
[Codificación, descodificación y recodificación]*

» FERNANDO HINESTROSA**

SUMARIO: Premisa. 1. El advenimiento de la legislación especial. 2. De los códigos a la Constitución, un cambio de centro. 3. La importancia de los principios generales del derecho. 4. Códigos y transformación social. 5. La capacidad unificadora de los códigos.

PREMISA. A lo largo de la historia, ondulante y recurrentemente, los pueblos han conocido y reconocido distintas fuentes del derecho. La diferenciación entre fuentes formales y fuentes materiales es elemental, y dentro de aquellas, con valor variado y fuerza cambiante, se mencionan la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina. El derecho consuetudinario, el más antiguo, genuino y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del derecho escrito, de ordinario la declaración escrita de la persona o del organismo con ese poder, fue visto y sigue siendo tenido como un

* Contribución al libro de Homenaje al Profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS, Caracas, Venezuela, 2002. Publicado en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 323, 2003, 64-73. Para citar el artículo: F. HINESTROSA. “Codificación, descodificación y recodificación”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 3-13.

** Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial, entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

medio de certeza¹ (formalidad, publicidad, estabilidad, seguridad, aunadas)². De otro lado, los Estados, y más ampliamente los soberanos, han tendido siempre a establecer un derecho propio, aplicable a todos los súbditos que se encuentren en su territorio. Es más, la existencia de leyes nacionales generales ha sido símbolo de soberanía, y tal tendencia se observa en los Estados europeos a partir de fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX³, como también en las repúblicas latinoamericanas a raíz de su independencia de las metrópolis peninsulares⁴. Esas leyes fueron concebidas y redactadas sistemáticamente, como unidades sectoriales, esto es, como códigos, y como “fruto maduro de la ciencia”⁵ y, en cuanto tales, llamadas a perdurar.

Con frecuencia se escucha y lee la tesis de que el tiempo de la codificación quedó atrás y que la obsolescencia, a más de a los códigos, golpea a la propia idea de codificación⁶; en una época en que las necesidades se multiplican y apremian con mayor intensidad, las gentes son más exigentes respecto del Estado, y por ello se tiende a legislar contingente y celeramente para la regulación de materias específicas⁷. Y entre los ‘generalistas’, adheridos a los códigos, se expande un ánimo pesimista: se sienten arrinconados por los ‘especialistas’, más cotizados y en la cúspide de la actualidad⁸. Sin embargo, aparte de la importancia sempiter-

-
- 1 Se menciona siempre la hazaña de APPIO CLAUDIO CIECO, equivalente en el ámbito jurídico a la de Prometeo en la teogonía griega. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7a. ed., rist. anastatica, E. Jovene, Napoli, 1957-1991, p. 122 s.
 - 2 “Parece que, en la historia del derecho, se suceden tiempos débiles y tiempos fuertes de la legislación: es como si se produjera un balanceo de los hechos y de las ideas entre el derecho consuetudinario en sentido amplio (incluido el derecho creado por el juez) y el derecho escrito, surgido de la voluntad de un legislador”: J. CARBONNIER, *Tendances actuelles de l'art législatif en France*, en *Essais sur les lois*, 2^o éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 266.
 - 3 Cfr. F. WIAECKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, § 18. R. ZIMMERMANN, *Roman law and european legal unity*, en *Towards a european civil code*, Martinus Nijhoff, Nijmegen, 1994, p. 65 ss. Th. G. WATKIN, *An historical introduction to modern civil law*, Ashgate, Dartmouth, Hants, 1999, cap. 7.
 - 4 Cfr. la anotación que hace P. LIRA URQUIETA, en *Introducción* al tomo XII, 1, de las *Obras completas de Andrés Bello, Código civil de la República de Chile*, Ministerio de Educación, Caracas, 1954, p. XIV, en cuanto al encandilamiento del *Code civil* sobre los gobernantes latinoamericanos y a la propuesta del chileno O'Higgins en 1832 de que se le adoptara sin dilación.
 - 5 Conforme a la expresión de C. CROME, *System des deutschen bürgerliches Rechts*, Tübingen-Leipzig, 1, 1900, p. 32, cit. por F. D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida ed., Napoli, 1984, p. 21, nota 15.
 - 6 Cfr. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1983, 1, pp. 117 ss.
 - 7 Naturalmente la referencia corresponde al ordenamiento de derecho privado: civil y comercial o unificado, especialmente en materia de obligaciones y de contratos, hoy en algunos campos muy próxima al derecho público y, por ende, al estatuto, de que son ejemplos sobresalientes, dejando de lado el ámbito del trabajo dependiente, objeto de disciplina autónoma, el arrendamiento de inmuebles para vivienda, comercio o explotación agropecuaria, la actividad financiera y, por su novedad y universalidad, el consumo.
 - 8 “Si la codificación reordenó las fuentes, insertándolas en un diseño unitario y pretendiendo

na de los principios generales, que yacen y viven en los códigos, se anota que en el presente son numerosos e importantes los ejemplos de nuevos códigos y de reformas amplias y profundas de códigos tradicionales, lo cual mueve a pensar en que los códigos de por sí tienen aún una función que cumplir en cuanto a la disciplina de instituciones y figuras, y que su vigencia paralela a los estatutos especializados tiene un significado propio. El hecho es que frente al fenómeno generalizado de la descodificación se sigue codificando y recodificando, y que los códigos se mantienen, así sea con modificación de su función frente a aquellos estatutos.

¿Qué quiere decir codificar y qué descodificar? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española trae estas precisiones: “*Código*. Cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático. Cifra para formular y comprender mensajes secretos”. “*Codificar*. Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático. Transformar mediante las reglas de un código la formulación de un mensaje”. “*Descodificar*. Aplicar inversamente las reglas de su código a un mensaje codificado para obtener la forma primitiva de este”. La presencia de los dos significados, a primera vista distantes y sin relación entre sí, no deja de formular sugerencias a propósito del mensaje subliminal de los ordenamientos jurídicos.

“La partícula ‘des’, empleada junto a un verbo o a un sustantivo en función antagónica, sirve para indicar la oportunidad o al menos la posibilidad de suprimir o reducir aquello que la palabra principal expresa. Así, *descodificar* significa sustraer áreas de legislación a aquellas estructuras tendencialmente omnicomprendivas y sistemáticamente ordenadas que quisieron ser y son los códigos. *Descodificación* es, en efecto, un modelo distinto de legislar, de regular, en el que puede decirse que se adopta el principio de ‘para cada materia una ley’. La *descodificación* no quiere decir *desregularización*, pues lo que hace es descomponer y recomponer en otro lugar legislativo áreas de una materia, por fuera de los códigos”⁹. ¿Hasta dónde, simplemente reubicar materias con una disciplina diferente, pero siempre legal?

1. *El advenimiento de la legislación especial*. De un universo (“cultura”) conforme al cual el derecho por excelencia era el civil, con sus pilares en la persona, la familia, la propiedad, la obligación, el contrato, la responsabilidad, la sucesión, que alindaban íntegro el territorio en el que se desenvolvía la vida de los ciudadanos, se fue pasando a la independización de ramas dentro de su seno, algunas con

imponerles su propia opción, la evolución actual nos parece ante todo como *desmembración* o *desboje de fuentes*, que poco a poco se separan del código, se constituyen en leyes particulares sobre objetos específicos y circunscritos, y tienden a sustraerse así a su hegemonía”: P. CARONI, *L'età della decodificazione*, en *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè ed., Milano, 1998, p. 93.

9 C. CASTRONOVO, *Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione*, en *I cinquant'anni del codice civile*, v. 2º, Giuffrè ed., Milano, 1993, p. 475.

tintes publicistas, como es el caso de la legislación laboral, para luego asistir al desgane de sectores y temas de estas, hasta llegar a la abundancia y la dispersión legislativa del presente, cuando pululan los estatutos singulares, ansiosos de autonomía total, varios de los cuales inclusive proclaman obedecer a principios y valores diferentes de los que informan a sus ancestros¹⁰.

El primer desgaje ocurrió con el derecho mercantil, cuyo espíritu de cuerpo expansionista y absorbente ha sido patente, ansioso de gobernar todas las operaciones en que intervenga un comerciante para que sean juzgadas por sus pares. Sin embargo, apenas comenzado el siglo xx se hizo presente la tendencia hacia la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, con variado suceso, de que dan cuenta el Proyecto franco-italiano de obligaciones y el *codice civile italiano* de 1942, que ha tenido amplias repercusiones en América Latina. Sin embargo, a la par del desarrollo de ese proceso inexorable, son numerosas las materias que por variadas razones han ido soltando amarras y se han separado del tronco comercial¹¹: el derecho de la navegación, incluso con individualización de sus distintos sectores, el derecho bancario, el financiero, el bursátil, el económico, etc., hasta llegar al derecho del consumo; lo que también se ha dado en el derecho civil, *v. gr.* con el arrendamiento inmobiliario y distintos campos de la responsabilidad extracontractual.

El apremio de la regulación oportuna, específica y precaria de determinadas materias y de determinados destinatarios¹² por medio de leyes especiales (*Spezialgesetze*) es relativamente reciente, y corresponde a los fenómenos que irrumpieron y se generalizaron a raíz de la segunda posguerra del siglo xx. Antes, lo que solía acontecer era la renovación y actualización del derecho por vía jurisprudencial, en oportunidades mediante decisiones de ‘jurisprudencia pretoriana’, y en veces por medio de reformas precisas de determinadas normas de los códigos. El foro reunido en Roma entre el 27 y el 28 de octubre de 1977 por ini-

10 Ante todo se hace referencia al principio de la autonomía privada o de la libertad contractual, frente a la intervención tutelar o a la dirigista del Estado, que desemboca en el contrato forzado, el contenido legalmente impuesto, la ampliación del contenido con la agregación de las obligaciones inherentes o contiguas (*Nebenpflichten*) y a una concepción y un empleo más extensos e intensos del principio de la buena fe, tanto en la celebración como en la ejecución del contrato, e inclusive en las relaciones posteriores a su extinción. Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 7a. ed., 2001, pp. 170 s.

11 “[Hoy] la mayor parte de las reglas del derecho comercial francés tiene que buscarse en fuentes externas al código de comercio, que subsiste apenas nominalmente, como un cascarón casi vacío de contenido”: B. OPPETIT, *La décodification du droit commercial français*, en *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris, 1981, p. 198.

12 “La ley ya no mira al ‘ciudadano’, destinatario neutro e indiferenciado, sino a grupos específicos y a categorías definidas de intereses. Las leyes se presentan como estatutos de grupos sociales (...) y expresan lógicas sectoriales”: N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1979, 1, p. 144. “La ley se hace en provecho de un grupo más o menos reducido de personas. (...) El grupo al que la ley protege no renuncia a pedir incesantemente y a obtener aquel refuerzo de la protección concedida a él”: SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119.

ciativa de N. IRTI: “Temas de la cultura jurídica contemporánea: perspectivas del derecho privado; el jurista en la sociedad industrial, el ocaso del código civil”¹³, vino a significar una toma de conciencia del fenómeno, de sus caracteres y de sus proyecciones, y de entonces para acá se le ha tratado *in extenso* y despojado de misterio; en fin, ha de manejársele con tiento, sin perder de vista cierta inclinación a tomar de por sí los hechos y circunstancias nuevos dramáticamente, si que también con algo de maniqueísmo. Lo que realza la necesidad de diferenciar la abundancia de normas (el “aluvión legislativo”, la “inflación legislativa”¹⁴, la “hemorragia legislativa”¹⁵, la “orgía de legislación”¹⁶) de la invasión del derecho a campos antes ignorados por él¹⁷, su expedición impulsiva, la confusión entre las normas legales y las administrativas, su modificación o sustitución ligeras, con compromiso grande, no solo de la propiedad, claridad y prestancia del ordenamiento¹⁸, sino de la posibilidad misma de su conocimiento incluso por las gentes que trabajan en el respectivo sector económico, del advenimiento de normatividades singularizadas o especializadas, así los dos fenómenos sean propicios a coincidencia¹⁹.

2. *De los códigos a la Constitución, un cambio de centro.* Lo primero que se advierte es el calificativo de “crisis”²⁰. Los códigos hicieron crisis, si que también el derecho privado y, en general, el derecho, y de contera, las instituciones que alcanzaron su apogeo en los dos últimos siglos: el derecho subjetivo, la propiedad, el contrato, la responsabilidad, que han sido (¿fueron?) las figuras centrales del derecho privado, en torno de las cuales giraban los códigos decimonónicos y del siglo xx, que naturalmente se ven afectados por la transformación de la economía y de la organización social que se ha venido sucediendo por doquier, hoy “global”, en fuerza de la aproximación de las gentes, la universalización de los intercambios

13 N. IRTI, *Età della decodificazione*, en *Diritto e società*, 1978; *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, cit., p. 1.

14 GOLDSCHMIDT, 1924, CARNELUTTI, 19, ambos cit. por CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 484, nota 8.

15 S. RODOTÀ, cit. por BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit.

16 G. GILMORE, *The death of contract*, Ohio State University Press, 1995.

17 CASTRONOVO, *op. cit.*, pp. 482 s.

18 Ya Tácito, en sus *Anales*, se pronunciaba sobre la *corruptissima re publica, plurimae leges*.

19 “La producción sistemática de leyes que retoman temas ya tratados por el código y los desarrollan al detalle y de manera totalmente autónoma, o sea sin adaptar necesariamente las reglas seguidas hasta entonces. Estas leyes, cuyo número se aumenta y multiplica de año en año, si es que se refieren al código, lo miran de modo distinto: no lo consideran ya la sede principal de los principios generales y en todo momento le discuten su primacía. Se consideran islas autónomas y autorreferentes. Y si es que lo estiman merecedor de alguna atención, es solo como cualquier *derecho residual*”: CARONI, *Letà della decodificazione*, cit., p. 93.

20 Cuando más podría hablarse de “crisis de identidad de los modelos decimonónicos”: BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., p. 22: el *Code civil*, el BGB, la dualidad de ordenamientos de derecho privado: código civil y código de comercio.

y la homogeneización de paradigmas. De la propiedad privada como paradigma de derecho subjetivo y como derecho absoluto, y del contrato como sinónimo de regulación paritaria y equitativa de los derechos de los individuos, se pasó al derecho subjetivo con o como función social, de ahí a la desregularización y a la economía de mercado, y de allí, ¿a dónde se irá? El movimiento pendular, tan expresivo del desarrollo de la especie, está acá presente. En todo caso, es exigua la presencia del código civil²¹, la disciplina del mercado quedó definitivamente por fuera del código civil, sin perjuicio de seguir anhelando la homogeneidad y unidad del derecho privado²², y se perdió “la centralidad del código en el derecho privado”²³; ya el código civil es “una” de las leyes civiles, y no “la” ley²⁴, inclusive con diferencias de vocabulario y de lógicas; se ha pasado de un mono-sistema a un polisistema²⁵.

Como correspondía a la organización política y económica surgida de la ruptura de los regímenes feudal y corporativo y de la revolución industrial, vertida en el Estado ‘gendarme’ y en la exaltación de la propiedad y el contrato, los principios fundamentales se encontraban en el código civil, que ocupaba el vértice dentro de la jerarquía normativa²⁶. Con el cambio de orientación y de actitud del Estado, que se remonta a la primera mitad del siglo XX, la orientación ideológica se modificó y la intervención del poder público se fue incrementando hasta extremos insospechados, de los que ahora ha ido regresando. En todo caso, el concepto y la práctica del Estado social de derecho colocan a la Constitución por encima de todos los demás sistemas normativos²⁷, y sus directrices informan

21 M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi confini*, en *Rivista di diritto privato*, Padova, 1961, p. 398.

22 “La unidad del derecho privado no es un mito científico, ni una ideología política; ella responde a las conexiones intrínsecas de nuestra vida y al dominio de los aparatos económicos”: SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129.

23 BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit.; SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., pp. 128 s.

24 Cfr. RTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, cit., p. 141.

25 *Ibid.*, p. 145. Cfr. P. SCHLESINGER, *Tramonto della codificazione: Il tramonto del codice civile*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1980, I, pp. 80 ss.

26 SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 118. El art. 5.º de la ley colombiana 57 de 1887, que adoptó los códigos de la Federación, es dicente a propósito: “Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: código civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal...”.

27 Cfr. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit. p. 30, nota 26; SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2a. ed., Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2001; *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, pp. 96 ss.; *Profili istituzionali del diritto civile*, 2a. rist., Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1977-1986, p. 28; *Diritto civile nella legalità costituzionale*, 2a. ed., Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pp. 189 ss.; RESCIGNO, *Introduzione al diritto civile*, cit., pp. 47 ss. El art. 40 de la Constitución colombiana de 1991 dispone: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, y el art. 50 de la ley 57 de 1887 citada

íntegra la normatividad, que no solo ha de ajustarse a ella, sino que debe interpretarse con arreglo a la ideología acogida en su parte dogmática. Es más, los organismos jurisdiccionales que ejercen el control de constitucionalidad de las normas subordinadas han sido colocados y se sitúan en posición de establecer el sentido genuino de la Constitución y de dictar su interpretación cierta y única, con el resultado de una judicialización del derecho, que se debería ampliar con un empleo más amplio e intenso de las cláusulas generales. De esta forma, la tendencia actual es la de tomar la Constitución como tabernáculo de los principios fundamentales de la vida ciudadana, que han de orientar el entendimiento y la aplicación de íntegras las demás normas. Así, se completa el desplazamiento del código civil a manos de la Constitución²⁸, ciertamente compenetrada con una mentalidad solidarista e intervencionista, imbuida del anhelo de cambiar estilos y contenido de las relaciones sociales²⁹. Hoy, los principios fundamentales están en la Constitución, sin perjuicio de la conservación en el código civil de principios generales más próximos a la disciplina de las relaciones privadas, por lo cual no huelga anotar que la realización de aquella no está confiada a las solas leyes especiales, sino que compete a íntegro del ordenamiento, lo que implica la adaptación de las normas y sistemas anteriores.

3. *La importancia de los principios generales del derecho.* El nuevo derecho surge ante todo en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, en cuyos tratos se aprecia la elaboración y, en todo caso, la presencia de una normatividad convenida, que también se observa en las leyes especiales, solo que allá la acuerdan las partes y acá resulta de la negociación entre el Estado (gobierno, parlamento) y los grupos (gremios, sindicatos, asociaciones), cuando no de las presiones de estos. Pero en aquellos mismos terrenos se advierte el empeño de resaltar la importancia de los principios generales que han de informar la vida práctica, jurisdiccional y normativa de la actividad económica³⁰, columna vertebral de que carecen las leyes especiales.

ya prevenía: “En caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”, y el art. 40 de la ley 153 de 1887 que “La doctrina constitucional es (...) norma para interpretar las leyes”.

- 28 “Los principios constitucionales han impuesto e imponen una revisión, una integración y una reinterpretación del código pero no su relegación. Es posible transformar radicalmente amplios sectores del código mediante una revisión interna, sin afectar la estructura que lo sustenta”: SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 129.
- 29 Cfr. A. DE CUPIS, *A proposito di codice e decodificaziane*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1979, 11, p. 51; A. M. PRINGIALLI, *Las vicisitudes de la codificación*, trad. de P. Salvador, en N. LIPARI, *Derecho privado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, p. 91.
- 30 Valga citar los ejemplos de la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercancías, de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit, Roma, 1994, del Proyecto europeo Gandolfi, Academia de Pavía, del Proyecto Lando de código civil europeo.

Las normas, como todas las criaturas, más las creaciones culturales o del espíritu objetivo, comienzan a envejecer desde su expedición³¹, a lo que se ha de agregar que en no pocas oportunidades nacen viejas, o cuando menos retrasadas con relación a las urgencias de la época, y a medida que el tiempo transcurre, los cambios son más veloces y los apremios del presente más fuertes, son más evidentes su rigidez, su anquilosamiento, su falta de flexibilidad. Sobre la jurisprudencia pesa el deber de acompañar el derecho escrito al ritmo y al pensamiento de las nuevas edades, solo que en veces se olvida de cumplirlo, o su acomodación no es adecuada; así, aun descontando las presiones sociales y políticas que suelen no dar tregua, los Estados optan por echar por el atajo y expedir leyes especiales, producto de contingencias económicas y emergencias políticas, que se han convertido en la regla general, a veces con el carácter de ordenamientos políticos y técnicos, que prefieren a la reforma de los códigos, provistas de nuevas orientaciones y principios.

Brotan, irrumpen, abundan las leyes especiales, muchas veces expedidas por el órgano ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias otorgadas so pretexto de la urgencia. En favor de las leyes especiales, cada vez más frecuentes, amplias y ampulosas, concurren argumentos y observaciones de orden económico, político, ideológico, sistemático. ¿Cuáles son hoy las normas que regulan las actividades económicas más importantes y cuantiosas? ¿El código civil, e incluso el código de comercio, “para los asuntos pequeños de la actividad doméstica”?³², y las leyes especiales para los de trascendencia y cuantía mayores?³³. Y en cuanto al significado constitucional del código: ¿derecho civil, el de los propietarios, derecho comercial, el de los mercaderes, uno y otro colocando por encima los intereses de las clases poseedoras y enriquecidas? En todo caso, la obligación y el contrato no se pueden considerar figuras confinadas a la “microeconomía” y a los tráficis minúsculos. ¿Dónde están los principios generales del derecho, de dónde extraerlos y cuál su alcance?

31 “La ley escrita viene a cristalizar un determinado sistema, y por ende, viene a codificar el *pasado*, pese a estar llamada a disciplinar el *porvenir*. De ese modo, un código nace ya viejo y bien pronto necesita revisión”: M. GIORGIANNI, *Sulla riforma della legislazione civile*, Milano, 1967, ahora en *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 605.

32 S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 13, cit. por BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., p. 18, y nota 6. Y apunta RODOTÀ allá mismo: “El código civil aparece cada vez más lejano del corazón del proceso económico, empobrecido como se encuentra por la continua hemorragia a que lo someten las leyes especiales que se ocupan de los hechos más significativos del sistema socio-económico y los disciplinan de modo de sustraerlos en todo o en parte a la normatividad (aparentemente) general contenida en el código”.

33 Cfr. G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1976, I, pp. 591 ss.

4. *Códigos y transformación social*. Como se anotaba atrás, es manifiesta en algunos aspectos la inadecuación de los códigos a la realidad económica, social, política (favorecida a veces por un anquilosamiento eventual de la jurisprudencia). Así, cuando no es posible una obra de revisión interna, o no se considera oportuna, la actualización y la adecuación del código a los principios constitucionales puede darse mediante un trabajo de pulimento y acondicionamiento de la normatividad del código confiada a leyes a propósito. Se asiste a un particularismo legislativo: consolidación de sistemas plurales de normas dotadas de lógicas autónomas y orgánicas, cuántas veces heterogéneas. La atención de los problemas de la sociedad industrial y de la postindustrial, la de la información y las comunicaciones, resulta imponiendo normas que subrogan determinados preceptos o títulos enteros del código y directamente se subsumen en él; otras veces, leyes que corren por separado, hasta con ínfulas de código³⁴. El derecho privado tiene que abrirse a la evolución de realidad social, y las leyes especiales toman en consideración los aspectos y fenómenos sobresalientes de esa transformación. De ahí que no se las pueda relegar, sin más, a una especie de apéndice externo, sin aptitud para reaccionar sobre el sistema del código. De ocasionales y aun efímeras, las normas especiales han ido tomando cuerpo y en algunos casos se han convertido en verdaderos sistemas, microsistemas, con principios propios, al extremo de que el código civil o los códigos de derecho privado resultan marginales, o mejor, residuales³⁵. A cuyo propósito “ha de reprochársele al legislador especial el no haber sabido o querido adaptar las figuras del código susceptibles de aplicación útil a las nuevas exigencias”³⁶; de ahí que “la decodificación se haya convertido en causa y efecto de la multiplicación de reglas de derecho de toda clase de origen”³⁷.

Y al mismo tiempo, ha de resaltarse la vitalidad insospechada y persistente de los códigos civil y de comercio. La perseverancia de la centralidad del código en el ámbito sistemático permite y auspicia la existencia de un sistema unitario. La especialidad de las leyes no consiste en su carácter especificador; simplemente se capta en su dimensión sectorial. Ello pone de presente la complejidad interna del sistema, que hace más necesarias e importantes las categorías y principios de derecho común, claves de la interpretación general.

34 “Al que consideran un *droit résiduel*”: CARONI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 93.

35 Cfr. IRTI, *Leggi speciali*, cit., p. 144. Piénsese en el ejemplo paradigmático de los ordenamientos reguladores del consumo y protectores del consumidor.

36 DE CUPIS, *A proposito di codice e decodificazione*, cit., p. 52. Cfr. S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, 1984, ahora en *Codificazione ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999, pp. 37 ss.

37 OPPETIT, *La décodification du droit commercial français*, cit., p. 200. “La legislación iusprivatista adquiere el semblante de un sistema policéntrico, que poco a poco desmonta la codificación y disuelve su unidad originaria”: CARONI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 94.

La unidad del sistema se rompe con la irrupción acelerada de leyes especiales que invaden el territorio del código. “El código no es ya ‘el’ sistema, sino uno de los varios sistemas; sin embargo, es aquel que por la vastedad, la finura y la hondura de las materias y de la disciplina, custodia la técnica de estudio, los instrumentos ordenadores, las categorías lógicas aplicables también a las leyes especiales”³⁸, desprovistas de esa armazón o espina dorsal. Sin duda, ha venido a menos la pretensión omnicompreensiva de los códigos, pero a ellos continúa reservada la concepción global e integral del derecho.

5. *La capacidad unificadora de los códigos.* La introducción de otras “sangres”, nuevas, de otras culturas, es inevitable y, además, benéfica, y al efecto basten los ejemplos, antiguo, del derecho comercial, y más reciente, del derecho individual y colectivo del trabajo, que en su día abrieron la mentalidad, atendieron a nuevos fenómenos, dotaron en alto grado al derecho de flexibilidad y sensibilidad. A la postre no sería irrazonable ni malsano pensar en una especie de sincretismo. En el seno del sistema o de los varios sistemas y subsistemas jurídicos de cada país obran fuerzas centrípetas y fuerzas centrífugas, enderezadas, todo lo más, hacia la absorción de aquellas en y por el sistema.

Esto resalta la capacidad unificadora de los códigos, en particular, del código civil, cuyas categorías y principios siguen ofreciendo al intérprete un conocimiento normativo de “derecho común”, que se transmite a todo el derecho privado y lo penetra. ¿Retorno al código civil? “El código civil no como punto de llegada, sino como punto de partida” (NICOLÒ). El código civil entendido como aquellos valores en los que creemos y que él expresa y enseña³⁹. ¿Podría o habría de pensarse, entonces, en una “recodificación”? Se plantea una transformación del código adaptando sus categorías y, por supuesto, sus principios, a una sociedad en transformación continua, veloz y honda, de modo de disminuir la distancia entre los valores, aspiraciones y, sobre todo, exigencias de la realidad, y las normas, al propio tiempo que atendiendo a la necesidad de contar con categorías y principios generales, unificadores. Las leyes especiales presuponen un derecho común: generalización del código y particularización de las leyes especiales. Es posible hablar de una complejidad caótica de la legislación, frente a la cual es indispensable, como apremiaba PORTALLS, “legislar de modo que las nuevas instituciones tengan aquel carácter que puede asegurarles el derecho de llegar a ser antiguas”. Es menester una racionalización de las leyes especiales, a más de resaltar el deber del intérprete de ellas de recomponer la unidad del sistema.

No cabe pensar en leyes especiales sin la presencia central del código, que a su turno recibe la influencia vivificante de aquellas. Los ejemplos de los orde-

38 IRTI, *Leggi speciali*, cit., pp. 142 ss.

39 Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Tramonto della codificazione; Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, pp. 85 ss.

namientos comercial y laboral son paradigmáticos. “Las normas de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular”⁴⁰. No sería por ello aventurado pensar los códigos, tratarlos y emplearlos como una única *lex generalis* dentro del sistema. Esa sería una manera, o mejor, lo es, de decantar y sedimentar los valores de la cultura jurídica propia, la nuestra. Es de recordar la expresión de PORTALIS: “Los códigos de los pueblos se dan con el tiempo, pues, a decir verdad, no se les hace”.

“La ciencia civilista y el código civil ofrecen instrumentos suficientemente dúctiles que permiten el ejercicio de una de las tareas fundamentales del jurista, la de controlar la racionalidad de las disciplinas y de remitirlas a ordenamientos en cuanto sea posible duraderos. La edad de la descodificación, en las sociedades inquietas y en transformación, comienza el día siguiente de la entrada en vigor del código. Pero el código, replanteados sus objetivos y a sabiendas de sus lagunas y de la insuficiencia de algunas de sus disciplinas, sigue siendo un punto fundamental de referencia en la interpretación del ordenamiento y de sus subsistemas”⁴¹.

40 BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, cit., p. 50.

41 F. PIGA, *Tramonto del codice civile? Codice civile e istituti di diritto pubblico nella realtà del nostro tempo*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1980, I, pp. 56 ss.