vorágine, especialidad legal, descentralización política y normativa, sistemas de información y economía de mercado, entre otros; pues todo ello exige mucho más que un texto ordenado o quizá ya

no sólo un texto ordenado, sino un cúmulo de cuerpos normativos cada uno en su ámbito, y con sus propias características y detalles. Sin duda las circunstancias han cambiado en 200 años y la necesidad de un sólo instrumento en materia civil se ve dudosa, sobre todo en el caso peruano donde se experimentan las primeras luces del desarrollo y el crecimiento económico. Especial mención merece el hecho que nuestro querido Código de 1984 responde en sus aspectos más sensibles, económicos y sociales, a consideraciones que cayeron con el Muro de Berlín. Un código prohibitivo y reglamentarista, de plazos y montos máximos, era propio del régimen felizmente abandonado de la Constitución de 1979, cuando el Estado fijaba los precios de los arrendamientos y decía qué era conveniente o no en materia económica y aceptaba sin sonrojo que se interviniese empresas privadas y se rompieran contratos en homenaje al llamado interés social. Todo eso cambió en los 90 pero el código no. También hay que advertir sobre el feliz abandono de la distinción entre Derecho Civil y Derecho Mercantil, como una frontera infranqueable que ponía de un lado a comerciantes y del otro a ciudadanos ingenuos e ignorantes de asuntos patrimoniales, y que justificaba regímenes diversos, asegurando el ámbito meramente doméstico y, digámoslo cariñosamente, hogareño, del Derecho Civil y su código. Hoy se sabe y se acepta que todo está mezclado. Las amas de casa, los campesinos, los abogados y los agentes bursátiles, compran viviendas e insumos para alimentarse, celebrando los mismos contratos y enfrentando los mismos riesgos. Sus propiedades, sin importar donde están ubicadas, o cómo se hicieron de ellas, sufren las mismas limitaciones y amenazas desde el Estado o desde sus vecinos o competidores.

- a) Concentración legislativa que elimina incertidumbre

Sobre la función de concentración del Código Civil, cabe preguntarse si la necesidad de orden, simplicidad y razón tienen hoy el mismo sentido y demandan la misma respuesta que en el siglo XIX. Opino que no. El sistema legal se ha caracterizado en los últimos tiempos por su profunda especialización y dispersión ante el llamado de una realidad igualmente diversa.

No me refiero a la necesidad de que los cuerpos jurídicos positivos estén ordenados

y prodiguen claridad, lo que siempre será un imperativo de la más mínima limpieza, por eso proliferan los llamados textos únicos ordenados en nuestra legislación, pero ciertamente eso no hace un código, ¿o sí? Lo que hoy observamos es una gama impresionante de legislaciones especiales en casi todos los ámbitos de la actividad privada, que precisamente encuentran en su diversidad su razón de ser y que, vista a dimensión de los hechos que regulan, resultan siendo las normas más importantes por el número de personas y negocios involucrados en ellas. Así tenemos leyes fundamentales como la Ley General de Sociedades (Ley 26887), la Ley de Títulos Valores (Ley 27287), la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo 861), el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley 26821), la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702), la Ley General de Salud (Ley 26842), la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo 1053), la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley 27181), la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338), la Ley General de Turismo (Ley 29408), la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972), la Ley General de Minería (Decreto Legislativo 109), la Ley General de Pesca Decreto (Ley 25977), la Ley del Sistema Concursal (Ley 27809), la Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley 26221) y la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley 28677), entre otras¹; la mayoría de ellas de enorme importancia privada o, más delicado aún, de indiscutible relevancia en el ámbito de las limitaciones que el Estado puede imponer a derechos típicamente regulados en el Código Civil.

Estas leyes son especiales pero en conjunto se ocupan de casi todo, dejando al Código Civil solitario en supuesta regulación general de aspectos claves de las relaciones privadas, lo que es incompatible con su rol ordenador y fuente de certidumbre. El argumento del codificador civil de que lo especial permanece en su ámbito y ahí no entra lo general del código para ordenar se debilita cuando lo

especial es, en conjunto, el todo o al menos lo más relevante del ordenamiento. La cobertura de este impresionante conjunto era impensable en los albores de la codificación europea y claramente la concentración de la que ella hacía gala no estaba referida a la incorporación de normas que de por sí ya constituían un orden y sistema.

Además, en clara demostración que la idea de un código se ha dispersado y distorsionado, encontramos cada vez con más frecuencia la utilización de ese nombre para referirse, simplemente, a la regulación sistemática de un tema en un sólo cuerpo normativo, aun cuando el mismo sea parte de un fenómeno mayor. Así tenemos hoy en el Perú varios “códigos de (...)” que igual se pudieron haber llamado “leyes de (...)”. Es el caso del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) y el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337).

De otro lado, la dispersión legal, entendida no como la incoherencia y desorden sino como la variedad y proliferación de subsistemas, no es más un problema. Los operadores legales y para legales, cada vez más profesionales, son formados desde las escuelas en el manejo de las técnicas de información, por lo que el acceso a las normas nacionales e internacionales es sencillo y no demanda necesariamente un instrumento físico de fácil manipulación y portable, como alguna vez se dijo de los códigos. Hoy, los estudiantes de derecho y abogados portan miles de códigos, leyes y sentencias en sus ordenadores de mano y hasta en sus teléfonos celulares, y ubican las normas más escurridizas en segundos, a través de la web o servicios especiales contratados en línea. Nada de esto puede ser ignorado al momento de repensar la labor codificadora.

Se podría decir que el ciudadano común y corriente no tiene acceso a las herramientas de información y por tanto necesitan del texto, el libro, el código en sentido material. En primer lugar creo que el acceso está más próximo de lo que se cree. Según la información más reciente del INEI, el 78% de la población universitaria del país accede a internet

¹ A esta relación hay que agregar la impresionante gama de normas municipales y regionales que impactan en el día a día de la vida privada y los reglamentos expedidos por organismos del Poder Ejecutivo e incluso instituciones autónomas, que en los hechos actúan por su cuenta y generan sus propios espacios.

regularmente y la cifra es progresiva entre los jóvenes estudiantes. En segundo lugar, la verdad es que los ciudadanos comunes y corrientes antes que mirar el Código Civil, revisarán la legislación especial que se aplica a su negocio o a sus asuntos, o de plano no revisarán nada. Seamos realistas, las normas legales y su manejo profesional es cuestión de los profesionales, la información general del público no se logra a través de la codificación sino por los mecanismos de educación en los que hay trabajar. Las dificultades innegables de acceso a la información en operadores profesionales del interior del país se deben abordar con inversión en esa materia, no negando la proliferación legislativa y su especialidad, mucho menos combatiéndola, ya que es una realidad poderosa y necesaria en el marco del desarrollo al que aspiramos.

- b) Definición de estructuras básicas que abarcan todo el ordenamiento como un sistema

El rol sistematizador de la codificación civil, su pretensión ordenadora y rectora, es probablemente la que peor futuro enfrenta si no se aborda el tema con calma. Cuando la codificación empezó la concentración, era real, es decir, quedaban abrogadas todas las legislaciones dispersas para abrir paso a un sólo cuerpo normativo, pero eso ya no ocurre. Todo lo contrario, la especialidad es el signo de los tiempos y subsistirá de modo que la codificación tiene que aprender a vivir con ella y aún así ser útil. ¿Cómo lograrlo?

Todos los cuerpos normativos antes mencionados regulan situaciones de la realidad que en conjunto terminan comprendiendo el espectro total de la vida social. Su especialidad las ha llevado a desarrollar sus propios principios y estructuras básicas, en muchos casos contrariando abiertamente los postulados más asentados del Derecho Civil. ¿Es esto deleznable? En lo absoluto, es el comportamiento natural del sistema legal que, respondiendo a las necesidades prácticas, expresa su dispersión y plantea sub ordenamientos cada uno con características propias. Ahora bien, no es impensable extraer del conjunto principios comunes y ordenadores, manteniendo la complejidad de lo especial. Lo que hay de común en ellos, por ahora, no lo dice el Código Civil de 1984 y claramente éste no puede ocuparse simplemente de sumar las leyes por el mero afán de concentrar la legislación.

Soy un convencido que la esencia del derecho está en estructuras jurídicas mínimas que deberían ser compartidas por todos los sub sistemas, sin perjuicio de la especialidad y tecnicismo. Esta opinión no se sustenta en la ponderación de los conceptos arraigados ni mucho menos (se sabe de mi profundo desapego por el dogma jurídico), sino en lo conveniente que es compartir esquemas básicos como un modo indispensable para ser "sistema" legal, es decir un conjunto de instrumentos enfilados a conseguir objetivos más o menos comunes a través de procedimientos y principios compartidos. Esto es lo general, quedando lo particular para cada ordenamiento o sub sistema. Así se facilita la labor legal y, claro, la solución de controversias. ¿Dónde están esas estructuras básicas? No están en el Código Civil por el sólo hecho de ser código. Por cierto no están en Roma ni en las bibliotecas pontificias o las escuelas alemanas o austriacas, mucho menos en las españolas y argentinas, tan populares todas. Están en el propio sistema legal, el nuestro. Hay que buscarlas en ese conjunto de normas especiales que han tomado el sistema desde hace 20 años y lo han reformado por completo. Ahí están los principios y estructuras básicas civiles.

Por ejemplo, La Ley de Garantía Mobiliaria, la Ley de Títulos Valores, la Ley de Garantías en Viviendas Sociales (Ley 28698) y hasta la Ley de Concesiones en Obras de Infraestructura en Servicios Públicos (Ley 26885), señalan que las garantías se ejecutan extrajudicialmente. A la vez el código dice, en solitario, que la hipoteca se ejecuta en juicio. ¿Quién porta lo especial y quién lo general? Asimismo. La Ley de Recursos Hídricos señala que los bienes asociados al agua son también del dominio público, como por ejemplo las riveras de los ríos, los cauces y las tierras ganadas por eventos de la naturaleza, lo que rompe con 5,000 años de conceptos sobre accesión y avulsión que el código conserva hasta hoy. El concepto de ejecución de garantías y dominio señalado en el Código Civil debería ser la fuente de todas estas regulaciones especiales, ordenando la variedad y generando elementos comunes de certidumbre, pero no lo hace. Lo mismo con las servidumbres para la explotación de recursos naturales previstas en la Ley de Minería o en la Ley de Hidrocarburos, que describen la servidumbre como un derecho temporal y eventualmente excluyente del dueño del predio afectado, contrariando la

más rancia tradición civil en esta materia. Si uno se pregunta sólo por el espacio ocupado por servidumbres en el Perú, ¿cuál de ellas tiene más importancia, las llamadas especiales o las civiles? Evidentemente las primeras, por tanto su esquema básico debería estar en el código pero no es así. Nada de eso está ordenado en el Código Civil.

¿Dónde está lo básico vigente en materia de ejecución de garantías? ¿En el Código Civil de 1984 o en las normas “especiales” de muebles, títulos valores y viviendas sociales? Obviamente las segundas, no sólo porque son normas que acompañan al régimen económico de la Constitución, sino porque son comprensivas de un sistema mayor. Si para ejecutar viviendas de personas de escasos recursos se admite la venta extrajudicial, lo mismo que para los muebles, los títulos valores y hasta las concesiones de obras de infraestructura que importan a toda la Nación, ¿qué queda en el ámbito hipotecario, supuestamente general, que sólo acepta la venta judicial? Nada.

En conclusión, sí hay espacio para un Código Civil pero reducido a la descripción de las estructuras elementales que subyacen al conjunto. Una vez obtenida la descripción de las reglas básicas de la fuente correcta, ¿qué se quiere con ellas? Es decir, ¿el código debe conservarlas e imponerlas o sólo debe describirlas para su fácil manejo en el resto del ordenamiento? No puede

imponerlas, nunca pudo ya que su fuerza o jerarquía normativa no alcanzó jamás para imponerse a nada. El código es una ley como cualquier otra. Las normas especiales lo rebasarán sin reparo y sin que éste pueda hacer nada para evitarlo. El valor del código radicará entonces en que tan bien describa las estructuras elementales y principios que emanan del conjunto del ordenamiento y mantener permanentemente actualizada dicha descripción. Un código en esta línea sería muy breve si sólo dijera cosas como: “la ejecución de garantías puede ser extrajudicial si se conviene así”.

Como adelanté líneas arriba, temo que en el caso peruano el punto de partida para la tarea de mantener actualizado el código es errado, pues el Código Civil de 1984 es de por sí distante de los principios que reinan en el ordenamiento económico y social. La labor reformadora acaso se centra en la conservación de conceptos arraigados, aunque con cierto toque funcional, vista la indudable valía y seriedad de los reformistas, pero retoques conceptuales al fin, sin mirar lo que ha pasado en el resto de ordenamiento especializado y que abunda en esquemas básicos distantes del código. Mientras tanto, siempre es interesante y entretenido compartir conceptos del código ochentero, que, aunque ya no brille tanto como la nocturnidad de esa década, sigue siendo herramienta del día a día y fuente decisiva para las decisiones de la Corte.