

# PALABRAS INTRODUCTORIAS: EL PROBLEMA DE LA CODIFICACIÓN EN LA ACTUALIDAD Y EL PARADIGMA DEL CÓDIGO CIVIL. CELEBREMOS Y REFLEXIONEMOS

## OPENING REMARKS: THE PROBLEM OF CODIFICATION TODAY AND THE PARADIGM OF THE CIVIL CODE. CELEBRATING AND REFLECTING

Mauro Grondona\*  
Universidad de Génova

Cuando nos enfrentamos a la codificación, al Código Civil y al significado de la codificación en las distintas zonas geográficas del mundo, no solo enfoques políticos, culturales y técnicos son necesariamente diferentes, sino que, ante todo, la sensibilidad del observador es diferente. Aquí, por observador entiendo al jurista –por tanto, a todos nosotros– interesado en comprender no solo la historia interna de las distintas codificaciones nacionales, sino también las influencias recíprocas de las distintas tradiciones jurídicas, dentro de las distintas zonas geográficas, y, por ende, de las distintas zonas geopolíticas.

Es precisamente la sensibilidad cultural del jurista lo que pongo en el centro de esta intervención, porque es evidente que la relación entre Código Civil y juristas depende de lo que se espera de este libro. En este sentido, todo jurista perteneciente al ámbito del Derecho Civil se ve abocado a preguntarse, hoy más que ayer: ¿para qué sirve un Código Civil? O, mejor dicho: ¿sigue siendo necesario un Código Civil?

Creo que podemos empezar con una observación muy sencilla, sobre la que considero que todos podemos estar de acuerdo. No es lo mismo pensar en el Código Civil de hoy que en el de hace doscientos, cien o incluso cincuenta años. En el pasado, el Código Civil se entendía como la carta constitucional de las relaciones civiles, de las relaciones entre particulares: de ahí que los códigos civiles fueran instrumentos normativos en los que pensar a largo plazo. Una larga vida jurídica legitimada por una larga vida cultural, en el sentido de que, cuanto más homogénea era una sociedad –desde el punto de vista económico, y, sobre todo, desde el punto de vista social– tanto más justificado estaba un código civil entendido como instrumento estable. En

este sentido, el Código Civil reflejaba perfectamente aquellas fuerzas culturales y económicas que lo forjaron, en la lógica de la teoría de las élites. Este ya no es el caso hoy en día, en ningún país, y esta observación se aplica tanto a la tradición del Derecho Civil como a la del *common law*.

Lo que se denomina una sociedad abierta, es decir, una sociedad democrática liberal fundada en la *Rule of Law*, en el Estado de Derecho, ha socavado la idea del código como instrumento de ordenación: el orden tradicional del Código Civil es un orden de arriba hacia abajo; el orden de las sociedades abiertas es un orden de abajo hacia arriba. Sin embargo, hay que subrayar una cosa: la sociedad abierta no renuncia a la idea de orden. Yo diría que ningún ser humano puede renunciar a la idea de orden, lo que cambia es la forma en que se forma este orden, y también el contenido que pretende.

¿Esta observación mía lleva entonces a decir que hoy las ideas de ‘codificación’ y de ‘Código Civil’ son ideas obsoletas? No, no lo creo, y, además, aunque lo pensara, la evidencia empírica me contradeciría: hoy en muchos países (incluido el Perú) se discute la reforma del Código Civil y la codificación –incluso puedo referirme también, a pesar de que por ahora han sido proyectos fallidos, a los diversos proyectos que hace varios años hubieran querido crear un Código Civil europeo, o un Código europeo de Contratos.

Reduzcamos entonces un poco nuestra mirada para interrogarnos sobre la relación entre el Código Civil italiano y la cultura del Derecho Civil latinoamericano. Con una aclaración: ciertamente, la cultura jurídica italiana no se encierra únicamente en el Código Civil, pues también debemos

\* Abogado. Doctor por la Universidad de Génova (Italia). Profesor en la Universidad de Génova. Autor de diversos artículos y libros sobre temas relacionados al Derecho Contractual, Responsabilidad Civil, Derecho de Familia, Interpretación de la Ley y Derecho Comparado. Contacto: mauro.grondona@unige.it

tener en cuenta la labor de la jurisprudencia: una labor de aplicación y, por consiguiente, también de transformación.

Soy muy consciente de que este es un punto a discutir, pero no solo en Perú, incluso en Italia, yo diría que especialmente en los últimos cinco años, estamos siendo testigos de una reacción contra el fenómeno de ‘creacionismo judicial’, que caracteriza a muchos tribunales de última instancia y a muchos tribunales constitucionales de América Latina –después de todo, el famoso fenómeno del diálogo entre tribunales significa exactamente esto: adoptar por vía interpretativa las soluciones que han sido aceptadas por la jurisprudencia de un sistema extranjero.

Si razonamos entonces en torno a la codificación italiana, no podemos olvidar las numerosas interpretaciones jurisprudenciales que se han sucedido en las décadas transcurridas desde su entrada en vigor, en 1942 (y no cabe duda de que el derecho jurisprudencial, como derecho viviente, expresa un componente fundamental de la cultura jurídica de un sistema determinado).

Esta observación nos lleva a lo que señalé anteriormente, al principio de mi discurso: si pensamos en modelos jurídicos (pero la expresión modelo jurídico ya recuerda una comparación eurocéntrica, del siglo XX, que ha quedado atrás) y en la circulación de estos, es evidente que la forma en que se transpondrán dependerá tanto de la técnica como de la dogmática jurídicas, de la planificación y, por tanto, de las condiciones políticas, tanto como de la operativa como de la aplicación de las características del momento histórico y del contexto cultural general.

Esta aclaración es obvia, pero sirve para reiterar un aspecto: los elementos, aunque genéricamente entendidos, ‘de contexto’ tienen, como de costumbre, una relevancia primordial en el funcionamiento del mecanismo jurídico, como ocurre siempre con referencia a cualquier mecanismo social entendido en el sentido de la sociabilidad observada en su proceso de acción concreta, tanto más cuando la dimensión de la sociabilidad puede expresarse dentro de un contexto político referible al concepto de ‘sociedad abierta’, concebido, hoy en día, en el sentido de la pluralidad de perspectivas y puntos de observación del individuo.

A menudo, estas perspectivas y puntos de vista del individuo adquieren muy rápidamente un significado social importante y, como resultado, político y jurídico, sobre todo en determinados asuntos, operan en clave transformadora gracias a la mediación jurisprudencial.

Al fin y al cabo, el paso, tendencial para algunos o ya logrado para otros, de una sociedad pluralista a una sociedad efectivamente plural expresa bien el sentido de esta fuerza social máxima que, sin embargo, pasa por el individuo y, a continuación, por la jurisprudencia. Como fuerza social, es también una fuerza ordinal, reforzando así el vínculo entre sociedad, política y derecho, que está, como resultado, en la base de toda idea de juridicidad en constante evolución, que es entonces el distintivo de toda cultura jurídica y política verdaderamente democrática liberal.

Mi perspectiva de observador de la codificación italiana desde el punto de vista de la relación entre las diferentes culturas jurídicas y también desde el punto de vista de la circulación de los códigos civiles debe entonces situarse necesariamente dentro de ese fenómeno que hoy estamos acostumbrados a llamar la ‘progresiva apertura de los sistemas jurídicos’: un fenómeno que, precisamente en la doble perspectiva de la historia interna de la codificación y de la comparación diacrónica de ella, exige ser objeto de lo que podemos llamar una indispensable ‘puesta a punto cultural’ y que sirve para comprender el sentido profundo del pensamiento codificador en clave histórica, es decir, en los límites del tiempo y del espacio y, no al contrario, de manera ahistórica.

A continuación, quisiera abordar las dos cuestiones siguientes: (i) discutir el tema de la codificación civil en la actualidad; y (ii) leer el tema de la codificación en la actual perspectiva jurisprudencial democrática liberal, considerando así expresamente la dimensión jurídica de la actual sociedad abierta posmoderna o contemporánea.

Sobre el primer punto anotado, el éxito de la ‘idea de código’, en el pasado como en el presente, tiene por su lado esa necesidad de ordenar la ciertamente plural realidad fenomenológica, de ahí lo que empíricamente acontece: una necesidad, la necesidad de poner en orden, que es casi indeleble del horizonte del jurista y del Derecho; esta necesidad es evidente, de ahí se sigue que el orden sea un factor estabilizador entre lo individual y lo social. Esto último generaliza lo individual y, en consecuencia, lo socializa, por un lado, e individualiza lo social, por otro, en términos de imitación de conductas y modelos generalizados, que, en el proceso mimético, son, sin embargo, individualizados. Es decir, readaptados a la especificidad de la persona.

Esta necesidad se encuentra en el centro de la existencia misma del ser humano, porque es el centro de la idea de sociedad, de colectividad, de pluralidad de personas, de agregados; en definitiva,

está sobre todo en el centro de la sociedad abierta actual, muy necesitada de orden, precisamente porque la sociedad abierta como tal no tiene ninguna intención de abdicar de la idea de una libertad individual en constante expansión. Y no cabe duda de que el fenómeno del ‘orden social’ y de la ‘puesta en orden’ debe entenderse también como una consecuencia de esta expansión: la libertad se expande dentro del orden, pero el orden jurídico-político que permite la expansión de la libertad es un orden fisiológicamente abierto, y es precisamente esta apertura la que puede conducir a un desequilibrio entre libertad y orden.

Aquí, pues, el punto a discutir, cuando se habla de codificación, y en particular, en este caso, del Código Civil, no es el de la adhesión o la crítica a la idea de orden. En efecto, no cabe duda de que el derecho debe ser (como siempre lo ha sido) un instrumento de ordenación.

El problema, sin embargo, surge en el mismo momento en que se hace esta consideración. Es decir, y planteo esta cuestión en términos de pregunta: ¿es el orden del derecho un orden necesariamente impuesto por un legislador que ha recibido una delegación política de la comunidad o es un orden que tiende a ser espontáneo, que se afirma gracias a ajustes progresivos que, primero, encuentran una posibilidad concreta de manifestarse a través de intervenciones, sobre todo de la jurisprudencia, y que, más adelante, pueden encontrar también, a través del legislador (esto será una eventualidad y no una necesidad), una consagración en el código (pero siempre sin perjuicio de que, a estas alturas, esos ajustes ya se hayan realizado y, por tanto, el legislador se limite a transponerlos)?

Si esta es la cuestión, se observa inmediatamente que son las mismas novedades jurisprudenciales aceptadas en el ordenamiento jurídico (pero más allá de su codificación o formalización legislativa) las que, en la medida en que están suficientemente consolidadas, expresan en sí mismas un orden, en parte nuevo, pero siempre en términos de estabilización social.

Aquí surge entonces el segundo problema, dentro de lo que, con un sencillo juego de palabras, podríamos llamar también el ‘tema de la ordenación del orden’, entendido, al mismo tiempo, como necesidad antropológica, como necesidad política, como premisa conceptual, como oportunidad metodológica y como salida aplicativa.

Este segundo problema es: ¿se trata de un orden estático, estable, móvil? Es decir, ¿es un orden abierto o cerrado? Yo diría que la respuesta que ofrece el derecho contemporáneo no admite

dudas: orden, ciertamente, pero orden siempre abierto, es decir, siempre en constante transformación. Estabilidad en la movilidad.

Aquí radica la diferencia fundamental entre el Derecho moderno (en el sentido del derecho de finales de los siglos XIX y XX) y el Derecho contemporáneo: la multiplicación de los centros de producción no solo del Derecho, sino de la propia juridicidad, que es una dimensión mucho más amplia con respecto al Derecho, también porque necesariamente escapa del, e incluso desafía al, formalismo jurídico clásico, a partir de la idea de la jerarquía de las fuentes.

En este último aspecto, el tema jurídico es precisamente el de la teoría general de las fuentes del Derecho, así como el de la división de poderes, vinculado a la lealtad, que todos profesamos, al principio del Estado de Derecho. Pero esta declinación jurídica es solo un aspecto y es solo un efecto de ese fenómeno mucho más amplio al que también me he referido antes y que podemos identificar con la fórmula de conveniencia y síntesis del ‘posmodernismo’, que en este sentido no significa otra cosa que la fuerza política del sujeto, la fuerza transformadora del sujeto.

Un fenómeno que ha afectado precisamente a la idea de orden, transformándola (una transición aún en curso) es que se ha pasado del orden estático —entendido como un modelo ideal al que aspirar, con el predominio del deber ser sobre el ser— al orden dinámico —entendido como una necesidad individual y, por tanto, social que hay que perseguir, pero cuya consecución se ve constantemente superada, y, por consiguiente, imposibilitada, por lo que sucede en y entre los individuos.

Es así como la necesidad de orden sigue siendo firme; sin embargo, la búsqueda de este y las formas de conseguirlo cambian forzosamente, en comparación con el pasado. En otras palabras, el pluralismo sociopolítico se convierte en un pilar esencial de toda la ‘experiencia social’, es decir, de todos los modos y manifestaciones a través de los cuales actúan los seres humanos.

Ahora bien, centrándome en el segundo punto anotado, si trasladamos las consideraciones previas al tema de la codificación, no cabe duda de que el sentido general de la codificación también debe cambiar, y cambia porque también está investido por ese aflujo pluralista o, mejor dicho, por esa polivalencia jurídica que surge del propio contexto que busca un orden.

No cambia, pues, la idea de código como ‘orden de ordenación’, pero sí la idea de que este orden

se toma como tal en términos de ‘orden ordenado’, es decir, como estático, cuando se trata de un orden necesariamente dinámico. La diferencia es decisiva: si el código es un ordenamiento estático, se deduce que, en primer lugar, la interpretación del código seguirá un enfoque conservador, en el sentido de permanecer lo más fiel posible al significado literal de las palabras utilizadas por el legislador. Desde esta perspectiva, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia deben colaborar para mantener el código lo más igual posible a lo largo del tiempo, de modo que el orden del código sea realmente un ordenamiento porque ya está ordenado desde el principio.

Si adoptamos este enfoque (que, sin embargo, tal como yo lo veo, en el momento presente, no representa en absoluto la realidad de las cosas, ni en la teoría ni en la práctica), el orden del código es aquel orden que se extiende sobre todas las relaciones que pueden adscribirse a la esfera del Derecho Privado, y lo hace en una manera exclusivamente atractiva y conformadora (y en este sentido también simplificadora: el monismo, al fin y al cabo, cualquiera que sea su declinación, jurídica o no jurídica, es siempre más simplificador que el pluralismo, precisamente porque o bien simplifica una complejidad o bien niega la legitimidad misma de la complejidad).

Este es, pues, el escenario que se abre cuando razonamos situándonos ante un orden estático poco dúctil, poco maleable, nada polivalente, porque los principios, como los valores, como las reglas de detalle están todos ya predeterminados, es decir, preordenados, prefijados en el Código Civil, y solo están a la espera de ser aplicados.

Lo que, en cambio, ha variado en las últimas décadas (yo diría desde finales del siglo XX en adelante. Pero insisto: en Italia es necesario lo que podríamos llamar un retorno al Derecho y un retorno de la ley: es una reacción precisamente ante el poder de la jurisprudencia) es la perspectiva misma desde la que se piensa en el código como instrumento de ordenación. El código no contiene un ‘orden ordenado’, sino que es, de hecho, una herramienta que hay que utilizar para ir constantemente en busca del orden: el orden se realiza a través de su propia construcción. Buscar el orden significa construir progresivamente un orden adecuado al contexto.

Si razonamos en estos términos, el cambio de perspectiva con respecto a la función del código conlleva a un cambio de perspectiva paralelo con respecto al contenido de ordenación del código. De ahí que existan menos reglas detalladas, criterios más elásticos, más disposiciones que contengan casos abiertos, cláusulas más generales. En de-

finitiva, todo aquello que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, se preste a un uso dúctil y flexible, en busca de ese orden que, bajo esta perspectiva, es producto de una labor interpretativa que vincula el problema al sistema.

Con la advertencia de que por sistema (y cabría, a lo sumo, sustituir este término un tanto ambiguo, por el menos ambiguo ‘conjunto’) no se entiende un ordenamiento jurídico cerrado, sino, por el contrario, un ordenamiento jurídico abierto, que permita esa progresiva adaptación no solo a las novedades sociales, sino a aquellas conductas individuales que se mueven bajo la bandera de un pluralismo liberal, que, por un lado, marca la centralidad de la libertad individual (que afecta en no poca medida al contenido de la juridicidad) y que, por otro lado, establece la necesidad de construir un orden de acciones.

En esta perspectiva del ordenamiento jurídico abierto, el Código Civil es, en esencia, ese sustrato jurídico sobre el que, sin embargo, interactúan (prevaleciendo sobre él) ese compuesto de elementos que pueden considerarse todos ellos, en su conjunto, aspectos de la nueva problemática surgida y que servirán como fragmento de un ordenamiento jurídico, no necesariamente paralelo o alternativo al del código, sino integrador de este, en la idea de que el ordenamiento jurídico concreto tiene una fuerza prescriptiva y una eficacia reguladora superiores a las del ordenamiento jurídico abstracto.

Obviamente, y para evitar cualquier malentendido, quiero dejar claro que, al referirnos al orden jurídico concreto, a la dimensión del orden que se construye ante la necesidad de una decisión para resolver un problema concreto, estamos lejos de una perspectiva autoritaria, o peor aún totalitaria, que atribuye al juez un poder directamente político, y en este sentido soberano y, por tanto, potencialmente arbitrario.

Por el contrario, la focalización en la dimensión concreta del orden jurídico, en el orden jurídico que se concreta, es decir, que se construye progresivamente con respecto a los casos, esto es, a los hechos concretos que deben ser resueltos, se ha hecho necesaria porque hoy es preciso sostener, ante todo en la teoría, una visión del derecho que busque proteger al máximo una libertad individual que se convierta ella misma en instrumento de juridicidad: una juridicidad que no es arbitraria, ni directamente, a través de la fuerza de los actores sociales, ni indirectamente, a través de la intervención del juez; es, desde luego, una juridicidad que solo puede apreciarse dentro de un contexto filosófico-político que tenga en su centro la liber-

tad individual, es decir, la acción del ser humano, en este sentido elemento dialéctico de un orden jurídico igualmente dialéctico.

Quiero concluir con una precisión y un deseo, si intentamos conectar las afirmaciones dispersas y fragmentarias que he hecho con relación a la idea de código, así como a su estructura y función, con la idea de codificación, de ordenamiento jurídico abierto, de ordenamiento jurídico en progresiva construcción, de código no como limitador sino como factor ordinamental equilibrador y a la vez propulsor (precisamente porque es un instrumento institucional desde el que y sobre el que trabajar para intentar ordenar lo que socialmente reclama una respuesta en términos necesariamente ordenadores), me parece que, en particular, emerge un aspecto al que podemos asignar una relevancia si no unificadora, al menos armonizadora, y gracias a la cual el ordenamiento jurídico, y por tanto también el código (o sobre todo los códigos), se convierte en el producto de esa cooperación social que lo hace precisamente armónico con el contexto sobre el que luego estará llamado a incidir.

Con todo esto busco referirme al fenómeno, que juzgo positivo, de la globalización cultural: gracias a la globalización cultural, que tiene un punto fuerte en la tecnología, se ha desarrollado una auténtica necesidad, política en sentido pleno, de adoptar determinadas soluciones ya ensayadas en otros lugares. Soluciones que pueden adoptarse y que de hecho se han adoptado, pero no porque se hayan impuesto por mera fuerza cultural, como ocurría con frecuencia en el pasado, incluso en ausencia de objetivos específicos culturalmente colonizadores —se trata de una visión que hoy ya no es factible, y en cualquier caso en sí misma anacrónica.

En este ámbito, la beneficiosa renovación procede, en general, de los estudios culturales y, en particular, de los estudios jurídicos culturales, que, más allá de excesos, ideologías y extremismos, tienen el mérito de haber ofrecido a los estudiosos la oportunidad de adoptar una visión en perspectiva.

La sociedad abierta posmoderna no piensa en términos de localismo o de compartimentación, sino en términos universalistas. Vuelve así la fuerza transformadora de la libertad individual: cada ser humano, en la medida en que es libre y dentro de los límites de la libertad de los que dispone, es un productor autónomo de juridicidad. En este sentido, la dimensión de la subjetividad y, aún más general, el subjetivismo como categoría conceptual

explican la velocidad de un derecho cada vez más significativo en vía transnacional y, por tanto, cada vez más homogéneo, aunque solo sea dentro de esos espacios jurídicos democráticos liberales.

El sentido de la fuerza transformadora y como tal jurídico-política de la subjetividad no entra en conflicto, sin embargo, con la idea de Estado. En otras palabras, la extensión de la libertad individual no debe considerarse antagónica al Estado: la libertad individual de la sociedad abierta contemporánea debe conciliarse con la justicia social.

El papel de los Estados sigue estando firmemente establecido y, en cierta medida, se está ampliando (con respecto a determinadas políticas sociales), pero igual de firmemente establecido está el hecho de que la construcción progresiva del sistema jurídico, es decir, del Derecho, como una empresa colectiva, encontrando, por tanto, su principal fuerza motriz en la libertad individual de cada ser humano (y aumentando así, además, el sentido general de la característica intrínseca de universalidad del Derecho).

Desde este punto de vista, el Estado cumple la función social de hacer que la fuerza jurídica de la libertad individual no solo sea abstractamente posible, sino concretamente operativa, con políticas emancipadoras, que se adapten naturalmente al contexto socioeconómico de referencia. El orden jurídico-político de las sociedades abiertas tiene la notable ventaja de permitir una clara ruptura, en el plano jurídico, entre la idea de un orden jurídico cerrado y la idea de un orden jurídico abierto; entre la idea de un orden jurídico preexistente por estar predeterminado por un poder estatal, jurídicamente legítimo y políticamente legitimado por el consenso popular, y un orden jurídico, por así decirlo, posterior, es decir, en constante construcción, igualmente legítimo y legitimado por ese subjetivismo de base individualista que desemboca luego en un orden jurídico capaz de renovarse constantemente precisamente por ser abierto.

Este es, diría yo, el contexto jurídico-político favorable al que puede remontarse hoy la idea del código y el significado actual de la codificación. Un contexto que, en mi opinión, es también el inicio de una nueva fase (y, como resultado, de una nueva historia, a la que todos estamos llamados a participar) de la codificación.

En estas condiciones, considero, podemos decir: feliz cumpleaños, Código Civil peruano. 🇵🇪