
Código Civil y dispersión normativa^{*-**}

» FERNANDO HINESTROSA^{***}

Hablándose de código civil y, especialmente, a propósito del *Code civil français*, es indispensable incurrir en evocaciones de la noción de código y divagaciones sobre su significado en distintas épocas. Siendo de todos sabido que el derecho precedió a la ley, aparecida en sus primeras expresiones como recopilación de costumbres, reglas de comportamiento surgidas espontáneamente, para luego ser consideradas de observancia coercible, vienen a la memoria, en orden sucesivo, los códigos mesopotámicos, el más conocido el de Hamurabi, las Tablas de la ley hebreas, las XII Tablas romanas, los intentos de codificación bajo el Dominado, el *Codex* justiniano, las leyes romano-barbáricas, el Decreto de Graciano, las Siete Partidas, el *Corpus Iuris Canonici*, hasta llegar, en la edad moderna, a las codificaciones nacionales sistematizadas a partir del siglo XVIII: el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794, el *Code civil des français* de 30 ventoso del año XII, el ABGB (código civil austriaco) de 1811, el código civil de Bello para Chile de 1855, adoptado con importantes modificaciones en materia de familia por los Estados de la Confederación Granadina y los Estados Unidos de Colombia –a partir del de Santander en

* Para citar el artículo: Hinestrosa, F., “Código civil y dispersión normativa”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 46, enero-junio 2024, 5-11. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.46.01>.

** Ponencia para el Coloquio sobre el Bicentenario del *Code civil français* organizado por la Embajada de Francia en Colombia, Bogotá, 16-17 de junio de 2004.

*** Rector de la Universidad Externado de Colombia y profesor en ella de Derecho Civil (1963-2012) (Bogotá). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fue 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 presentarlos de nuevo, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

1858–, el Código argentino de Vélez Sarsfield de 1869, el Código Civil italiano de 1865, el BGB (Código Civil alemán) de 1896-1900, el Código Civil suizo de 1907 y el Código suizo de Obligaciones de 1911, el Código Civil brasileño de 1916, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil holandés de 1992, el Código Civil de Quebec de 1992, varios códigos civiles latinoamericanos de postrimerías del siglo XX, el Código Civil brasileño de 2002, los recientes proyectos de codificación civil europea: los de código civil de von Bar y de Gandolfi, los Principios de derecho de contratos de Lando.

Por código, en su acepción jurídica, se ha entendido una recopilación de leyes relativas a una materia homogénea; más precisamente, una presentación sistemática de ella, un cuerpo orgánico, coherente, idea que se va refinando al observar que el código es una expresión del poder del *iubens*, de ejercicio de la soberanía, de modo de unificar la respectiva normatividad, con unidad de concepción y de redacción, que obedece a unos principios políticos y filosóficos que bien pueden correr en una Parte General, dentro del sistema propuesto por Pufendorf en el siglo XVII, y que en todo caso penetran la disciplina de las instituciones y las figuras fundamentales.

El código, así entendido, obedece a la necesidad de certeza y seguridad que con fuerza variada apremia a toda sociedad y llega a convertir al escrito en un fetiche. Al mismo tiempo, ha sido y sigue siendo una manifestación por excelencia de la soberanía del gobernante, del Estado, sin que al respecto importe el que el código promulgado sea un mero trasplante del de otro Estado o una adaptación de él, como ha sido la regla por parte de las naciones periféricas delante de los códigos más prestantes; para el caso de la codificación civil, el *Code civil français* de 1804 y el BGB alemán de 1896-1900. En fin, un código corresponde a un anhelo de racionalidad, coherencia y plenitud.

Los códigos civiles fueron anteriores a las constituciones políticas, y esa circunstancia y la universalidad de su propio contenido, relativo a instituciones fundamentales, les otorgaron una evidente primacía sobre los códigos de las demás materias. Así, a tiempo que el *Code civil* fue considerado como “la constitución civil de Francia” (Demolombe), la Constitución Política colombiana de 1886 ordenó incorporar su título III (“Derechos civiles y garantías sociales”) al Código Civil, y la Ley 57 de 1887 dispuso el orden en que se acatarían las disposiciones de los diversos códigos, comenzando por el Código Civil, seguido del de Comercio.

El derecho privado, a partir de comienzos de la baja edad media, se ha visto fraccionado en derecho civil –con sus pilares fundamentales de persona, familia, derecho subjetivo, propiedad, obligación, contrato, responsabilidad, herencia– y derecho comercial –para la regulación de la profesión de comerciante, el acto de comercio y los contratos especiales. En el curso del siglo XX, de él se desmembró el “arrendamiento de servicios dependientes”, y el aliento solidarista y justiciero generó el derecho del trabajo; más recientemente, el derecho del consumo ha tomado gran vuelo y arrestos de independencia. Empero, no hace mucho tiempo vino a resurgir el apremio de un derecho unificado, de que son ejemplo el Código Civil

italiano y sus epígonos latinoamericanos, que congregan en sus disposiciones la disciplina del comercio y del trabajo, lo cual no es óbice para el tratamiento de los problemas concretos de esas materias con el enfoque singular correspondiente, en un caso, a las exigencias de celeridad, agilidad y seguridad propias del tráfico mercantil, y en el otro, a la aplicación del orden público de protección social, con pautas especiales para la celebración y ejecución del contrato.

Bien puede decirse que se mantiene una contraposición entre las que pudieran llamarse fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas en el seno del derecho privado y su normatividad, alimentada por las tendencias a la especialización, tan marcadas en los tiempos que corren, en oportunidades favorecidas por celos profesionales, apropiaciones de mercados y proteccionismos gremiales.

El *Code civil français* ha sido objeto de varias e importantes reformas durante sus dos siglos de vigencia, en todo caso menos numerosas que las nuevas constituciones políticas, como lo ponen de presente los comentaristas al resaltar su solidez, anotación que bien puede trasladarse al fenómeno colombiano, comparando el número de reformas a las constituciones políticas de 1886 y 1991 con el de enmiendas del Código Civil durante la vida de los respectivos estatutos.

Aferrándose buena parte del foro comercialista a la dualidad legislativa, pese a los inconvenientes mayúsculos de esa contraposición inútil, cuando no malsana, ante todo en materia de principios y regulación de los contratos y las obligaciones, valga la anotación de que el código de comercio terrestre, igualmente de raigambre francesa y también de origen chileno, introducido por la vía del Estado de Panamá, y el Código de Comercio Marítimo, fueron sustituidos por el Código de Comercio de 1971, que en aquellas materias vertió en buena medida el libro cuarto del Código Civil de 1942. La presencia de normas contrapuestas para regular unas mismas situaciones, sumada al espíritu expansionista y absorbente del derecho comercial y a la aureola de actualidad que se le quiso dar al código, con evidentes desconsideración y animadversión hacia el derecho civil, no han sido saludables para la salvaguarda de los principios fundamentales del derecho privado y la unidad de criterio y método de su interpretación y aplicación.

En intermediaciones de la Segunda Guerra Mundial, con motivo de conflictos sociales y políticos agudos, hizo su aparición en Europa la legislación de emergencia, coyuntural, de ocasión, en principio transitoria, para superar las respectivas crisis, bien sea que las constituciones políticas previeran ese escape, bien sea que hubieran de ser reformadas para permitirlo. La habilitación del ejecutivo por el parlamento para legislar, sumada en algunos casos a la prevención de la competencia directa del ejecutivo para la expedición de leyes de urgencia, se convirtió en lugar común durante la segunda posguerra, en desarrollo de la política de intervención del Estado y de la figura del Estado providencia. Entre nosotros, la interpretación elástica o, mejor, complaciente de las facultades del gobierno durante el estado de sitio y el otorgamiento a él de facultades extraordinarias desembocaron en una legislación gubernamental, ora exclusiva, ora paralela a la regular u ordinaria, abundantísima entre 1948 y 1968, cuando la reforma constitucional le puso freno

al abuso del estado de sitio. La Constitución Política de 1991 (art. 150.10) prohibió la expedición de códigos por medio de facultades extraordinarias; sin embargo, las del estado de emergencia no tienen límite de contenido (art. 215).

La expedición de normas dispersas se vio favorecida por doquier debido a la presión de grupos sobre el Estado y a la urgencia de este, bien para introducir cambios de favor en la legislación vigente, bien para la regulación de íntegra una materia o un contrato, en aras del “bien común” o del “interés público”, por vías excusadas, so pretexto de la lentitud del trámite parlamentario y de la inercia jurisprudencial. Así se llegó a la inflación y dispersión normativa actual, flagelo universal, que no se acierta a conjurar y al que se aplican remedios en veces más improvisados que esa hemorragia y más dañinos que el propio mal. La intervención del Estado en la autonomía privada, tanto en términos de prohibiciones como de sustitución y aun de imposición de cláusulas y hasta de contratos, contribuyó definitivamente al enseñoramiento de ese fenómeno para el que, desde hace más de treinta años, se acuñó el término expresivo de “descodificación”, que se ha ensañado en el código civil, y que urge analizar, aprehender y dominar.

Esa normatividad de cuño diferente ha ido creciendo en número y longitud; en un comienzo ocasional, con vocación transitoria, dijérase que de paso, en muchos casos se ha convertido en definitiva; cada estatuto es expedido con vocación, o mejor, con ínfulas de código, que muestra soberbia de actualidad y ansias de autofundamentación en principios diferentes, cuando no contrapuestos, a los del ordenamiento regular o de derecho común. Los conceptos de codificación y código han venido a menos. Su abundancia para toda clase de materias implica dispersión, desorden, con todas sus consecuencias nocivas, comenzando por la inseguridad, porque muchas veces no se sabe cuál es la suerte de los preceptos, cuál el derecho vigente y, peor todavía, no se entiende la redacción de un articulado escrito apresurada, descuidada y ampulosamente, en contraste con la exigencia de lealtad y consideración para con los ciudadanos que grava a todo legislador; aquellas que los revolucionarios de la Asamblea Nacional prometieron en la ley de 16-24 de agosto de 1790: “leyes simples y claras”, y que recientemente han reiterado el Consejo de Estado, el Consejo Constitucional y el Parlamento franceses, como también la Corte Europea de los Derechos del Hombre.

Adicionalmente, la dispersión normativa es un síntoma de la debilidad del Estado contemporáneo, prepotente a la vez que impotente, al que se le sale de las manos la función legislativa para caer oportunistamente en la improvisación, víctima de presiones, dejando muchas veces al margen al más menesteroso de tutela, en ventaja del más agresivo.

Con razón se habla hoy de una crisis de las fuentes del derecho, agravada por la emergencia, tanto de proliferación de normas de menor radio emanadas de multitud de autoridades administrativas de distinto nivel, algunas de ellas inclusive con poder jurisdiccional, como por la aparición de un derecho de origen particular, por el sendero de la contratación y el arbitramento internacionales, en pugna con la legislación nacional, a la que mira con desdén y tiende a sustituir, a

contrariedad del primer mérito del código, cual es el favorecimiento del monismo jurídico y político. Ello sin contar con las oleadas de normas comunitarias que en Europa pululan y acá se avecinan.

La renovación del pensamiento jurídico es un hecho fatal, que ha de manifestarse, y en efecto se expresa, en la legislación, la doctrina, la jurisprudencia, comenzando por la del criterio político, la ideología, la consagración del siguiente nuevo orden social, con ritmo de variada celeridad, pero en el presente, de veras veloz. Al momento de su expedición, un código ha de reflejar la tendencia predominante, la concepción común, las apreciaciones, sentimientos, anhelos de la generalidad de las gentes. Por ello, no puede hacer tabla rasa de lo anterior, como tampoco limitarse a clasificar y reiterar las visiones de antaño. Nacido más o menos viejo, la doctrina y la jurisprudencia, a la vez que han de acometer la tarea de explicación y divulgación de las disposiciones sobrevenidas, tienen que darse al oficio de actualización sucesiva de la normatividad, impulsada, al mismo tiempo que controlada, por la doctrina, la propia de la exposición académica y aquella crítica de las decisiones judiciales. Pienso que una salvaguarda preciosa de la unidad y la renovación del instrumental jurídico es, precisamente, la jurisprudencia, la jurisprudencia pretoriana, que es la que, para el caso del *Code civil*, le ha permitido conservar intacta la fachada y la estructura, a pesar de numerosos retoques y resanes, y armonizar su contenido con una civilización ya dos siglos posterior a su nacimiento y con el entorno justiciero y garantista de la Unión Europea. La jurisprudencia ha de vencer con vigor y audacia la inclinación a la inercia y el riesgo de anquilosamiento. Valga aquí evocar el sacudón provocado por las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema colombiana de 1935, y compararlo con aquel que se produjo con las reformas y estatutos de 1968 a 1971, y el que siguió a las numerosas enmiendas normativas de los años noventa: nueva Constitución Política, reformas al código laboral, al estatuto de seguridad social, al Código Contencioso Administrativo, al Código de Comercio, al Código de Procedimiento Civil y, por descontado, nuevos códigos Penal y de Procedimiento Penal. Se preguntará cuáles método y estilo son más saludables. En todo caso, valga tener presente que la contención genera reacción y esta desencadena presión, una y otra tanto mayores cuanto más sentidas sean la necesidad y la urgencia de cambio y actualización.

De otro lado, es inveterada la exigencia de continuidad y, sobre todo, de seguridad. La abominación de la “inseguridad jurídica” se ha convertido en estribillo y a la inseguridad jurídica se atribuyen todos los males, a partir de la falta de inversión y de crecimiento económico del país. Solo que ligeramente se suele asimilar la inseguridad a la inestabilidad jurisprudencial y, sobre todo, a las interpretaciones de la Constitución Política por la Corte Constitucional, dejando de lado la veleidosidad legislativa y de la normatividad emanada de la rama administrativa del poder público (p. ej., superintendencias), más sutiles y nocivas que aquella.

Considero importante resaltar la importancia de la plenitud y la coherencia del ordenamiento. Es natural que las distintas ramas cuenten con autonomía y

desplieguen sus iniciativas, emulen en proyección y calado y hagan valer los criterios y principios que les dan razón de ser. Pero, todo ello sin desmedro de la unidad del ordenamiento y de la subordinación de todas las expresiones de este a los valores fundamentales que inspiran la Constitución Política y, más ampliamente, a los derechos fundamentales consagrados en los pactos, declaraciones y tratados internacionales, que debería ser la primera afirmación de la universalidad del derecho: el imperio de la legalidad, entendida como la vigencia de la dignidad humana. Frente a ello se yerguen el oportunismo y el aventurerismo normativos, la legislación fácil, producto de presión, dispersa, improvisada, cuántas veces repetitiva, inclinada a la regulación minuciosa, prolija, reglamentaria, en contraste con los principios generales del derecho.

Instructiva es al respecto la actitud asumida por los Estados francés e italiano a propósito de las normas sobre el derecho del consumo de la Unión Europea, a las que, cada cual al recibirlas, les introdujo adiciones tutelares, e incorporó directamente a su código civil, con lo que puso de presente la unidad del sistema y la vocación de enriquecimiento mutuo de las innovaciones y del cuerpo orgánico del código, que en manera alguna es un *derecho residual*. De ese modo el código conserva su estatura y su dignidad de tabernáculo de los principios fundamentales del ordenamiento privado, en especial del derecho de contratos, que se han de tener en cuenta a la hora de desarrollar cualesquiera disciplina o aplicación singulares.

Además, así, y en aras de la unidad del régimen de obligaciones y contratos, el código civil no se prestará a ser considerado como el ordenamiento de los pequeños negocios, de dimensión aldeana, y de los propietarios rurales, residual en la era de las grandes operaciones financieras, internacionales, del tráfico masivo y célere o de los compromisos de largo tiempo, para grandes empresas. Los derechos especiales, cualquiera que sea su radio de acción, deben tener una osamenta, han de considerarse y tratarse, no como híbridos, formaciones insulares, sino como expresiones concretas del sistema general, sujetas a los principios, milenarios, renovados, actuales y con miras al futuro, cuya fuente se encuentra en ese derecho común contenido en el código civil remozado.

El código civil no tiene por qué entrar en competencia con la Constitución; la condición de esta de “norma de normas” y dictado supremo quedó sentada en el constitucionalismo contemporáneo, de modo que, en un Estado de derecho, toda la normatividad está sometida ella, con un intérprete calificado exclusivo: el respectivo tribunal constitucional. Lo cual no es óbice para que el código civil, por su propia entidad y generalidad, propicia al entendimiento de la universalidad y de la concepción integral del derecho, haya de mantener su condición central, punto de referencia y centro de información de los derechos sectoriales.

Estas consideraciones y argumentación, estimo, se encuentran lejos de constituir una apología, alguno diría, necrología, del derecho civil; son simplemente un esfuerzo de rescate del valor científico del derecho privado, de su seriedad y de su rigor metodológico y, en fin, de su consistencia ética, como quiera que la

buena fe, la corrección, la lealtad, la justicia contractual, no son criaturas de la posmodernidad.

La expedición de códigos civiles unificados en numerosos países de distintos continentes es muestra de la vitalidad de la codificación, pero sobre todo, de la inclinación cierta y generalizada a la unidad de regulación de las materias de derecho privado y a la conservación de los principios generales del derecho en ese instrumento informador y regulador tanto de la homogeneidad como de la coherencia del sistema, al igual que pilar de la vida social de la comunidad respectiva.

Legislar es una labor cada día más exigente y, agregaría, peligrosa para la sociedad, que debe adelantarse con el mayor cuidado, rigor, ponderación, atendiendo a las consecuencias eventuales de las novedades normativas y sus repercusiones en los distintos campos de la actividad y del interés público y particular. Ciertamente hay materias que demandan regulación especial, sujeta a revisión continua, al compás de los cambios rápidos de las circunstancias nacionales e internacionales, pero son excepcionales y, de todas maneras, es indispensable su concatenación con el sistema jurídico general.

Por último, valga reiterar que la legislación abundante y desordenada, al producir inflación normativa, deja como secuela la incertidumbre acerca de lo que está en vigor, lo que ha sido derogado, las adiciones y complementaciones, tanto de los preceptos básicos como de los que pudieran llamarse capilares, lo cual ha movido a la revisión de ese caudal y a su “codificación”, en últimas, a la llamada en Francia técnica de “*codification à droit constant*”, que ha desembocado en la habilitación del ejecutivo para que expida códigos, sin que la afirmada celeridad suya haya dado los frutos anunciados, en tanto que como contrapartida se tienen la desarticulación y el desequilibrio de los poderes públicos, con traslado de la competencia política de la codificación. Fenómeno padecido largamente en Colombia y al que se puso coto con la mencionada prohibición de expedir códigos por vía de facultades extraordinarias.

No siendo imaginable continencia en la producción normativa, es preciso, más que confiar, porfiar en una legislación coherente, sensata e inteligible.