

EL PROCESO DE DESCODIFICACIÓN. UNA PROPUESTA CONCEPTUAL PARA ESTUDIOS HISTÓRICOS JURÍDICOS

Juan CARLOS FRONTERA*

SUMARIO: I. *Ilustración*. II. *Imperio de la ley*. III. *Estado, ley y soberanía*. IV. *Codificación*. V. *Símbolo y culto*. VI. *Descodificación*. VII. *Conclusiones*.

I. ILUSTRACIÓN

La Ilustración condujo a una nueva valoración de las fuentes del derecho. La ley, considerada la única fuente posible, debía estar formulada de un modo distinto del anterior.

Nació con ello una disciplina científica que se ocupó de cómo debían ser las leyes: la doctrina de la legislación.¹

El espíritu ilustrado se caracterizó por prescindir de los fundamentos religiosos y metafísicos para la construcción de una nueva sociedad.

El proceso de secularización del derecho fue acompañado por análogo proceso de la moral (al primero le correspondió el ámbito social, y a la segunda el privado), el concepto de ley natural fue sustituido por el de derechos del hombre, vistos desde una perspectiva individualista y subjetiva.²

Montesquieu afirmó que los que poseen bastantes luces para dar leyes a su nación u otra deben tener a la vista ciertas reglas en la manera de formularlas. El estilo debe ser conciso. Lo esencial es que la letra de las leyes despierte las mismas ideas en todos.

* Docente en las universidades del Salvador y de Buenos Aires (juancarlosfrontera@yahoo.com.ar).

¹ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, t. 1, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 111.

² Laocata, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la Ilustración", *et al.*, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, p. 76.

Las leyes deben ser directas sin sutilezas, pues están dirigidas a personas de entendimiento mediano. Ellas no deben poseer excepciones, limitaciones y modificaciones; cuando las posean en demasía más vale no sancionarlas.

Ellas se encuentran siempre con las pasiones y los prejuicios del legislador, unas veces pasan a través de ellos y toman cierta tintura, otras veces, detenidas por las preocupaciones y pasiones, se incorporan a ellos.³

Parece claro que puede aplicarse la juridicidad de la política al derecho o, por lo menos, de alguna política, y que en ello está implicado tanto lo que concierne al derecho público como lo que concierne al derecho privado, en cuanto de ambos depende el orden que conforman las sociedades políticas y el bien común que ellas deben construir, conseguir o alcanzar.⁴

A partir de la Ilustración, el legalismo decimonónico centró la producción y el conocimiento del derecho en la norma sancionada por el legislador, el casuismo fue abandonado con su consecuente búsqueda de la justicia, y la solución a los conflictos quedó contenida en la ley estatal.

Afirma Óscar Cruz Barney que con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, frente a la concepción jurídica del Antiguo Régimen, existen sólo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación, siendo la ley un límite al ejercicio de las libertades y a la vez una garantía de que los ciudadanos no podrán ser ligados por ninguna otra autoridad que el legislador. La validez de las normas dependerá de su positividad, y ya no de su justicia o de su racionalidad.⁵

El Estado moderno utilizó a la ley como instrumento fundacional de un orden jurídico único expresivo de su soberanía. Con el surgimiento de la democracia liberal, la justicia siguió siendo un concepto jurídico, pero las leyes a las que se les asigna este atributo fueron divididas en morales y en creadoras de derechos y obligaciones, y estas últimas tuvieron que ser elaboradas por la sociedad política, sin limitarse a buscarlas y reconocer-

³ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, pp. 551-565; Bréhier, Emile, *Historia de la filosofía*, t. 2, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 65-69.

⁴ Medrano, José María, "Política, derecho y codificación" *et al.*, *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, Educa, 2003, pp. 221-263.

⁵ Cruz Barney, *La codificación en México*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2010, p. 1; Basadre Ayulo, Jorge, "Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 17, Santiago, 1992-1993, pp. 147-156.

las para hacerlas cumplir. El liberalismo vio en la ley la principal defensa contra la arbitrariedad de los órganos estatales.⁶

Bravo Lira dice que el derecho común está presente en los códigos en virtud de la potestad de los gobernantes y no de la autoridad de los juristas. La corriente viva de autores y obras que alimentaba el derecho común se extinguió con la codificación.

En su lugar se impuso la ley como principal y casi única fuente del derecho. Bajo el influjo de la Ilustración muchos vieron la superioridad de la ley por sobre las otras fuentes.

La exaltación de la ley por los gobernantes fue consecuencia de la disociación entre el derecho nacional y el derecho común.⁷

La codificación tuvo un alcance político evidente; fue señal de un avance del poder del Estado y de los gobernantes,

El derecho nacional se desligó de la autoridad de los juristas y cayó bajo la potestad de los gobernantes. Por ello, la necesidad de que el derecho nacional se transformara en un derecho legislado y supusiera un cambio en la relación de la ley con los funcionarios que ejercían los poderes del Estado.⁸

II. IMPERIO DE LA LEY

El Estado moderno fundó su ordenamiento a través de la ley, y a través del legalismo logró ser el actor principal en la formación del orden jurídico. Ya consolidado avanzó sobre la autonomía de la voluntad mediante la publicitación del derecho privado, un fenómeno característico del siglo pasado.

Se produjo una separación entre el mundo normativo y el social, entre los filósofos y los científicos del derecho, a partir de mediados del siglo XIX. Lo normativo legal apareció para el jurista como un conjunto relevante en sí mismo, que no necesitaba ser explicado y comprendido por elementos exteriores, aplicado casi mecánicamente a la realidad. Para muchos, la ley estatal fue el único modo de crear y de conocer al derecho.⁹

⁶ Madrazo, Francisco, *Orden jurídico y derecho judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 15 y 16.

⁷ Tuvo un carácter superestatal.

⁸ Bravo Lira, "Arbitrio judicial y legalismo", *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, Buenos Aires, núm. 28, 1991, pp. 13-16.

⁹ Tau Anzoátegui, *La ley en América hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, p. 4.

En las repúblicas representativas como la nuestra, la ley recibe su validez, su existencia misma, de la voluntad del pueblo; es decir, del consenso colectivo manifestado por el acatamiento público y común.¹⁰

La ley sancionada por el legislador debe ser escrita, general y de fácil acceso para todos los ciudadanos.

El concepto de derecho y de ley debe buscarse en la filosofía, ya que ella puede penetrar en la esencia. El fenómeno jurídico no puede ser explicado con prescindencia de la realidad social.

Para comprender al derecho no debemos cerrarnos a la causalidad social, pues lo jurídico depende de las conciencias, toda conciencia se somete a un orden de fines y a juicios que valoran los actos humanos; para comprender la ley y el derecho hay que entender los fines.¹¹

Arturo Yungano definió al derecho, siguiendo al pensamiento mayoritario, como un orden obligatorio en las relaciones sociales de un grupo humano. Este orden fija la posición de cada hombre dentro de la sociedad con sentido permanente y regula las relaciones sociales sobre la base de hechos abstractos, típicos, que no se refieren a casos particulares, pero que los abarcan.¹²

Elevada la ley al rango de única fuente, exclusiva y excluyente, se pretendió englobar dentro de ella a todo el universo jurídico, levantando al mismo tiempo muros infranqueables para la realidad social.¹³

Los operadores jurídicos se limitaron al estudio de la ley, ella les facilitó la formación y el acceso a la resolución de los conflictos.

Ellos abandonaron la búsqueda de la naturaleza de las instituciones jurídicas, y la interpretación se redujo a una tarea de comprensión lingüística y concatenación de normas.¹⁴

Constituido el derecho en instrumento del gobierno, fue separado de las manifestaciones culturales y sociales. Así, se perdió la noción de historicidad como de la esencia de las instituciones jurídicas.

¹⁰ Aftalion, Enrique R. *et al.*, *Introducción al derecho*, 11a. ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 249.

¹¹ Murillo de la Cueva y Lerdo de Tejada, María del Carmen, *Entorno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 64.

¹² Yungano, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 48-75.

¹³ Russo, Eduardo Ángel, *Teoría general del derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 248.

¹⁴ Frontera y Somovilla, Claudia Gabriela, *La codificación civil a través de las revistas jurídicas porteñas (1870-2000)*, Buenos Aires, D&D, 2012, p. 13.

Concuerdo con Levaggi en que es difícil encontrar un hecho humano que esté desvinculado de su contexto social e histórico; son dos magnitudes a las cuales debemos recurrir imprescindiblemente para su comprensión.¹⁵ Pero el legalismo buscó lo contrario y de allí vino su crisis.

El abandono de los aspectos esenciales e históricos de las instituciones dio lugar a las confusiones de categorías, que contribuyeron al relativismo jurídico y social.

A partir del legalismo los objetos jurídicos fueron definidos por las leyes y no por sus esencias, y se produjo una ruptura entre la filosofía del derecho y el ordenamiento jurídico.

La historia fue también soslayada y se perdió con ella la conciencia del dinamismo jurídico, el saber de la mudanza interpretativa y aplicativa de las concepciones y de los principios jurídicos.

Los diagnósticos que hacen los legisladores parecen a veces improvisados, irreflexivos e institucionalmente pobres, y sus consecuentes pronósticos imprecisos. En este contexto era improbable la perdurabilidad de las normas.

Francisco Martínez Marina habló de formar un código completo de legislación, acomodado al carácter y genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del Estado y del pueblo análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integridad del cuerpo del derecho.

Exige una feliz reunión de los más exquisitos conocimientos, tanto con la jurisprudencia y ciencia de los derechos como en la filosofía, lógica, gramática y letras humanas.

Un código, como ley, es una obra original y fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil y sobre los principios de la moral pública, acomodados a la tradición y circunstancias de la nación.¹⁶

III. ESTADO, LEY Y SOBERANÍA

Señaló John Locke que la máxima principal y finalidad que buscan los hombres al reunirse en el Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes.

¹⁵ Levaggi, *Manual de historia del derecho argentino*, t. 1, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004, p. 1.

¹⁶ Martínez Marina, *Juicio de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1819.

Por ello, se necesita una ley establecida, aceptada, conocida y firme que sirva por común consenso de norma de lo justo y de lo injusto, y de medida común para resolverse por ella todas las disputas que surjan entre los hombres.

El género humano se ve rápidamente llevado hacia la sociedad política; es raro ver a un hombre que permanezca algún tiempo en estado de naturaleza.¹⁷

El derecho constituye uno de los elementos fundamentales de la realidad estatal.

La comunidad política debe manifestarse en un orden vinculante de la convivencia, orden que nace del derecho y se mantiene con él. El poder debe encarnarse en una idea de derecho, llegando a adquirir cierta autonomía política de validez.

Se genera entonces una relación “dialéctica” entre el derecho y su sentido de justicia, y el poder como voluntad concreta de realización, que necesita fijarse en un orden que le sirve de apoyo y lo legitima, pero que también, inevitablemente, lo limita y controla. La relación entre Estado y derecho es en consecuencia tensa.¹⁸

El derecho, como sistema de reglas sociales que ordenan la conducta humana, es un producto social que debería representar y realizar un orden social deseable.

La ley es un elemento esencial de la política moderna, a tal punto que no hay Estado sin ley.

La sociedad se manifiesta como un complejo campo de fuerzas al que las estructuras jurídicas van condicionando.

La ley traduce formalmente toda la redistribución de fuerzas, asegurando un orden relativamente estable; es decir, el orden deseable en ese momento dado.

El poder político se mueve en el nivel de las fuerzas exteriores, que gravitan en el orden social, actuando como instancia superior en la función de dirección, que comprende la decisión, acción y sanción dentro de la organización social.¹⁹

La inserción del Estado en el orden jurídico configura uno de los tópicos más agudos de la especulación jurídica.

¹⁷ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguiar, pp. 93 y 94.

Hirschberger, Johannes, *Breve historia de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1969, pp. 190-195.

¹⁸ Melo, Artemio Luis, *Compendio de ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 119-121.

¹⁹ Fayt, Carlos S., *Derecho político*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 275 y 276.

El Estado y la política son fenómenos enmarcados en el derecho.

El constitucionalismo moderno tuvo la tendencia de limitar al Estado con un derecho positivo estable.

Entendió que el Estado y el derecho son simultáneos; ambos son realidades de la vida humana y social, que coexisten en reciprocidad necesaria, implicándose y condicionándose mutuamente.²⁰

El Estado constitucional es en todo el mundo una forma histórica reciente. No tiene más de dos siglos de antigüedad. Su historia en nuestra región fue sumamente accidentada.

Todos los países de habla castellana tienen constituciones desde hace largo tiempo. Muy pocos han tenido durante el siglo XX una plena estabilidad institucional; existió un problema entre gobierno y Constitución.²¹

Paolo Grossi manifestó hace casi dos décadas, y evaluando la segunda mitad del siglo XX, que el derecho es un instrumento de la autoridad del Estado, que se expresa a través de la ley, del acto administrativo o de la sentencia judicial, manifestaciones todas que indican un distanciamiento entre el ente productor y la comunidad de destinatarios.

El derecho no es solamente producto de la macroentidad estatal, sino ante todo de un haz ilimitado e ilimitable de estructuras sociales dentro de las cuales pueden encontrar un lugar, bajo ciertas condiciones, tanto la comunidad internacional como una confesión religiosa, tanto la familia como la así llamada sociedad criminal, como las más variadas coagulaciones denominadas privadas.²²

Completada la etapa inicial de concentración del poder y de construcción de la soberanía, el desarrollo del Estado moderno transitó un proceso de racionalización jurídica.

El derecho se independiza de las fuentes tradicionales premodernas y, por otro, se formaliza mediante la institucionalización de su expresión normativa. Su afirmación material comienza con el proceso de articulación del derecho con la democracia.²³

²⁰ Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 155-167.

²¹ Bravo Lira, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, Escuela Libre de Derecho, 1992, pp. 6-24.

²² Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 40 y 41.

²³ Federici, "Transformaciones del derecho. Emergencias y crisis de los paradigmas del derecho moderno", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007, p. 82.

La consolidación y la reproducción de este modelo condujeron a la subordinación del poder al derecho y la supremacía del orden jurídico estatal sobre todos los demás ordenamientos.

El proceso de racionalización del derecho se manifestó a través de un doble fenómeno de purificación del Estado y de estabilización del derecho. Ambos fenómenos concomitantes y convergentes.

El modelo se afirmó en la medida en que la autoridad estatal se estableció y se manifestó institucionalmente.

Una opinión que resistió la exhaustividad del orden jurídico decimonónico fue la de Gustav Radbruch, quien afirmó que el ordenamiento jurídico positivo no puede ser recortado sobre el hombre real, individual, que transita por la tierra, sobre todos sus caprichos, humores y sobre el vasto herbario que llamamos humanidad.²⁴

A partir del siglo XX, los principios iusprivatistas del siglo anterior, como lo que no está prohibido está permitido, conviven con el avance regulador del Estado. La autonomía de la voluntad se ve cercenada por la cuantía normativa. Existe una tensión entre lo individual y lo estatal. El liberalismo decimonónico debió confrontar con la publicización del siglo siguiente.

Otra cuestión a tener en cuenta es que el paradigma de la eficacia política no se ajusta necesariamente a la racionalidad y la legitimidad de la regulación del derecho, sino que su lógica reside en la realización de determinados objetivos estratégicos.

Para ello, articula discrecionalmente medios y recursos según criterios de oportunidad, conveniencia y disponibilidad. En estas lógicas diferentes radican a menudo las tensiones entre lo eficaz y lo legítimo.

La palabra “soberanía”, aunque con variantes ortográficas y fonéticas, forma parte del vocabulario de los principales idiomas europeos. No hay noticias acerca de su origen. La doctrina del Estado moderno no es unánime respecto a la significación del término “soberanía”.²⁵

Mario Federici entiende que los cambios mencionados se reproducen hoy en el escenario de la globalización, donde aparecen nuevas formas y centros de poder, que imponen regulaciones que influyen cada vez más en el derecho estatal, e incluso con frecuencia lo suplantando o determinando sus contenidos y sentidos. Cada vez hay más espacios fuera de la capacidad

²⁴ Radbruch, *El hombre en el derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 17.

²⁵ López, Mario Justo, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Kapelusz, 1973, pp. 238-252.

de intervención del Estado, que dejan paso a un derecho extraestatal o supraestatal.²⁶

Esta pérdida de supremacía jurídica del Estado debilita el valor normativo de la Constitución como referente de su unidad jurídica, al quedar subordinada al creciente avance de las normas y tribunales internacionales.

Aunque cueste aceptarlo, la concepción moderna del derecho como producto exclusivo del Estado pierde vigencia, y tiende a modificarse aceleradamente por el avance de estructuras normativas producidas y aplicadas fuera del Estado reconocido por el atributo de la soberanía.

Este hecho obedece a dos causas fundamentales; por un lado, el debilitamiento de la exclusividad del Estado como titular de la soberanía; por otro, la concurrencia de otros actores, que ejercen porciones de autoridad tradicionalmente estatales, ya sea porque se las apropian, ya sea porque el mismo Estado se las transfiere.

Esta retracción del Estado en su función legislativa y regulatoria pone en evidencia los desafíos que la globalización planea a la soberanía estatal, y las limitaciones que experimenta la gobernabilidad.

Aunque Federici no trabajó el tema específico de la descodificación, explica un aspecto importante del mismo desde la perspectiva del Estado moderno. La ruptura de los códigos, sea por la normativa interna o por la internacional, es una consecuencia de la nueva situación estatal.

La creencia en la ley como expresión de la voluntad general se debilita en la misma medida en que la participación y la representación democráticas son puestas en el banquillo de los acusados al constatarse la profundización de la grieta que separa en la práctica a los objetivos e intereses de los representantes electos, que se espera actúen en nombre de la nación, con relación a sus representados.

Además, la crisis de los partidos políticos refuerza la convicción de la insuficiencia del sistema representativo para satisfacer las necesidades de las sociedades democráticas actuales.

Todo ello repercute sobre la percepción del derecho estatal, que pierde el beneficio de la presunción de justicia y coherencia para presentarse. Se lo percibe como el producto de unas relaciones de fuerza y de intereses contingentes, que pretenden imponerse al conjunto de la sociedad.

Estas condiciones, con frecuencia, propician el surgimiento de nuevas expresiones jurídicas, que promueven el desarrollo de variados tipos de derecho alternativo, producido por centros de creación, que a veces están vin-

²⁶ Federici..., 24, pp. 94-98.

culados con intereses corporativos o parciales, y no ofrecen las garantías suficientes para ejercer un papel legislativo orientado al bien común. Por lo tanto, se presentan como nuevos desafíos para la democracia y el derecho en el mundo actual.

El sistema jurídico visto como un sistema abierto no se define por los elementos que lo componen, sino por su finalidad. Esta finalidad permite determinar ciertos índices de funcionamiento para medir el nivel de resolución de los conflictos intrasistemáticos y de entropía.²⁷

Los procesos de codificación, descodificación y recodificación coinciden con diferentes estadios de la historia del Estado. La descodificación es un síntoma de la crisis de la concepción decimonónica de la soberanía estatal.

La superproducción legislativa relacionada con la crisis del Estado y la representatividad política es uno de los factores que erosionan el sistema de los códigos.

La historia constitucional argentina muestra continuas situaciones de emergencia sea económica o constitucional. En el primer caso se sancionan normas que alteran los principios y el sistema de los códigos; en el segundo caso se trata de los periodos de interrupción democrática en los cuales hubo una actividad extracongreso que modificó o alteró los principios y el sistema de los códigos.

Bernardino Bravo Lira afirmó que las formas extraparlamentarias, denominadas por mí extracongreso para el caso argentino, pues no tenemos parlamento, aparecieron tempranamente en los países hispanos. Los presidentes de facto dictaron una numerosa cantidad de decretos legislativos.²⁸

La Argentina, siguiendo lo manifestado por dicho autor, tuvo una de las más importantes reformas al Código Civil en un periodo “de facto” por un decreto-ley. Existen una gran cantidad de normas que erosionaron la *ratio* del cuerpo velezano sancionadas en periodos dictatoriales.

La crisis de la representatividad, también, produjo efectos adversos con la distorsión de los intereses de la sociedad, lo que llevó a la sanción de una diversidad de normas contrarias.

En algún caso el legislador buscó satisfacer minorías, y en otros, los intereses de las corporaciones a las que pertenecía. El perjudicado es el derecho, y lo es la sociedad que debe regir.

²⁷ Russo, Eduardo, *Teoría general del derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 275.

²⁸ Bravo Lira, *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (1511-2009)*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2010, p. 290.

La política tiende a conservar o modificar mediante el poder el orden social existente, convirtiendo las tendencias y requerimientos sociales en normas jurídicas. La ley y el poder provienen de la actividad política.

La actividad del gobierno no debe ser arbitraria, la ley fija una esfera de actividades, funciones, establece competencias y confiere el ejercicio de facultades. La Constitución y las leyes establecen la forma, pero no el contenido de la actividad, que es lo jurídicamente incondicionado.²⁹

Bravo Lira dice que para la vigencia efectiva del derecho importa más la autoridad que la potestad. Importan más los buenos gobernantes y jueces que las buenas leyes.

El legalismo triunfó cuando gobernantes y jueces se plegaron a él. En las manos de ellos está la superación, en cuanto se decidan a usar su autoridad para poner al derecho a salvo de los excesos de la potestad.³⁰

El constitucionalismo liberal definió los arquetipos que dan forma al derecho constitucional occidental como un modo específico de organizar el poder.

En los procesos revolucionarios se determinó la Constitución como pacto social que pretendió organizar a la comunidad política y que actúa como límite del poder estatal.³¹

La Constitución estableció la división de poderes y el equilibrio entre los mismos, mientras que todo el edificio constitucional tuvo como justificación el reconocimiento y la garantía de los derechos de los ciudadanos. Estos principios se afianzaron progresivamente a lo largo del siglo XIX.

El paso del tiempo también puso de manifiesto la insuficiencia de estas aportaciones constitucionales para determinar organizaciones estatales integradoras de las pluralidades propias de cada comunidad.

La renovación democrática del periodo de entreguerras trajo como consecuencia la incorporación a las Constituciones de instituciones de democracia directa o participativa y supuso, a su vez, la configuración de la forma de gobierno parlamentaria no ya a partir del equilibrio tradicional entre Legislativo y Ejecutivo propia del siglo XIX, a través de la racionalización del régimen parlamentario.

Una reformulación del poder a partir del principio democrático, con la consecuente reformulación de los derechos y del Estado, comprometido

²⁹ Fayt, Carlos S., *Derecho político*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 278.

³⁰ Bravo Lira, "Arbitrio judicial y legalismo", *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, Buenos Aires, núm. 28, 1991, pp. 13-33.

³¹ Canal Feijóo, Bernardo, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955.

este último constitucionalmente, no sólo a través de límites a su actuación, sino también a través de tareas, sino de fines que debe alcanzar.

El proceso de democratización favoreció la producción legislativa tendiente al reconocimiento de los derechos de minorías y de situaciones especiales. Ello produjo un exceso de actividad, que generó la existencia de una gran cantidad de leyes extravagantes y microsistemas legislativos nuevos.

IV. CODIFICACIÓN

En el siglo XVIII, la palabra “código” comenzó a adquirir el sentido de un cuerpo sistemático, no recopilador de leyes preexistentes, sino de materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva, sobre todo bajo la inspiración del iusnaturalismo racionalista. Iniciado el nuevo uso por la doctrina, es adoptado por los legisladores para intitular sus obras legislativas más o menos obedientes a ese ideal.³²

La historia de la codificación en Argentina debe ser analizada en el marco de la historia general.

El año 1900 encontró a nuestro país, a medio siglo de la organización constitucional nacional, festejando su centuria y mostrando sus logros resonantes como las riquezas abundantes, los crecientes negocios y la inmigración.

El siglo XX fue un tiempo de desencuentros que dieron lugar a la decadencia.

La codificación decimonónica es relativamente joven. Antes del siglo XVIII no existía la idea de “código” como único cuerpo sistemático, articulador y ordenador de normas de una materia jurídica.

Los Estados modernos presentaron, a fines de 1700, la nueva técnica legislativa. Las normas de una misma materia fueron reunidas bajo un sistema y principios propios. El método era distinto al de los códigos de la antigüedad y las recopilaciones.

Sancionar cuerpos legales de una manera determinada, específica y particular fue para los Estados europeos parte de la consolidación de su proceso formativo, y para las modernas repúblicas hispanoamericanas, acto y expresión de la tensión entre el rechazo y la adhesión a la tradición jurídica del derecho común. Consecuencia de la emancipación de nues-

³² Guzmán Brito, “Codex”, *Estudios de derecho romano en honor a Álvaro d’Ors*, t. 2, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1987, pp. 591-635.

tros pueblos fue la desintegración política del mundo de habla castellana y portuguesa.³³

Tau Anzoátegui dice que el despliegue teórico del derecho desembocó desde mediados del siglo XVIII en la aspiración generalizada de redactar nuevos cuerpos normativos, distintos de las recopilaciones vigentes, ya destinados al campo legislativo, ya dirigidos a las aulas universitarias, ya con ambos fines.

Aquel movimiento, sin desdeñar cierta veta innovadora proveniente de la razón, hizo una constante estimación del material jurídico propio, y más que nada bregó por que se le diera orden, claridad, generalidad y sencillez.

En todas estas expresiones rondaba la idea de sistema; la labor se orientó al tratamiento del material legislativo, y no al consuetudinario y jurisprudencial.³⁴

Estos textos legales presentaron a las distintas ramas del derecho en forma sistemática; los plexos normativos fueron pensados cerrados y centrales, regidos por axiomas que cohesionaban a las instituciones albergadas.

La necesidad de formar los ordenamientos jurídicos nacionales puso fin a la unidad jurídica continental y a la dispersión normativa. Fue una empresa de largo aliento, que requirió de un ambiente de estabilidad, reposo, trabajo continuo, y aprecio y valoración de lo propio.³⁵

La unidad jurídica no se perdió totalmente con la fragmentación política, las labores codificadoras realizadas separadamente muestran una innegable convergencia en las fuentes. El derecho común no desapareció, ya que fue contenido en ellas.

La finalidad específica de la codificación fue, para algunos, tan sólo ordenar y simplificar normas existentes. En cambio, otros, dentro de una infinita gama de matices, consideraron que la reforma debía transformar radicalmente los principios y el método del antiguo derecho.

El código asumió la forma misma de la modernidad, que se diferenciaba de lo anterior, se distanciaba del mundo medieval que la precedía.

³³ Guzmán Brito, "Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Valparaíso, t. 90, núm. 2, mayo-agosto, 1993, p. 39.

³⁴ Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, INIHDE, 1992, pp. 191-199.

³⁵ Bravo Lira, Bernardino, "Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización", en Levaggi (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992, p. 127.

Permitió el diseño de principios generales aplicables a las relaciones privadas. Su campo de actuación no fue sólo el de las leyes análogas, sino también el de otras fuera del derecho privado.

El proceso no quedó concluido con la sanción del código.

Continuó durante la vigencia del texto, presionado por fuerzas centrípetas y centrífugas, instituciones que ingresaban y que egresaban procedentes del orden interno y del internacional.

En el siglo XIX, la idea de reemplazar la criticada legislación antigua conducía naturalmente a su reemplazo por códigos. Parecía no haber otra opción que cambiar ley por ley.

Los nuevos Estados americanos llegaron al mundo político en una época en que la última palabra que implicaba un cambio legislativo era la de código. Esta fijación del derecho significaba la concreción de la independencia política y jurídica de la metrópoli.³⁶

Ramos Núñez manifestó que la necesidad de dotar de códigos autónomos y modernos a los países sudamericanos observado tempranamente por el legislador produjo la institución de comisiones de juristas por doquier.

No se puede ignorar el papel ideológico de la codificación en la formación de un Estado y una sociedad moderna en nuestro subcontinente.³⁷

Medrano vio en la codificación moderna la opción política por una forma específica de legislar, que supone unificación, exhaustividad o exclusividad, sistematización, precisión, metodologización definida, y claridad.

Al menos en sus momentos iniciales expresó una cierta concepción racionalista en cuanto a la virtualidad de la razón humana para crear normas susceptibles de prever de una vez y para siempre, o al menos durante un tiempo prolongado, los comportamientos humanos.³⁸

Se trató de prescindir de lo tradicional, lo histórico e inveterado, en cuanto tenían de desordenado y caótico, o al menos de someterlo a una severa crítica para darles nueva vida, ordenada por la razón.

Era la concepción “ilustrada”, que postulaba el abandono de la inmadurez intelectual o minoría de edad intelectual y el pensar por sí mismo, o

³⁶ Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 16 y 17; Guzmán Brito, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, *De la codificación a la descodificación*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2003, p. 33.

³⁷ Ramos Núñez, Carlos, *Historia del derecho civil peruano, siglos XIX y XX*, t. 2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 34 y 45.

³⁸ Medrano, José María *et al.*, “Política, derecho y codificación”, *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, Educa, 2003, pp. 221-263.

usar por sí mismo de la razón, sin admitir “paternalismos” o argumentos de autoridad.

La sanción de los códigos representó el fin de la inseguridad jurídica. El hombre común pudo acceder, mediante esos ordenamientos, al conocimiento del derecho.

La codificación facilitó la formación de los operadores jurídicos, las universidades adecuaron sus planes de estudios de abogacía al método propuesto por los códigos.

La cristalización del derecho implicó la disociación de lo jurídico y lo metajurídico, y la inmovilización de sus normas.

El derecho se separó de la historia y de la filosofía, un fenómeno que también sucedió en otras ciencias.

Barney y Ramos Núñez coinciden en que la codificación fue símbolo jurídico de la modernidad en el mundo occidental, fue un nuevo modo de concebir la producción jurídica, expresó el prestigio y el poder del gobernante, fundó el derecho nacional que buscó ser más vigoroso y eficiente que el derecho común.³⁹

El legislador decimonónico concibió el orden jurídico a partir de materias o ramas del derecho (civil, comercial, penal). Hoy, en cambio, se estructura por temas o problemas.

La ley ya no pertenece a una materia, sino a varias, y esto es también erosión.

El derecho es un producto cultural de esencia histórica, que la dogmática intentó expresar en un instante y volverlo perdurable en una ley.

El contenido en el código buscó como el agua salir de ese encauce.

La realidad social nos muestra que el derecho no puede ser cristalizado a través de la norma en forma permanente.

Uno de los factores que afectan su permanencia es la pérdida del Estado en la medida en que deja de sustentarse en el derecho, para hacerlo en los compromisos orientados a la búsqueda de efectividad política y económica,

La racionalidad del Estado deja de ser un presupuesto, sustituido por la lógica de la eficacia del gobierno, convirtiéndose en la condición de la legitimidad.

³⁹ Cruz Barney, *La codificación en México*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2010, p. 2; Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 1997, p. 51.

V. SÍMBOLO Y CULTO

Los cuerpos legales decimonónicos constituyeron símbolos de orden y de una nueva cultura jurídica. Los juristas y prácticos del derecho debieron rendirle culto. El código simbolizó el derecho en sí mismo.

Codificar apareció como una operación de ordenamiento simbólico. El *corpus* normativo fue visto como un símbolo de construcción racional.

El código alcanzó los fines buscados por el codificador e identificarse con él hasta simbolizarlo, ya se tratara de la gloria del poder que lo había hecho dictar o bien de las ideas filosóficas fundamentales que lo habían inspirado.⁴⁰ Fundó una nueva forma de concebir, enseñar y operar al derecho.

El fin de la dispersión normativa representó para los juristas el fin de la inseguridad normativa. El hombre común podría acceder, mediante ordenamientos nacionales y codificados, al conocimiento del derecho.

Tau Anzoátegui dice que la “cultura del Código” es uno de los rasgos dominantes del derecho argentino en el siglo XX. Bajo esta denominación, cabe entender la concepción que hizo del código el objeto preferente, cuando no exclusivo, de estudio, y que impuso un método de razonar ajustado a estrechas pautas.

Tuvo un largo proceso de incubación, que arrancó con la última etapa del iluminismo. Entre nosotros empezó a manifestarse en el periodo preparatorio de la codificación, desde la Ilustración hasta la séptima década del siglo XIX.

La creación del jurista se da en el acto de elaborar un código, también en la crítica que eventualmente conduce a su reforma y, en menor nivel, en la construcción del entramado entre secciones y artículos de dicho cuerpo legal.

Pero al jurista le está vedado salirse de esa órbita, no puede buscar o aceptar otros modos de creación del derecho y, en fin, no le es permitido hacer una crítica libre de sus preceptos o avanzar en una comparación entre normas establecidas y la cambiante vida social.

Si lo hace, queda como simple especulación intelectual, ajena a la ciencia misma. Son reglas tácitas de un modo de pensar que atrapa, con fuerza disciplinaria, a jueces, abogados y profesores.

Si bien esta concepción tiene estrictamente su origen en el ámbito del derecho privado, y particularmente en el ámbito civil, se esparce sobre la

⁴⁰ Cabrillac Rémy, “El simbolismo de los códigos”, *et al.*, *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003, pp. 237-239.

mentalidad de los juristas en general. Esto es evidente, no sólo en el discurso teórico, sino especialmente en la enseñanza y aplicación del derecho.⁴¹

Debe entenderse por cultura el cultivo de las capacidades humanas, y el resultado del ejercicio de esas capacidades según ciertas normas.

Ortega y Gasset afirmó que cultura es un movimiento natatorio, un bracear del hombre en el mar sin fondo de su existencia con el fin de no hundirse, una tabla de salvación por la cual la inseguridad radical y consecutiva de la existencia puede convertirse provisionalmente en firmeza y seguridad.

Por ello, la cultura debe ser entendida como aquello que salva al hombre de su hundimiento, y podría definirse como lo que el hombre hace cuando se hunde para sobrenadar en la vida, pero siempre que en este hacer cree algún valor.⁴²

El código decimonónico fue la tabla de salvación, y sus principios las reglas que conducían a la autoridad del jurista. Aunque no comparto la posición existencialista propuesta por el filósofo, entiendo que su concepto es esclarecedor.

Abásolo dice que el triunfo de la cultura del código no fue inmediato; la práctica forense vigente hasta esos momentos heredó usos seculares, se resistía a morir.

Fue ése un tiempo de inconsecuencias hacia los postulados de la codificación. Se ve cómo la arraigada vigencia de las formas mentales de la cultura del *ius commune* se aplicaba a nuevas expresiones jurídicas.

Esta rara coexistencia de concepciones encontradas se extendió hasta varios años después de sancionado el código.⁴³

Los juristas decimonónicos dejaron de resolver los problemas de acuerdo con la justicia, para hacerlo según del código.

Éste desplazó en importancia a la reflexión excluyendo la posibilidad de utilizar otra fuente jurídica.

Rémy Cabrillac sostiene que el código simboliza la duración y, a través de ella, la perennidad del poder que lo aprueba. La Ilustración tuvo ese “deseo de perpetuidad” que parecería impregnar todo código, como “símbolo detenido en el tiempo”.

⁴¹ Tau Anzoátegui *et al.*, “La cultura del código: un debate virtual entre Segovia y Sáez”, *La codificación raíces y prospectiva*, t. 2, Buenos Aires, El Derecho, 2004, pp. 204 y 205.

⁴² Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, t. A-D, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 762-764.

⁴³ Abásolo, Ezequiel “Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del ‘ius commune’ en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la ‘Cultura del Código’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25, Santiago, 2004, pp. 423-444.

Símbolos del código, pero también símbolos de los códigos, de cada código. Las funciones de la codificación fueron múltiples y variadas.

Los fines, más o menos confesados, más o menos conscientes, perseguidos por los codificadores, se concretaron, la mayoría de las veces, mediante la aprobación del código proyectado.

Estos pudieron fundirse con el código. Por ejemplo, la preocupación de simplificación y racionalización de los derechos buscada por el autor del código de pensiones militares por invalidez o a las víctimas de la guerra, que se confunde con él.

El código no provocó llantos ni sueños; sólo era la fría y matemática suma de los artículos que lo componían. La inclusión de un determinado texto en un código le daba más peso moral sin aumentar su valor jurídico. El código ya era entonces más grande que el conjunto de artículos que contenía.

Los fines perseguidos por los codificadores no siempre se agotaron en la obra terminada. Pudieron conferirle un valor simbólico irreductible a su contenido.

Una vez cortado el cordón umbilical con sus creadores, el código seguía viviendo su valor simbólico, podía modificarse, aparecer otros símbolos, evolucionar. El símbolo se desarrollaba más allá del código, incluso contra el código.

Escapaba a veces a los codificadores para adquirir una dimensión desmesurada por “el efecto multiplicador de la codificación”.

Se volvía contra el código si era o se tornaba negativo o se revelaba decepcionante. El símbolo negativo, al contrastar con el código, lo desvalorizaba y provocaba o al menos precipitaba su abrogación.

Más allá de un mosaico de ejemplos, el simbolismo del código fue traducido en la dimensión mítica, como portador de una parte del sueño eterno de la Ciudad ideal.⁴⁴

El simbolismo de los códigos muestra también que “codificar es un arte difícil”, y que la realidad sólo puede acercarse al sueño intemporal por una cierta armonía, establecida por el sentido del presente, por la relación con el pasado, por la previsión del porvenir.

El símbolo es, en modo genérico, la representación de una idea o de una cosa por medio de la relación indirecta y mediata entre la imagen y el objeto. El símbolo del derecho posee una significación que todos los miembros de una comunidad comprenden, constituye uno de los principales procedimientos de comunicación del orden jurídico.

⁴⁴ Cabrillac Rémy *et al.*, “El simbolismo de los códigos”, *La codificación: raíces y perspectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003, pp. 237-248.

Su comprensión en una comunidad puede deberse a la naturaleza universal del canon o bien al acuerdo de los miembros.

La cultura jurídica es la síntesis del dato de la naturaleza y su representación formal, ya sea por medio de conceptos o de imágenes.⁴⁵

Una de las aspiraciones fundamentales del código fue la idea de plenitud, concretada en la función unificadora.

Por ello, se intentó imponer como el epicentro del ordenamiento jurídico, a través de su perfección o bien a través de su prevalencia sobre el resto de las fuentes.

Esta operación suponía una técnica jurídica particular, que no se explica si no se la vincula con los movimientos de centralización política que habían comenzado en el siglo XVI.

La tendencia a la conformación de un poder central propendía a la homogeneización de los sujetos jurídicos, punto de partida de la nivelación de las antiguas estructuras.

Cobró una relevancia fundamental el principio de igualdad ante la ley, que supone la abstracción de la naturaleza humana llevada a su punto extremo, por sobre los condicionamientos histórico-sociales.⁴⁶

Que el código fuera comprendido por todos como una consecuencia directa de su correlato con las leyes de la naturaleza, descubiertas por la razón, llevó a que su diseño fuera universal, ya que expresaba la verdadera naturaleza, y por lo tanto debía ser comunicado a todos.

Si el código implicó el establecimiento de un símbolo, la descodificación debe implicar la pérdida del símbolo, y en consecuencia la ruptura de la cultura generada por éste.

VI. DESCODIFICACIÓN

Rodolfo Rivarola dijo que un código no puede comprimir perpetuamente la sociedad dentro de su propio molde, pudiendo ser tan peligroso la reforma precipitada como la tardía.⁴⁷

⁴⁵ Cárdenas Gutiérrez, Salvador, "Historia de la cultura jurídica", en Narváez y Rabasa Gamboa, Emilio, *Problemas actuales de la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2007, pp. 48-75.

⁴⁶ Thury Cornejo, Valentín *et al.*, "El simbolismo de los códigos", *Codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, Educar, 2003, pp. 249-273.

⁴⁷ Rivarola, Rodolfo, "La enseñanza del derecho civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", *Revista de Derecho, Historia y Letras*, t. 8, Buenos Aires, 1900, p. 22.

El proceso de descodificación implica la pérdida de la “cultura del código”, la ruptura de su concepción ordenadora, y centralidad fundante del Estado moderno.

Se lo percibe verificando el impacto en el sistema de la legislación extravagante. Pero la sola pérdida de algunos de los elementos descritos no debe ser considerada descodificación, sino erosión.

El término “descodificación”, entendido como de igual jerarquía que el de codificación, es su antítesis.

El de “erosión”, por su parte, abarca adecuadamente las tensiones del proceso de codificación a lo largo del tiempo.

En Italia rigió hasta 1914 el Codice Civile de 1865, ocupando el centro del sistema jurídico. Su centralidad, dice Natalino Irti, obedeció a la necesidad de organizar una sociedad de ciudadanos, cumpliendo así el ideal del racionalismo y la Ilustración.

Los procesos de codificación de los derechos público y privado tuvieron por objetivo la seguridad jurídica independientemente de los fines, que quedaron a la libre elección de los particulares. La seguridad radicó en los medios.

Aparecieron entonces normas extravagantes a los cuerpos legales, proceso que él denominó “descodificación”. La legislación especial sustraía al código de su lugar central y era abandonada la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y lógica propios. Incluidos con la Constitución italiana de 1948 los derechos sociales, el Estado no se limitó a garantizar los medios jurídicos, sino también ciertos fines pertinentes al bien común. Esto trajo aparejada la necesidad del desarrollo legislativo constitucional, con la consecuente proliferación de leyes especiales y el abandono del derecho tradicional.⁴⁸

Manlio Bellomo dice que la historia reciente italiana está caracterizada por fenómenos mucho más devastadores, que menoscaban lo profundo y en parte ponen patas arriba el plan originario y muchos de los principios codificados en el siglo XIX. Para designar estos acontecimientos se habla de “descodificación”.

Los fenómenos de la descodificación italiana se pueden reagrupar a lo largo de algunas directrices principales.

En primer lugar se desarrolló como un cerco de los códigos, comprimidos, o evitados, por importantes leyes ordinarias relativas a amplias materias.

En segundo lugar se realizó una obra de restauración y de reelaboración del Código Civil.

⁴⁸ Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, Diritto e società, 1979, p. 3.

En tercer lugar, se congelaron algunos artículos y algunos institutos del Código Civil, que no fueron abrogados ni declarados inconstitucionales, pero que su aplicación fue suspendida por medio de normas particulares sucesivas.

La codificación de los derechos nacionales, que se articula y se manifiesta en las formas descritas como cerco, restauración, reelaboración y congelación, atañen a todos los Estados.

Los códigos que habrían debido representar la unidad de los derechos nacionales están totalmente cubiertos por centenares de leyes ordinarias vigentes dentro de cada país.

Frente a la diversa dimensión y composición de las fuerzas que constituyen el tejido social actual, el Estado modifica la naturaleza misma de las intervenciones legislativas; de la ley predispuesta para fijar las “reglas de juego” se pasó a la ley que guía la actividad de los individuos, que propone fines e incentiva a empresarios y trabajadores.

Concluye el italiano que debe construirse un nuevo modo de ser jurista y se debe definir su nuevo papel, pues el código como protección del orden social alcanzado es sustituido por leyes de dirección y de planificación.⁴⁹

Guzmán Brito entiende que el esquema explicativo de Irti resulta exagerado cuando se aplica a la realidad.

El código está incorporado al sistema de normas generales, regulares y antiguas, aunque sus normas pueden ser introducidas o no al interior de ese *corpus*.

La primera posibilidad supone la modificación del cuerpo, dado que se incorporan las normas especiales, singulares o nuevas.⁵⁰

En cambio, en el segundo supuesto el código queda formalmente incólume, pues las normas permanecen en su entorno, pero no en su núcleo.

La norma será de derecho especial, nuevo o singular por su contenido.

En cambio, cuando se analiza si es modificatoria, novela o extravagante, se atiende a su posición dentro del sistema normativo.⁵¹

⁴⁹ Bellomo, *La Europa del derecho común*, Roma, Cigno Galileo Galilei, 1996, pp. 11-14.

⁵⁰ Las normas nuevas pueden diferenciarse entre las que son absolutamente nuevas, las complementarias y las correctivas.

⁵¹ Hace una combinación de la categorización referida, las leyes denominadas “de derecho nuevo complementario” generalmente son extravagantes, ya que el mismo código prevé su existencia fuera de él; por otro lado, las leyes de derecho nuevo correctorio o derogante, modificatorias del código, normalmente se introducen en el núcleo del cuerpo. El derecho nuevo correctorio alternativo puede ser extravagante.

Una descodificación amplia y profunda, concluye, produce en el nacimiento de un nuevo derecho civil con nuevos derechos civiles reunidos en microsistemas. Eso significaría ir en contra de la lógica y de los principios de la doctrina tradicional.⁵²

El problema fundamental que se planteó fue la desconexión entre los microsistemas. Cada uno creció y se desarrolló con autonomía. Este fenómeno de independencia creó una nueva sistematización, en la que la norma de derecho privado “ordenadora” se instaló en un nivel superior.⁵³

No es conveniente definir al proceso de descodificación sólo desde sus aspectos técnicos legislativos, reduciéndolo a cuestiones de fundamentación formal o material.⁵⁴

La pérdida de centralidad del código se debió a la combinación del dinamismo del derecho con un defecto de técnica legislativa. El cambio de lugar del código frente a otros subsistemas no implica necesariamente su abandono como símbolo ordenador.

En vez de describir el fenómeno de la descodificación desde una perspectiva de técnica legislativa como los autores señalados con anterioridad, propongo una mirada completa del proceso que permita comprender la verdadera entidad de la erosión de los postulados decimonónicos.

En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de derecho común y general, y pasa a ocupar un papel de derecho residual al regular aspectos no alcanzados por las leyes especiales.

Estas leyes regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada una sus trae al código cierta materia para regularla de forma diferente.

El código no pudo mantener en su seno de una vez y para siempre todas las posibles conductas humanas.

La ilimitada variedad y variabilidad de esos comportamientos humanos en el presente como en el futuro hace que no pueda proveerlas en su totalidad en un texto legislativo.

⁵² Anton Thibaut, en su obra titulada *De la necesidad de un derecho civil común para toda Alemania de 1814*, decía: “a toda legislación se pueden y deben exigir dos requisitos, que sea perfecta formal y materialmente, es decir que formule sus preceptos en forma clara, inequívoca y exhaustiva, y que ordene las instituciones civiles de una manera sabia y conveniente de completa conformidad con las necesidades”.

⁵³ Lorenzetti, “La descodificación y fractura del derecho civil”, *Revista Jurídica Argentina, La Ley*, t. 1994 D, Buenos Aires, 1994, pp. 724-740.

⁵⁴ Frontera *et al.*, “Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica”, capítulo VI, *Temas de filosofía del derecho*, t. 1, Buenos Aires, Leuka, 2003, pp. 157-167.

El intento del codificador de reunir todas las conductas en forma total o inmutable es sólo una pretensión. El legislador, al actualizar los textos, produjo microsistemas extravagantes al código.⁵⁵

La descodificación es la antítesis de lo que se entiende por codificación. Ella significa que el código pierde su centralidad por los microsistemas creados por las leyes extravagantes, es la ruptura de la “cultura del código” y el fin del culto al código como símbolo ordenador.

La existencia de leyes extravagantes no implica que exista una descodificación, pues que un defecto de técnica legislativa deje a la ley fuera del Código y no altere su *ratio* solo erosiona el sistema del código.

La erosión es parte del propio proceso de codificación originado por la falta de conciencia y conocimiento del legislador, compuesto por fuerzas centrífugas y centrípetas las leyes en una futura modificación podrían ser incorporadas al código.

VII. CONCLUSIONES

El proceso de codificación es condicionado por una serie de variables que fui mencionando a lo largo del trabajo, y ellas fueron erosionando el proceso o generando rupturas en el sistema del cuerpo legal.

Fue afectado por los cambios que sufrió en Estado durante el siglo XX, ya sea por la multiplicidad de órganos productores de normas o por la propia crisis del Estado en cuanto a sus elementos constitutivos respecto a la concepción de la centuria decimonónica.

Ello fue acompañado por los cambios sociales y económicos, que exigieron al legislador, provocar reformas que en algunos casos alteraron el sistema del código y presentaron nuevos principios para los subsistemas.

En el caso particular de mi país, las reformas legislativas producidas en los periodos de facto, que en algunos casos fueron sustanciales y profundas.

La cultura jurídica fue internalizando cada vez más al legalismo; el jurista y el práctico del derecho se refugian cada vez más en las fuentes formales del derecho, dejando de lado en muchos casos la esencia de la institución al momento de analizarla; en muchos casos la solución a nuevos problemas es generar nuevas normas específicas, perdiendo de vista lo general en la resolución de la cuestión particular.

⁵⁵ Díaz Consuelo, José María, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, pp. 20 y 21.

La codificación como técnica legislativa no logró teniendo a la vista el desarrollo legislativo en la centuria pasada cristalizar al derecho, y ello era de esperar por la propia esencia de lo jurídico, que contiene una historicidad que expresa su dinamismo.

La erosión del cuerpo legal es parte de la codificación; en el mencionado proceso existen fuerzas centrípetas y centrífugas que expulsan y atraen a las normas que regulan las distintas ramas del derecho que componen una de sus ramas.

Al entender a la descodificación como una categoría antagónica de la codificación, considero que permite distinguir el propio desarrollo del código de sus rupturas, y se pueden contextualizar mejor los cambios legislativos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABÁSULO, Ezequiel, “Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del “ius commune” en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la «cultura del código»”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25, Santiago, 2004.
- AFTALION, Enrique R. *et al.*, *Introducción al derecho*, 11a. ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.
- BASADRE AYULO, Jorge, “Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 17, Santiago de Chile, 1992-1993.
- BELLOMO, *La Europa del derecho común*, Roma, Cigno Galileo Galilei, 1966.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Arbitrio judicial y legalismo”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, núm. 28, Buenos Aires, 1991.
- , “Arbitrio judicial y legalismo”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, Buenos Aires, núm. 28, 1991.
- , “Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización”, en LEVAGGI, Abelardo (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992.
- , *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (1511-2009)*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2010.

- , *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, México, Escuela Libre de Derecho, 1992.
- BRÉHIER, Emile, *Historia de la filosofía*, t. 2, Madrid, Tecnos, 1988.
- CABRILLAC, Rémy, “El simbolismo de los códigos”, AA. VV, *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003.
- CANAL FEIJÓO, Bernardo, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “Historia de la cultura jurídica”, en NARVAEZ y RABASA GAMBOA, Emilio, *Problemas actuales de la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2007.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, t. 1, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *La codificación en México*, México, Porrúa-UNAM, 2010.
- DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971.
- FAYT, Carlos S., *Derecho político*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- FEDERICI, “Transformaciones del derecho. Emergencias y crisis de los paradigmas del derecho moderno”, *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007.
- FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, t. A-D, Barcelona, Ariel, 1999.
- FRONTERA, “Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica”, *Temas de filosofía del derecho*, t. 1, Buenos Aires, Leuka, 2003.
- y SOMOVILLA, Claudia Gabriela, *La codificación civil a través de las revistas jurídicas porteñas (1870-2000)*, Buenos Aires, D&D, 2012.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 90, núm. 2, Valparaíso, mayo-agosto, 1993.
- , “Codex”, *Estudios de derecho romano en honor a Álvaro d’Ors*, t. 2, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1987.
- , “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, *De la codificación a la descodificación*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2003.
- , *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- HIRSCHBERGER, Johannes, *Breve historia de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1980.

- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, Diritto e Società, 1979.
- LAOCATA, Francisco, “Las ideas iusfilosóficas de la Ilustración”, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, t. 1, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1969.
- LÓPEZ, Mario Justo, *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Kapelusz, 1973.
- LORENZETTI, “La descodificación y fractura del derecho civil”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1994 D, Buenos Aires, 1994.
- MADRAZO, Francisco, *Orden jurídico y derecho judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- MARTÍNEZ, Marina, *Juicio de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1819.
- MEDRANO, José María, “Política, derecho y codificación”, *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, Educa, 2003.
- MELO, Artemio Luis, *Compendio de ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Heliasta, 2005.
- MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, María del Carmen, *Entorno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1997.
- RADBRUCH, Gustavo, *El hombre en el derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 1997.
- , *Historia del derecho civil peruano, siglos XIX y XX*, t. 2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- RIVAROLA, Rodolfo, “La enseñanza del derecho civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, *Revista de Derecho, Historia y Letras*, t. 8, Buenos Aires, 1900.
- RUSSO, Eduardo Ángel, *Teoría general del derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- , *Teoría general del derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- TAU ANZOÁTEGUI, “La “cultura del código: un debate virtual entre Segovia y Sáez”, *La codificación raíces y prospectiva*, t. 2, Buenos Aires, El Derecho, 2004.

———, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, INIHDE, 1992.

———, *La ley en América hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992.

THURY CORNEJO, Valentín, “El simbolismo de los códigos”, *Codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, Educar, 2003.

YUNGANO, Arturo R., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1995.