

**Julián García Ramírez**

Universidad de Medellín

juliangarcia05@gmail.com

## **A propósito del Código y la codificación**

*Speaking on Code and Codification*

*A respeito do Código e da Codificação*

**Artículo de investigación:** recibido 26/04/2012 y aprobado 23/10/2012



### Resumen

Este artículo tiene por objeto proponer otra lectura de los procesos de codificación, descodificación y recodificación como procesos unitarios y complejos. Con tal fin, se explicitan y analizan las ideas subyacentes a la idea de código como propuesta ilustrada, decimonónica y contemporánea, y se reconstruye el concepto de código en la actualidad.

**Palabras clave:** Código, Codificación, Descodificación, Recodificación.

### Abstract

This article aims at proposing a different reading of the codification, decodification and re-codification processes as individual and complex processes. To that end, the ideas underlying the idea of code as an illustrated, nineteenth-century, and contemporary proposal are made explicit and analyzed, and the concept of code is reconstructed in the present.

**Keywords:** Code, Codification, Decodification, Re-codification.

### Resumo

Este artigo tem o intuito de propor uma leitura alternativa dos processos de codificação, descodificação e recodificação como processos unitários e complexos. Para este fim, explicitam-se e analisam-se as ideias subjacentes à ideia do código como proposta ilustrada, do século XIX e contemporânea, a fim de reconstruir o conceito de código hoje em dia.

**Palavras-chave:** Código, codificação, descodificação, recodificação.



“Durante un largo período de tiempo, nuestro código civil ha sido objeto de duras críticas. Antes que de conocerle, nos hemos preocupado de censurarle (...); antes que afrontar el Código, le hemos afrentado”.

Antonio Hernández Gil.

## Introducción

Las discusiones en torno a los procesos de codificación se han desarrollado esencialmente en función de dos enfoques: un enfoque descriptivo y un enfoque explicativo. Del primero subyace el interés por estudiar los procesos codificatorios en las diferentes legislaciones a partir de sus elementos característicos, por lo tanto la codificación se asume como un proceso iushistórico con rasgos y caracteres definidos por el espacio-tiempo vital desde el que se aborde (Timm y Marzetti, 2008)<sup>1</sup>. Por su parte, desde el segundo enfoque se asume el estudio de los procesos codificatorios con el fin de exponer, en términos iushistóricos, las razones últimas que impulsaron la implantación de un modo diferente de creación del derecho o, en palabras de Guzmán Brito, de un modo diferente de fijación del fenómeno jurídico (Guzmán, 2000)<sup>2</sup>. En este caso, a diferencia del anterior, no interesa el desarrollo iushistórico de la codificación en concreto; antes bien, este enfoque se ocupa de indicar, de modo general, las causas que condujeron a pensar en la codificación como una forma necesaria de aprehensión del derecho.

Si bien ambos enfoques conllevan lecturas diferentes de los procesos codificatorios, también es cierto que son modelos de análisis profundamente iushistóricos. Sea describiendo o sea explicando, ambas perspectivas tienen como escenario propio la historia del derecho particular o general<sup>3</sup>. A esa relación se suma el hecho, visible en los dos enfoques, de recurrir a criterios valorativos

<sup>1</sup> Para un modelo de lectura de esta naturaleza, se recomienda la consulta del texto: En el citado texto, los autores se ocupan de describir los procesos de codificación, descodificación y recodificación a partir de tres casos: el caso italiano, el caso portugués y el caso brasileño.

<sup>2</sup> Esta obra, en su rigurosa profundidad histórica, puede considerarse un modelo de lectura de los procesos codificatorios en función del segundo enfoque.

<sup>3</sup> Entendemos, en este contexto, por iushistoria particular la que subyace a las condiciones propias de un espacio-tiempo vital determinado. Por su parte, por iushistoria general, aquella que no se explica en función del análisis concreto, sino de la relación de tiempos y espacios en los cuales se

para la calificación de los procesos de codificación. En esa medida, de la descripción o de la explicación, suele pasarse a la formulación de juicios que afirman o infirman la conveniencia de ese modo concreto de aprehensión del derecho: la codificación<sup>4</sup>.

Sin embargo, al lado de los enfoques expuestos anteriormente, es posible postular un tercero que trasciende los estudios descriptivos y explicativos de los procesos de codificación. Se trata, en esencia, de un enfoque que interroga los procesos mismos, es decir, se preocupa por pensar críticamente, en su conjunto, la problemática de la codificación. Así pues, no se trata de ofrecer una mirada aislada de los factores que integran el proceso codificadorio; antes bien, sobre la base de su reconocimiento, se pretende demostrar que, en realidad, la codificación en la dogmática civil contemporánea<sup>5</sup> es un proceso unitario, complejo e implicante.

Este propósito debe auxiliarse del análisis iushistórico del código (no de la codificación) en tiempos y espacio determinados (Botero, 2004B)<sup>6</sup>. Es decir, es

---

perfil, en sentido amplio, el proceso de codificación. La primera, por lo tanto, corresponde al enfoque descriptivo. La segunda, por el contrario, corresponde al enfoque explicativo.

4 Ese aspecto valorativo, subyacente a los trabajos sobre codificación, es posible notarlos en los trabajos que a continuación se relacionan: (Narváez, 2003); (Frontera, 2007); (Botero, 2009). En el mismo sentido, ha escrito Paolo Grossi: “¡Pobres de nosotros!, ¡cuántas veces los productos normativos de los legisladores modernos están lejos de ser derecho! La hipertrofia y la hipervaloración de la ley pasan sobre la sociedad y cultura europeo-continental y sobre las otras zonas del mundo por ellas condicionadas. En una óptica semejante se ha hablado de “descodificación” y además de “deslegalización”. La exigencia es una y sólo una: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable que la era burguesa le ha otorgado” (Grossi, 2003).

5 Las razones de tal estudio focalizado son históricas, teóricas y de espacio. Las primeras enseñan la trascendencia de los procesos de codificación civil en algunos ordenamientos jurídicos de principios del siglo XIX. En ese sentido y a propósito de la expansión del código civil francés, basta una mirada a la historia para deducir su incidencia en el derecho civil latinoamericano. Con razón, en referencia a lo que pudiera llamarse las múltiples “cruzadas del código civil francés”, ha escrito con inmejorable claridad Guzmán Brito: “El Código Francés ha tenido influencia muy importante en América. Determinó la codificación iberoamericana hasta la mitad del siglo XIX, llegando incluso a la imitación como he dicho no bien se explicara siempre por razones de urgencia o de ansiedad legislativa de algún gobernante” (Guzmán, 2004B). Las segundas razones, de orden teórico, se han encaminado a comprender la codificación civil (históricamente asimilada al derecho civil: recuérdese la conocida expresión de Bugnet: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”) como un sistema jurídico común, general y supletorio. Finalmente, si bien la codificación ha sido un proceso que ha trascendido a disciplinas jurídicas diferentes de la civil, por razones de espacio, interés y especialidad, nos concentraremos en el estudio de la idea de código y codificación en esa específica área del derecho.

6 Igualmente, existe un trabajo del mismo autor, denominado “Algunas reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la historia del derecho” donde se estudia la relación entre el espacio-tiempo vital con la historia del derecho (García, 2010).

necesario indagar por las facetas históricas del código para determinar, *grosso modo*, el significado del código en su contexto de formación (como idea ilustrada), en su contexto de desarrollo (como aspiración decimonónica) y en su contexto de conclusión (la idea de código en la contemporaneidad). Si bien nuestro interés es indagar por el concepto de código en la dogmática civil contemporánea, no podemos desconocer la incidencia que en ello tienen las facetas históricas del código. Por lo tanto, reconstruir el concepto de código en la contemporaneidad, supone detenerse en el análisis de categorías dogmáticas que han surgido de la mano de realidades históricas determinadas. Es decir, no sería posible estudiar la codificación sin regresar a la idea de código como propuesta ilustrada, no sería pensable referirse a la descodificación sin presentar la idea de código como aspiración decimonónica y, finalmente, no sería prudente analizar la recodificación sin abstraer los aspectos esenciales que identifican el código en la dogmática civil contemporánea.

En tal sentido, si bien haremos un uso limitado de los enfoques descriptivo y explicativo a efectos de ofrecer una lectura integral del problema planteado (la idea de código en la contemporaneidad), el enfoque con fundamento en el cual discurrirán las siguientes líneas, es propiamente el de naturaleza crítica.

## **II. La codificación: una breve referencia histórica.**

La necesidad de aprehender el derecho ha sido una preocupación presente en el seno de sociedades organizadas en torno a una estructura política, social y jurídica determinada. Por lo tanto, la idea de codificar el derecho, en esencia, no es más que otra manifestación histórica por diseñar sistemas jurídicos estables, en virtud de los cuales sea posible la consecución de la certeza, la seguridad, la previsibilidad y la plenitud jurídicas. De ese modo, la codificación, en palabras de Guzmán Brito, “designa un fenómeno histórico moderno, que se inició a fines del siglo XVIII, no bien haya sido preparado desde los dos siglos anteriores. Antes, pues, no hubo codificación” (Guzmán, 2004).

La historia de la codificación, en sentido estricto, es la historia de los hechos y sucesos que impulsaron (o prepararon) la idea de la codificación. Por lo tanto, la historia de la codificación no inicia en el siglo XVIII, antes bien, comienza a forjarse a la luz de otras épocas y con ocasión de otros acontecimientos. En reconocimiento de esa circunstancia, bien puede asumirse la historia de la codificación mediante la comprensión de tres momentos esenciales: el primero, que llamaremos “Entre las sombras”, da cuenta de los primeros esfuerzos por

aprehender el derecho sin la mediación del código; el segundo, que llamaremos “Entre el caos”, se refiere a un momento histórico en el que el derecho se diluía en la opinión de los juristas. Finalmente, el tercero, que llamamos “Del caos al código”, ilustra el momento en que florece una forma especial de aprehender el derecho: la codificación.

Con fundamento en esa propuesta, ilustraremos el desarrollo histórico de la “idea del código”.

### **Historia de la codificación: entre las sombras (primer momento).**

Como se indicó en su momento, la historia de la codificación como idea general, es decir, como llamado a la necesidad de “capturar” el derecho bajo un sistema diferente de organización, no es una realidad jurídica que se perfiló a instancias del siglo XVIII. La “idea de codificar” es, por el contrario, el resultado de un conjunto de situaciones precedentes que definieron esa específica forma de fijación del derecho.

Sin embargo, la palabra “código”, históricamente, no ha sido empleada en el mismo sentido ni ha designado el mismo objeto (Grossi, 2003)<sup>7</sup>. En la antigüedad solía aludirse al formato “codex”, que traducía, en su inicio, “tronco de árbol, y después unión de varias tablas, o sea un ensamblado de madera” (Guzmán, 2000). En este escenario, el código no tenía una connotación jurídica, simplemente aludir al “codex” no era otra cosa que aludir a un libro con un formato determinado (Guzmán, 2000).

Bajo ese uso tradicional de la palabra “codex”, se conocieron en la historia una compilación de edictos imperiales (rescriptos) que, debido a su naturaleza, fueron forjando una especial simetría entre el código (codex) y los contenidos jurídicos asociados a ese libro. Por lo tanto, en un primer momento, la atribución de ese sentido estuvo a cargo de Gregorio I y de Hermógenes o Hermogeniano, y, en un segundo momento, a cargo de Teodosio II y Justiano I. De ese modo, las compilaciones de rescriptos conocidas como “codex Gregorianus” y “codex Hermogenianus” “sólo significaban “libro Gregoriano y libro Hermogeniano”, porque habían sido publicados precisamente bajo la forma editorial *codex*, que ya era prevaleciente para toda clase de libros. El empleo de

<sup>7</sup> Como efectiva confirmación de su polisemia, consideramos oportunas las palabras de Paolo Grossi: “Como historiador del derecho me siento en el deber de comenzar estas anotaciones haciéndoles partícipes de una preocupación. Ninguna noción ha estado tan marcada por una intrínseca polisemia como ésta de Código”.

este término asociado al contenido jurídico provino de que la recopilación de *leges* promulgada por Teodosio II el 429 y promulgada por el mismo el 438, fue oficialmente intitulada *Codex Theodosianus*” (Guzmán, 2000).

Esta práctica compilatoria, sin ser conclusivos, se consolidó durante el Imperio Bizantino) del emperador Justiniano I, entre los años 529 y 533 d.C. En efecto, con el fin de aprehender el derecho, Justiniano elaboró un cuerpo de leyes organizado de un modo cronológico, conocido como *Corpus Iuris Civilis*.

En sentido estricto, este agregado jurídico estaba compuesto por cuatro partes claramente diferenciables: la primera, llamada “*leges*”, conformaba el “*Codex Iustiniani*” y no era más que “la legislación imperial constituida por una variada tipología de actos normativos (*subscriptiones* –o sea *rescripta* y *epistulae*, *decreta* y *mandata*, en la época clásica; *leges generales* en la postclásica), que genéricamente recibían el nombre de *constitutiones principium*” (Guzmán, 2000). Para el caso de Justiniano, las leyes fueron, en esencia, una apropiación (fundición, en términos de Guzmán Brito) de los tres códigos que le precedieron.

La segunda parte, llamada *Iura*, estaba integrada por una serie de fragmentos extraídos de obras autorizadas, pero dispuestos de manera ordenada y manejando un mínimo de coherencia. Por lo tanto, a diferencia de las *leges*, los *iura* representaron una ordenación de pasajes doctrinales a partir de “los libros de derecho escritos por los juristas de la época clásica y transmitidos hasta la de Justiniano, y los formados en época postclásica con materiales de libros clásicos y atribuida su autoría a los juristas de la época anterior” (Guzmán, 2000)<sup>8</sup>. Esta forma de fijación dio lugar a los conocidos “*Digesta Iustiniani*”.

Una tercera parte, conocida como *Institutiones*, era un agregado a los citados *Iura*, y estaba integrada, en esencia, por las revisiones efectuadas a la obra del jurista Gayo, es decir, a su clásica *Institutiones* (Siglo II d.c.). Sin embargo, la influencia de esta obra fue en cierto modo restringida, “no solo porque reflejaba el estado del derecho de la época de su composición, es decir, del clásico, que por natural evolución ya no era el mismo que el de la época de Justiniano, sino también por la múltiples reformas introducidas por el propio Justiniano” (Guzmán, 2000).

---

<sup>8</sup> Esta práctica compilatoria es fruto de una cultura editorial antigua, “consistente en la formación de textos no redactados originalmente, sino compuestos por fragmentos selectos extraídos de obras autorizadas, conservada su estructura primitiva y ordenados unos en pos de otros según secuencia de materias” (Guzmán, 2000).

Finalmente, el *Corpus Iuris Civilis* estaba integrado por un último componente: las *Novellae*. Bajo este nombre se conoció al conjunto de normas dispersas posteriores al año 534 que, debido a su promulgación posterior al *Corpus*, se mantuvieron por fuera de esa unidad jurídica.

En este período, es decir, durante el Imperio Bizantino, el *Corpus Iuris Civilis* fungió como la expresión más elevada de “fijación del derecho”. En otras palabras, la obra de Justiniano, si bien no fue un modelo estricto de codificación, si logró fundir una serie de normas dispersas bajo un modelo de unificación que sirvió de antesala al movimiento codificadorio: la recopilación (Palma, 2006)<sup>9</sup>.

### **Historia de la Codificación: entre el caos (segundo momento).**

La importancia del *Corpus Iuris Civilis* no se contrajo a los tiempos del imperio; por el contrario, ese cuerpo de normas logró implantarse en medio de una cultura carente de orden jurídico, aunque prolífica en ordenamientos jurídicos. De ese modo, en el escenario medieval, el *Corpus* fue considerado “como el código renovado del Imperio Romano medieval, con aspiraciones de vigencia universal, es decir, como un código de derecho europeo” (Guzmán, 2000).

Esa creciente importancia de la obra justiniana, y de su visible centralidad en el desarrollo del sistema jurídico medieval fue fruto, en gran medida, de los aportes de Irnerio, “jurista italiano conocido como el fundador de la escuela de Bolonia, quien se ocupó de interpretar algunos apartes de la obra justiniana: las pandectas (o Digesto) (...)” (García, Arroyave, 2007,). Por tanto, con Irnerio y, en general, con la escuela de Bolonia (escuela de los glosadores) se inicia un claro proceso de afirmación y recepción del Derecho Romano que conmovió la estructura de una “normativa dispersa, divergente, basada en la costumbre, ciertamente mezclada de varias tradiciones jurídicas, ninguna de las cuales había conseguido la hegemonía” (Martínez, 2005).

En ese escenario, de la mano de los “glosadores”, el *Corpus* alcanzó a perfilarse como un Derecho común, es decir, como un Derecho general en referencia con los derechos particulares, de origen tradicional o consuetudinario, considerados como *Iura propria*. En otros términos, como bien aclara Guzmán Brito, “la teoría

<sup>9</sup> Según el autor citado, “La recopilación es la manera más antigua y por lo mismo más tradicional de intentar establecer el Derecho vigente reuniéndolo en un solo cuerpo jurídico. Se trata de una fijación, escrituración, en un mismo texto de un conjunto de textos legislativos que conserva su unidad y que corresponden a distintas épocas. Además en este texto se regulan diversas materias. La recopilación no constituye una ley en sí misma. No es un cuerpo sistemático” (Palma, 2006).

de glosadores y comentaristas, en su versión más simplificada, era que en defecto del *ius proprium* debían aplicarse subsidiariamente el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, aquel *in temporalibus*, éste *in spiritualibus*” (Guzmán, 2000).

La notoria concurrencia de ordenamientos jurídicos (*Corpus Iuris Civilis*, *Corpus Iuris Canonici*, *Iura Propria*), característica de un pluralismo jurídico<sup>10</sup>, no siempre fue acogida favorablemente. En ese sentido, “los juristas nacionales no aceptaron que el *Corpus Iuris Civilis* tuviera vigencia positiva (*pro auctoritate*) en sus respectivos reinos, porque sus monarcas no reconocían dependencia del Imperio Romano (*Sacrum Imperium*), cuyo era el *Corpus Iuris Civilis*; pero terminaban por acordarle una vigencia doctrinaria (*pro ratione*), que no implicaba ninguna sujeción a dicho imperio” (Guzmán, 2000). De ese modo, el *Corpus* se postuló como un parámetro de interpretación, conforme al cual se decidían los asuntos concretos a la luz de los derechos locales.

En consecuencia, a causa del pronunciado escepticismo, el *Corpus Iuris Civilis* – en sentido estricto– en nada se diferenciaba de las glosas de un conjunto de juristas que buscaban ajustar su contenido a una realidad jurídica esencialmente distinta. Esta metodología, dialéctica y comentarista, se conoció como “mos Italicus”, “por haber sido Italia el país donde más brilló, y también “bartolista”, en razón de quien había sido su máximo exponente: Bartolo de Sassoferrato”(Guzmán, 2000).

Ese proceso de recepción o redescubrimiento del Derecho Romano (por medio del *Corpus Iuris Civilis*), fue opacado por las evidentes diferencias entre los intérpretes de los textos justinianos. Al fundirse (o confundirse) el derecho con las opiniones de los glosadores, no era posible identificar una solución unívoca para una misma situación de hecho. Es decir, la labor de los glosadores anticipó la crisis del *Ius commune* al disolver su fuerza en la inseguridad de los comentarios que inundaron la práctica del derecho (García, Arroyave, 2007)<sup>11</sup>.

Esa tendencia, a pesar de sus efectos, se mantuvo durante un tiempo aunque bajo algunos correctivos. De esa manera, si bien el “*mos italicus*” fenece en el siglo XIII, en los inicios del siguiente siglo se consolida un movimiento orientado a corregir los abusos del sistema anterior: el de “los comentaristas”. Este

<sup>10</sup> Sobre el significado y naturaleza del pluralismo jurídico, se recomienda: (García, Arroyave, 2007).

<sup>11</sup> Esta práctica se ha dado en llamar “el síndrome de la citación profusa”. En efecto, este fenómeno “incidió con acentuada notoriedad en el ocaso de la función judicial; de esta forma, la labor del juez, antes que fijar su atención en el supuesto fáctico específico, estaría condicionada por la necesidad de verificar la autenticidad de las citas que, un sinnúmero de abogados, referían de las obras de un sinnúmero de juristas, algo que de por sí, estaba fuera de todo esfuerzo humano”.

modelo, ante el notorio abuso del “principio de autoridad” que eclipsó el “*mos italicus*”, propone como solución, el correctivo de la “*communis opinio doctorum*”, según la cual, el juez, en ejercicio de su función, no estaba ligado a las opiniones de los juristas, sino a aquella que resultase común a todos.

A pesar de los esfuerzos, “en el siglo XV, el derecho común de juristas entró en crisis, como consecuencia de la mole de opiniones contradictorias a que dio lugar, y en el siglo siguiente esta crisis se agravó, al aparecer una nueva metodología aplicada al estudio del *Corpus Iuris Civilis*, fundada en el humanismo filológico” (Guzmán, 2000).

### Historia de la codificación: del caos al código (tercer momento).

#### Primera etapa: el “*Ius in artem redigere*” o la “ordenación del derecho en forma artística”.

La necesidad de proponer una forma diferente de fijación del derecho comenzó a inquietar los círculos humanistas (Barrientos, 1992)<sup>12</sup>. En ese sentido, el humanismo (llamado “*mos gallicus*”) propuso, como solución al caos generado por los glosadores y comentaristas, la plena sustitución del *Corpus Iuris Civilis* por un nuevo cuerpo de derecho. En esa medida, el oficio del jurista debía centrarse, según el humanismo, en el estudio histórico del Derecho Romano, es decir, proponía un regreso al estudio las fuentes clásicas y al uso del método filológico como medio adecuado para la interpretación de las mismas (Guzmán, 2000).

Para el humanismo la promesa de un nuevo cuerpo de derecho debía cumplirse a la manera de un arte (*ars*): “que enseña a dividir un todo en partes, a

12 “El humanismo jurídico nació en Italia, donde tuvo como sus iniciadores a Petrarca, Traversari, Filelfo, Vegio y Valla, en cuyas obras aparecen las primeras críticas al bartolismo predominante en la jurisprudencia, mas el primero en contribuir directamente según las nuevas orientaciones fue Ángel Policiano (1454-1494), quien intentó una primera edición crítica del Digesto. En Italia le siguió Andrés Alciato (1492-1550), pero allí no tuvo mayores continuadores. Fue en Francia donde se desarrolló fuertemente la nueva escuela, que por ello se ha llamado *mos gallicus*, con autores como Guillermo Budaeus (1467-1540), Francisco Barón (1495-1550), Francisco Conanus (1508-1551), Francisco Duarenus (1509-1559), Francisco Balduinus (1520-1573), Jacobo Cuyacio (1522-1590), Francisco Hotomanus (1524-1590), Hugo Donellus (1527-1591), Dionisio Godofredo (1549-1622), Jacobo Godofredo (1587-1652) y otros. En Holanda el humanismo jurídico dio también abundante fruto, a través de la llamada escuela de jurisprudencia elegante, cuyos máximos representantes fueron Matías Wesembecius (1531-1586), Hugo Grocio (1583-1645), Amoldo Vinnio (1588-1657), Iohannes Heinecio (1681-1741). En Alemania destacaron Ulrico Zasius (1461-1535), Schwarzemberger (1463-1528), Apel (1486-1536) y Haloander (1501-1531)”. (Barrientos, 1992).

explicar los significados ocultos a través de las definiciones, a aclarar lo oscuro mediante la interpretación, a percibir primeramente lo ambiguo, después a distinguir, y finalmente a formar una regla con la cual discernir lo verdadero de lo falso y con la cual saber qué consecuencias se pueden extraer y cuáles no, de determinadas premisas” (Guzmán, 2000).

En consecuencia, el humanismo concibe la posibilidad de aprehender el derecho de una forma ordenada, coherente y rigurosa. Justamente, bajo el objetivo del “*Ius in artem redigere*” (ideal ciceroniano de “ordenar el Derecho en forma artística”), los humanistas centran su atención en el estudio de dos textos que permiten una comprensión sistemática del derecho clásico: se trata de los escritos de Cicerón y de las “Instituciones” del jurista Gayo. En ambas fuentes, según los humanistas, era posible abstraer la pureza del derecho y lograr una ordenación sistemática del mismo.

Ahora, si bien la reforma propuesta por el humanismo suponía un cambio en la forma de “fijar” el derecho, también es cierto que “sus defensores no pensaron en una reforma del fondo del derecho o en un cambio del sentido de las instituciones jurídicas [...]. Por el objeto de sus intereses científicos, constituido por los textos clásicos y por el método filológico con que se aproximaban a estos, los humanistas prescindían del derecho patrio o del derecho feudal, y sólo atendían al derecho romano, casi con pedantería” (Guzmán, 2000)<sup>13</sup>.

### **Segunda etapa: los aportes de la Escuela del Derecho natural o del pensamiento Iusracionalista.**

Como consecuencia de la crisis en que se había sumido el derecho, es decir, como resultado de la identificación del derecho con la opinión de los juristas (incluso al interior del “*mos gallicus*”), nace, hacia el siglo XVIII, un modo diferente de aproximarse al estudio del Derecho. En su pleno desarrollo, “sus seguidores coincidieron en considerar como fundador –del método naciente– al holandés Hugo Grotius (1583-1645) con su libro publicado en 1625 bajo el título *De iure belli ac pacis*” (Guzmán, 2000).

13 A pesar de su final, el “*mos gallicus*”, a diferencia del “*mos italicus*”, no consideraba el Corpus como la manifestación de un derecho intemporal (*ius intemporalibus*); por el contrario, reconocía su limitación temporal, y acudía a la filología como un método necesario para su adecuada interpretación. Sin embargo, ello no fue suficiente para conjurar los errores que cometieron glosadores y comentaristas. Sin lugar a dudas, como señala Guzmán Brito, “el *mos gallicus* (...) creó nuevas interpretaciones al *Corpus Iuris Civilis*, y de cariz original, como consecuencia del moderno método aplicado a su estudio; pero ello extendió la controversia y con esto la incertidumbre” (Guzmán, 2000).

Sin intención de simplificar sus postulados generales, es posible asentir que la escuela del derecho natural o iusracionalista proponía, como idea central, la necesidad de generalizar el derecho; es decir, se preocupaba por formular un derecho natural intemporal, universal y válido para todos los pueblos y en todos los tiempos. Este aspecto, concretamente, refleja la pretensión de Grocio de superar la imagen de un cuerpo de leyes caótico, casuístico y asistemático. (Guzmán, 2000)<sup>14</sup>.

En ese sentido, es característico en los iusnaturalistas el interés, común y compartido, por diseñar un sistema jurídico que rehúya a la especificidad y a las variables del caso concreto. Por tanto, los iusnaturalistas, frente a la realidad jurídica, “actúan igual que los estudiosos de las ciencias naturales, es decir, de modo analítico-sintético. Descomponen el objeto, analizan sus elementos constitutivos, sintetizan en una unidad que se explica sólo por las relaciones entre dichos elementos y la presentan como un axioma” (Palma, 2006). Este modo de proceder, sin lugar a dudas, es un elemento tomado del humanismo jurídico, de cuyos aportes se cita, como de gran trascendencia, la idea de sistema aplicada al derecho. En el caso de los iusnaturalistas, específicamente, esta idea se desarrolló “hasta convertir el sistema de meramente dialéctico en apodíctico axiomático”. (Guzmán, 2000)<sup>15</sup>

Pese a su novedad, esta forma de estudiar el derecho, producto del pensamiento iusracionalista, fue haciéndose vulnerable a las diferentes críticas de que fue objeto en aquel entonces (siglos XVII y XVIII). Entre otras, se reprochaba

<sup>14</sup> Este aspecto, del mismo modo, anticipa el principal problema al que debió enfrentar Grocio: “encontrar un derecho superior, pero puramente racional, de convivencia entre pueblos que habían perdido la antigua unidad de la fe común, como consecuencia de la reforma protestante y de las consiguientes guerras de religión (...)”.

<sup>15</sup> La concreción de un sistema de carácter apodíctico sólo fue posible a partir de la enunciación de unos cuantos principios (de derecho natural), que resumían, en su plenitud, la esencia de la disciplina jurídica. Al respecto, escribe Guzmán Brito: “Para ello les fue menester encontrar las premisas necesarias de que descendieran todas las proposiciones formulables en el ámbito jurídico; y esas premisas últimas y necesarias las encontraron –refiriéndose a los iusnaturalistas– muy fácilmente en unos pocos principios pertenecientes a la categoría del derecho natural, a partir de los cuales, mediante el raciocinio deductivo, se obtienen sucesivamente nuevas normas, hasta conformar un sistema completo de ellas, el cual, por su carácter natural y racional, ofrece una coherencia interna que se manifiesta externamente el modo de presentarse ese derecho, es decir, a través de proposiciones rigurosamente interconectadas desde las más generales hasta las más especiales, desde las más comunes a las más propias, desde las más universales hasta las más particulares; por lo cual el derecho natural racional se presenta como un inmenso silogismo, o si se quiere, como un sistema de silogismos, apoyados unos en los otros, y todos en las primeras premisas”.

a los iusnaturalistas haber acudido al derecho romano en la misma medida en que lo hicieron los glosadores y comentaristas en su momento. En particular, Gustavo Hugo escribió: “Thomasius y otros se quejan de la recepción del derecho romano, (diciendo) que no habría sido útil para nada, y quieren ocuparse de un derecho natural, que ellos, empero, sólo extraen del derecho romano” (Guzmán, 2000). La crítica se centró en develar que los iusnaturalistas, al igual que sus predecesores, jamás se desprendieron, en su integridad, del derecho común como fuente principal. De ese modo, si glosadores y comentaristas crearon un derecho de juristas a instancias del Derecho Romano (por mediación del *Corpus Iuris Civilis*), los iusnaturalistas extrajeron un derecho natural, intemporal e inmutable, de la misma fuente que afirmaban superar.

### **Tercera etapa: La divisa de la codificación.**

Como consecuencia de las innumerables críticas formuladas al derecho vigente, es decir, como resultado de las incongruencias del *Ius Commune*, fue instalándose de modo progresivo la necesidad de definir, en términos de Guzmán Brito, una “teoría general sobre la correcta formulación de las leyes. Esta teoría fue conocida con el nombre de ‘ciencia de la legislación’” (Guzmán, 2000)<sup>16</sup>.

Entre otros aspectos, la necesidad de aprehender el derecho bajo la idea de un sistema, la notoria desconfianza en el derecho vigente y los reclamos incesantes de seguridad y certeza jurídicas, condujo a la formación de un movimiento serio de “captación” del derecho. En ese sentido, como producto de una serie de reacciones doctrinales a lo largo del siglo XVIII, se fue decantando los derroteros básicos que debía seguir una buena técnica de la legislación (Guzmán, 2000):

- a. En primer lugar, “la leyes deben ser pocas”. Este postulado suponía una clara ruptura con la fisonomía jurídica del derecho medieval. De esa manera, se proponía no sólo modificar una realidad jurídica, sino implementar un modo diferente de “fijar” el derecho, es decir, un modo que, “en un lenguaje moderno (...), significaba leyes con pocos artículos, o sea, breves, que era por lo demás, otra expresión que solía ser usada”(Guzmán, 2000). En definitiva, afirmar que las leyes debían ser pocas, no era más que una exigencia cuantitativa de la naciente ciencia de la legislación.

<sup>16</sup> De hecho, entre los años 1780 y 1785 fue publicado el libro “Scienza della legislazione”, escrito por Gaetano Filangieri.

- b. En segundo lugar, “la ley deber ser clara, precisa, general, abstracta, completa, ordenada y sistemática”. Esta exigencia, a diferencia de la anterior, nada decía sobre el número aconsejable de leyes, es decir, no era una exigencia de índole cuantitativa; por el contrario, al ser un postulado cualitativo, se preocupaba por las cualidades que toda ley debía tener para lograr su cometido: mandar, prohibir, permitir o castigar.

Si las leyes eran pocas y cumplían con unas mínimas condiciones de claridad y plenitud, el derecho, en su integridad, no debía ser objeto de interpretaciones. Si los ideales de claridad y precisión eran satisfechos, no había razón para que las normas tuviesen más de un sentido. Por lo tanto, si la ley es unívoca, debe aplicarse en su plena literalidad, como gráficamente lo explicaba Montesquieu, “los jueces de la nación no son más [...] que la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley” (Montesquieu, 1993).

Este modo de aprehender el derecho, mediante la reunión de leyes claras, precisas, coherentes y ordenadas bajo la idea de un sistema, apresuró la necesidad de una codificación<sup>17</sup>, es decir, de un cuerpo normativo que contara con una unidad de materia y, en sí mismo, llegase a ser lo suficientemente pleno. Este proceso, si bien fue favorecido por los importantes aportes de Leibniz (Guzmán, 2000)<sup>18</sup>, sólo alcanzó su entero desarrollo al calor de los vínculos forjados entre el iusnaturalismo (racionalista), la teoría de la legislación y la ideología de la ilustración.

Como es sabido, ante el desorden característico del derecho durante el período medieval, el absolutismo ilustrado del siglo XVIII, adhiere como objetivo central a la consecución del bienestar, del orden y de la seguridad del pueblo: “todo para el pueblo pero sin el pueblo”. Sin embargo, el interés por promover

<sup>17</sup> Como enseña Guzmán Brito, el neologismo “codificación” fue introducido por Jeremías Bentham (“codification”) y acogido con rapidez en las principales lenguas (Guzmán, 2000). En cuanto a su dimensión cualitativa, la codificación y, en particular, el código se presentó bajo la figura de “una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada”. (Tomás y Valiente, 1992).

<sup>18</sup> Justamente, fue Leibniz quien se ocupó de elaborar un nuevo cuerpo de derecho bajo los parámetros dispuestos por la ciencia de la legislación. Al respecto, apunta el Guzmán Brito: “Una íntegra teoría de la codificación en sentido moderno aparece en su escrito –refiriéndose a Leibniz– de 1678 que ha sido editado como *Praefatio novi codicis* y que Leibniz redactó a modo de institución promulgadora de un *Codex Leopoldinus* que a la sazón proponía el Emperador Leopoldo I”.

la estabilidad social estaba condicionado, en gran medida, a la existencia de leyes claras, concisas y entre las que existiese unidad de materia. Por lo tanto, a fin de garantizar los derechos del pueblo (derechos dictados por la razón humana), el monarca ilustrado debía valerse de un cuerpo de leyes que ante todo mantuviese incólume la seguridad, la certeza y la confianza en el Derecho. Esto, sin más, fue la divisa de la codificación.

En ese momento, como diría Paolo Grossi, “lentamente pero incesantemente emerge una nueva figura de Príncipe, y también una conexión completamente nueva entre él y el derecho. El nuevo Príncipe es, en el terreno político, el fruto de un gran proceso histórico encaminado a liberar al individuo de las ataduras que la civilización precedente le había colocado” (Grossi, 2003,). Esta apreciación históricamente encuentra su sentido en la monarquía de Federico II de Prusia (5 de julio de 1794), en el principado de Maximiliano José III (1756) y en el gobierno de Napoleón Bonaparte (21 de marzo 1804). Del mismo modo, ese interés codificador se replegó en Austria (7 de julio de 1810); en el cantón suizo de Vaud (1819); en Italia (bajo el código de 1865 –el código de la Italia unificada–; posteriormente modificado por el código de 1942); en Holanda (un primer código en 1830; un segundo en 1838 y, último, en 1992); y, finalmente, en Portugal (un primer código en 1867, reemplazada por un segundo código de 1965) (Guzmán, 2000).

Estos códigos, como bien precisa Guzmán Brito, “fueron los códigos europeos del siglo XIX que ejercieron influencia en Iberoamérica. El importante código alemán, promulgado en 1894 y entrado en vigencia el 1 de enero de 1900, por haber sido tardío, no alcanzó a ejercer influencia en la época clásica de la codificación iberoamericana”. (Guzmán, 2000)

Por su parte, en cuanto al proceso de codificación español, baste decir (por no ser este nuestro aspecto central de atención) que su implantación y desarrollo, en comparación con otros países, fue en demasía tardío. En ese sentido, mientras se consolidaba la codificación como el más reciente modo de “aprehensión” del derecho, España para ese entonces aún seguía inmersa en una tradición compiladora. Incluso en 1805, un año después de haberse promulgado el Código Francés, fue emitida la “Novísima Recopilación de las Leyes de España” que sustituía la “Nueva Recopilación” y las leyes posteriores (Guzmán, 2000). Por tanto, “la renovación oficial de los ideales codificadores fue impulsada por la constitución de Bayona, promulgada por el Rey José Bonaparte en 1808 [...]; y sobre todo por la constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 [...]. Posteriormente, en 1829, Fernando VII promulgó el *Código de Comercio*, de gran

influencia en América” (Guzmán, 2000). Pero sólo hasta el año 1889, y bajo la influencia del proyecto de código civil español de Florencio García Goyena (5 de mayo de 1851), se logró elaborar el Código Civil español.

En este escenario, mientras el código se perfilaba como la principal fuente del Derecho, la codificación lo hacía como el más importante método de fijación del mismo. De ese modo, desde entonces hasta ahora, los códigos han simbolizado el orden y, a pesar las críticas, no son más que la expresión de un imperativo racional: la coherencia. (Grossi, 2003)<sup>19</sup>.

### III. El regreso al punto de partida o la reconstrucción del mito

#### Una precisión esencial: el código entre el ayer y el hoy.

Hacer referencia al código y, en consecuencia, afirmar la operatividad de una idea de código, conduce cuando menos a la necesidad de efectuar una precisión histórica: la idea de código en la contemporaneidad es sustancialmente diferente a la idea decimonónica de código. En otras palabras, entre ambos códigos, como lo recuerda Grossi, media una profunda discontinuidad histórica.

En esa medida, la idea decimonónica de código se funda en la plena sistematización del derecho, es decir, en la intención de aprehender el derecho a partir de un agregado de normas de condición universal. En ese contexto, el código es una expresión de la unidad, es el reflejo de la racionalidad jurídica y, en consecuencia, es la fuente de la que subyace la totalidad el orden jurídico.

El código tiende a reducir la complejidad social a un escaso conjunto de normas que, por su generalidad, dispone de una calificación jurídica para una multiplicidad de asuntos. El código, en fin, “quiere ser un acto de ruptura con el pasado: no se trata de una fuente nueva o de un nuevo modo de concebir y confeccionar con ambición y amplitud la vieja *ordonnance* real; se trata, por el contrario, de un modo nuevo de concebir la producción del derecho, así como el entero problema de las fuentes, y del mismo modo el problema primario de la conexión entre orden jurídico y poder político” (Grossi, 2003, p. 69).

Como superación del antiguo régimen, el código en sentido histórico es

<sup>19</sup> En palabras del autor: “Ya que, en efecto, el Código quiere ser un acto de ruptura con el pasado: no se trata de una fuente nueva o de un nuevo modo de concebir y confeccionar con ambición y amplitud la vieja *ordonnance* real; se trata, por el contrario, de un modo nuevo de concebir la producción del derecho, así como el entero problema de las fuentes, y del mismo modo el problema primario de la conexión entre orden jurídico y poder político” (Grossi, 2003).

imagen de un orden jurídico cerrado, es decir, inasible a sus destinatarios, inmodificable para los aplicadores y unívoco para los juristas. Es un código en franca lucha con el pasado, con las costumbres, con el pluralismo y con la socialización del derecho<sup>20</sup>. De ese modo, el código se perfila como la expresión más alta de pureza legislativa, como el argumento más fuerte en pos de la seguridad, de la certeza y de la igualdad jurídica. El código, sin más, fue signo de estabilidad jurídica, fue esplendor de la razón y razón última del derecho. Nace, en términos de Brugi, la ilusión del código:

*Única fuente del derecho fue considerada la ley; única norma jurídica la palabra salida de la boca del legislador; y como se tenía la idea de que la ley, a través de la codificación, habría sido en cada una de sus partes clara y completa, de modo que en ella habría encontrado fácil y rápida regulación todo hecho específico concreto que pudiera verificarse en el mundo jurídico, se pensó que la función del juez debía limitarse, en cada caso, a una simple labor de buscar para encontrar, entre los diversos artículos del Código, aquel que se adaptase al caso a decidir* (Calamandrei, 1945).

Esta idea de código, sin embargo, no es la misma en la cultura jurídica contemporánea. En efecto, en la contemporaneidad, el código reviste un significado completamente diferente. En primer lugar, en el marco de las fuentes, el código no es más la expresión del derecho, es otra expresión del derecho, es decir, el código en la actualidad pese a su importancia, se ha desprendido de su centralidad en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En frase de Rodolfo Sacco, pudiera decirse: *Il codice, che era la legge civile, è diventato una delle leggi civili* (Sacco, 1983, p. 118).

En seguida, como segundo aspecto, la idea de código no se corresponde con una pretensión comprehensiva del ordenamiento jurídico; por lo tanto, el código es una norma que dice algo sobre algo, en igual medida que otras y con menor o mayor rigor que otras. Bajo esas circunstancias, la idea de código no se

<sup>20</sup> En palabras de Paolo Cappellini, podría decirse que el código, en su dimensión histórica, padece de incomunicabilidad, es decir, el código, como enseña Grossi, “sufre [...] de grandes dificultades para comunicarse con la generalidad por un motivo fundamental: el código, como resultado de una monopolización de la producción jurídica por parte del poder político, es un instrumento de un Estado monoclase [...]; es el instrumento de un Estado centralista que se expresa en una lengua nacional, culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular” (Grossi, 2003).

funda sobre bases inmóviles, no se centra en campos inertes, no ignora el cambio social, no infirma la complejidad contemporánea y, más aún, no es ajena a un proceso de integración global. Sin embargo, a pesar del cambio, la idea de código subsiste, se modula, se recrea y, simultáneamente, se adapta.

Una concepción dinámica del código debe conducir a una necesaria reinterpretación de los llamados procesos de descodificación y de recodificación. De esa manera, discutir sobre el sentido de los citados procesos sobre la base de una concepción histórica del código, es decir, fundada en la fuerza del pasado, conduce a conclusiones sustancialmente diferentes de aquellas obtenidas de una discusión sobre igual tópico, pero en referencia a una idea dinámica de código, es decir, a una idea de código más cercana a la modernidad.

Esa relectura de los procesos de descodificación y de recodificación a partir de la idea moderna de código, reconoce entre el código de ayer y el código de hoy una profunda discontinuidad histórica, tanto como advierte la necesidad de evaluar el sentido de esos procesos a la luz de una concepción renovada del código y de la codificación. De esa manera, si la idea de código en la modernidad asume un significado diferente a la idea de código en los albores del siglo XIX, es imperioso establecer los cambios que, con ocasión de esa renovada concepción del código, se siguen para la descodificación y la recodificación.

### **Más sobre la idea de código: revisión de un mito y apuntes para una lectura contemporánea de la codificación.**

No hay duda sobre la necesidad de entender las diferencias entre el código de ayer y el código de hoy, es decir, entre el código del pasado y el código del presente o, como lo hemos llamado, entre código histórico y el código dinámico. Sin embargo, una diferenciación en tal sentido permite develar algunos mitos que se pliegan sobre la concepción clásica del código; esto es, sobre la visión del código en el siglo XIX y sobre la lectura de los críticos del código de tradición decimonónica.

A fin de ofrecer mayor claridad, es conveniente recordar que el código es un producto de la ilustración, ello significa, como señala Guzmán Brito, que la codificación es un fenómeno histórico iniciado a fines del siglo XVIII.

Ahora, como la idea de código no nace en el siglo XIX, es necesario anticipar que el discurso del código en el siglo XVIII o, mejor aún, la idea de código en ese tiempo, sufre notorias alteraciones entrado el siglo XIX: el código (el que hemos llamado histórico) se nos presenta bajo el ropaje de un discurso político en torno al cual se construyen los mitos de plenitud, certeza y coherencia (Bo-

tero, 2009)<sup>21</sup>.

En ese sentido, el código del siglo XIX, o mejor, el discurso sobre las ideas ilustradas de la codificación, es sustancialmente diferente de la idea de código en el siglo XVIII. Por lo tanto, si la imagen del código en el siglo XIX es un producto de la sobrestimación de las ideas ilustradas (discurso sobre la ilustración), bien puede explicarse esa concepción del código desde la estructura del mito. De esa manera, al ser el mito “una narrativa que es considerada socialmente [...] importante y que se cuenta del tal forma que permite que el colectivo social en su conjunto comparta la importancia” (Morales de Setién Ravina, 2006), no es difícil pensar en el código del siglo XIX como la expresión más clara de una cierta intencionalidad mítica. Más aún, esa lectura mítica del código, permitió afianzarlo como la forma jurídica que decidía sobre el inicio y el término del derecho, es decir, en el siglo XIX, el código fue el esplendor y el ocaso del derecho: en él partía y en él moría el fenómeno jurídico.

De igual manera, la concepción del código en el siglo XIX, para consolidarse como discurso mítico, se fortaleció de aquello que es característica esencial en la estructura de esa forma discursiva: “la afirmación de una negación absoluta” (Carlos Morales) o la propuesta de una “exaltación negativa (Fitzpatrick)<sup>22</sup>. Por lo tanto, el código, en contraste con la singularidad del derecho en el antiguo régimen, simbolizó la imagen de un derecho con vigencia universal; asimismo, en oposición al pluralismo jurídico característico del antiguo régimen, fue la figura más sobresaliente del orden, de la coherencia y de la unidad; finalmente, a diferencia de la indeterminación del derecho en el antiguo régimen, el código fue visto como la cumbre de la integridad, es decir, como la expresión más acabada del derecho.

En confirmación de ese carácter mítico del discurso decimonónico sobre

<sup>21</sup> Este aspecto pone de presente la imbricación de dos discursos sobre el código y la codificación: el discurso de la ilustración (la idea de código en el siglo XVIII) y el discurso sobre la ilustración (la idea de código en el siglo XIX). Esta distinción permite entrever una deformación de las ideas de la ilustración en manos de la clase política del siglo XIX. Sobre este aspecto, enseña el profesor Botero: “(...) las críticas que se han hecho al movimiento ilustrado se han centrado más en la forma en que los “políticos” decimonónicos han hecho uso de esas ideas del diez y ocho, tergiversándolas, arropándolas bajo mantos de misterio que les permitieran actuar salvajemente frente a las comunidades, mientras se les prometía el progreso”. Es supone, por lo tanto, la necesidad de diferenciar, siguiendo al profesor Botero, entre “lo que se propone” y “lo que se hace con lo que se propone”.

<sup>22</sup> Carlos Morales identifica, como segunda característica del mito, la afirmación de una negación absoluta o, en palabras de Fitzpatrick, de una exaltación negativa. “En esa negación, en palabras de Carlos Morales, se ocultan las ideas míticas que permiten producir el rechazo de esos ciertos “otros”” (Morales, 2006).

el código y la codificación, baste recordar la última característica que subyace a toda idea mítica: la vocación de eternidad (Morales, 2006). En efecto, el código en el siglo XIX tiene la aspiración de ser universal, es decir, lucha incasablemente por impulsar los procesos de su recepción sin importarle el espacio y el tiempo; pues, al decir de Morales, “La vocación de eternidad del mito es equivalente a su falta de conciencia temporal, el mito como narración es intemporal, no tiene origen ni fin, aunque a través del él se pueda medir la temporalidad de las cosas” (Morales, 2006).

Esta concepción mítica del código y en particular, esa recreación mítica del discurso de la ilustración, condujo a valorar el código como el resultado de un proceso histórico, progresivo, en el que era posible inferir una ruptura con el ayer, con el pasado, con las antiguas formas de organización jurídica. En fin, la mitificación del código, en el siglo XIX, logró consolidarse, entre otras cosas, por su clara intención de oponer al pasado la razón del presente.

Sin embargo, este discurso mítico de la sobreestimación del código, ha sido fuertemente rebatido por el discurso de los críticos del código, es decir, por lo que llamaremos “el discurso mítico de la infraestimación del código”. Como es sabido, la concepción del código como base fontanal del derecho, no sólo generó escepticismo en la dogmática jurídica de entonces<sup>23</sup>, de igual manera, en la actualidad, es posible notar una actitud de aversión al código como forma de “fijación del derecho”. Por lo tanto, mientras el código gozaba de salud en el siglo XIX, los críticos modernos del código o, para ser exactos, los críticos de la concepción decimonónica del código, anuncian con esperanza su inevitable agonía. El código, en su concepto, inmovilizó la complejidad del derecho, exaltó la fortaleza del Estado y dio la espalda a la sociedad. En consecuencia, para sus detractores el código, en su dimensión histórica, padece de incomunicabilidad (Cappellini), es decir, el código:

*Sufre [...] de grandes dificultades para comunicarse con la generalidad por un motivo fundamental: el código, como resultado de una monopolización de la producción jurídica por parte del poder político, es un instrumento de un Estado monoclase [...]; es el instrumento de un Estado centralista que se expresa en una lengua nacional,*

<sup>23</sup> Como eco de una discusión de gran espíritu científico, a propósito de la necesidad del código, se conocieron en Alemania dos obras clásicas de gran incidencia en el escenario académico: la primera, escrita por Anton Friedrich Justus Thibaut, fue titulada “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” (1814); la segunda, escrita por Friedrich Karl Von Savigny, fue titulada “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho” (1814).

*culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular*<sup>24</sup> (Grossi, 2003).

Esta lectura del código, en primer lugar, convalida el sentido del código en el siglo XIX, esto es, legitima el discurso sobre la ilustración y, en seguida, se hace partícipe del mito que encierra el discurso codificador de ese tiempo: el código como expresión superior del derecho. Esto permite comprender, en segundo lugar, las críticas que se imputan a esa especial concepción del código; de esa manera, para los críticos, el código es sinónimo de estatismo y estatalismo; es la sujeción y reducción del derecho a la ley; es la primacía del derecho legislado, el olvido de la sociedad y el sacrificio del pluralismo. En ese sentido, “Los códigos fortalecen la preponderancia de la ley como fuente productora del Derecho, pues las demás fuentes (costumbre, jurisprudencia y doctrina) quedan con una función secundaria. En éste avance del legalismo, el Estado logra una mayor participación en la formación del ordenamiento y en consecuencia la autonomía de la voluntad reduce su espacio frente al orden público” (Frontera, 2007).

Este discurso de la infraestimación del código, queriendo develar el mito que trasluce el discurso codificador del siglo XIX, termina por compartir, uno a uno, los lugares comunes que identificaron esa forma discursiva. Así, criticar el código por ser cuerpo de normas intangibles e inmutables, no es más que aceptar, en forma velada, las ideas del discurso político en torno a la ilustración; por lo tanto, la concepción del código que sustenta las ideas de los críticos del código, es igual de mítica a aquella que se proponen rebatir.

### **Las críticas al código y el “mito de la descodificación”.**

Mientras la codificación se afirmaba como proceso de “fijación del derecho”, los críticos del código, continuadores de la concepción mítica del mismo, se ocuparon de denunciar sus efectos nocivos al interior de los sistemas jurídicos. En ese sentido, mientras en el siglo XIX los códigos representaron la unidad,

24 En el mismo sentido, a propósito de la incomunicabilidad del código, sostiene Leonor Suárez Llanos: “A partir de aquí, lo que planteo es que el sistema comunicacional que dio sentido normativo a la codificación ha sufrido una transgresión de sus claves comunicacionales, lo que lleva a cuestionar la normatividad de un Código que se engrana en un metadiscurso legitimador que ya ha perdido buena parte de su credibilidad pragmática” (Suárez, 2006). Esta incomunicabilidad del código, en concepto de Suárez Llanos, se debe a tres factores esencialmente: a. El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos; b. la proliferación de microsistemas legislativos y, finalmente, c. la incorporación del derecho en una dinámica de interacción global.

la coherencia y la plenitud (los mitos del código decimonónico). En el siglo XX, a instancias de una corriente escéptica, fueron símbolo de autoridad, de estatismo y de atraso.

Por lo tanto, para los críticos del código, si el siglo XIX fue el tiempo de la codificación: el tiempo de esplendor de los códigos. El siglo XX, por su parte, debía ser el tiempo de la descodificación: el tiempo de la muerte del código<sup>25</sup>. Así, mientras en los albores del siglo XIX se confiaba al código la garantía de certeza, en el siglo XX, por el contrario, se desconfiaba sobre la posibilidad de lograr certeza en el derecho. Mientras en el siglo XIX se pensó el código como la concreción de la plenitud, en el siglo XX la plenitud fue reducida a una efímera esperanza racional. Finalmente, mientras en el siglo XIX se encargó al código la garantía de previsibilidad, en el siglo XX se opuso a ella la diversidad del derecho, la imposibilidad de su fijación y su reconocida mutabilidad.

Por eso, para los críticos del código, las voces de la descodificación debían increpar con fuerza desmedida:

*La conducta humana debe transcurrir en el propio devenir del sujeto y de la sociedad. El legislador puede encapsularlas en normas sólo por un momento, en forma permanente es imposible por la cualidad histórica del actuar humano. La técnica legislativa decimonónica cristalizó al Derecho en cuerpos legales. Los juristas entendieron que el sistema jurídico estaba formado por códigos, y estos fueron el eje de la cultura jurídica. La idea de código forjó al práctico del Derecho. Esta cultura y propuesta de sistema no tuvo en cuenta el dinamismo como cualidad jurídica. Se buscó encerrar la realidad en el ámbito normológico. La descodificación es síntoma de la imposibilidad de encorsetar en forma perdurable al Derecho y consecuencia de su historicidad. (Frontera, 2008B).*

Es el código del los críticos del código, es decir, la figura de un código que, partiendo del mito decimonónico, se lanza hacia el extremo opuesto de la discusión: la negación del código o, para ser justos, la crítica a un código que cercenó el pluralismo, opacó la dimensión culturalista del derecho y se ocupó de susurrar al oído de una sociedad evanescente; en fin, es la crítica a una idea de

<sup>25</sup> Es curioso que el código y la codificación, incluso en los tiempos de la descodificación, no perdieran funcionalidad. Con admirable claridad y a propósito de la subsistencia del código en tiempos de la descodificación, escribe Rodolfo Sacco: “Dalla fine della seconda guerra mondiale, gran parte del mondo sembra incappata in una frenesia di codificare, in una febbre la cui intensità non ha precedenti nella storia” (Sacco, 1983).

código forjada en el umbral del siglo XIX, fruto del discurso sobre la ilustración y víctima de sus recreaciones míticas.

Por lo tanto, la descodificación, en esos términos, no es más que un recurso mítico de quienes critican la idea mítica de código, es decir, la idea de un código pleno, coherente y sistemático. De ese modo, al ser un opuesto a la codificación decimonónica, la descodificación se hace mito, es decir, se ocupa de enfrentar una idea de código forjada en el siglo XIX, y cuyo discurso fue el producto de una lectura política de los procesos codificatorios como ideas ilustradas. De ser así:

*es necesario diferenciar la Ilustración planteada en los textos de los filósofos, especialmente del siglo XVIII, de lo que terminó por crearse sobre la base de la lectura que hicieron los “políticos” revolucionarios y los estadistas decimonónicos hicieron de lo planteado por aquellos filósofos. Es posible atribuir -con alguna razón- los males de los primeros a los segundos, pero esto no corre de la misma forma en el sentido inverso. [Por lo que] el odio, muchas veces merecido, que la modernidad estatalista-legicentrista se ha granjeado entre muchos contemporáneos ha llevado a formular acusaciones infundadas frente a la Ilustración -como filosofía- que si bien fue un caldo de cultivo de dicha modernidad jurídico-política, no por ello logró la consecución de sus ideales. (Botero, 2009).*

Un buen indicio en confirmación de lo dicho, lo constituyen, una a una, las sugerentes frases de Thibaut, quien, pese a ser tributario de la visión mítica del código decimonónico, alcanza a reflejar las ideas que subyacen al discurso ilustrado sobre la codificación:

*Nuestros antiguos códigos alemanes, de los que en muchos de nuestros países existe todavía un surtido variado, son, en ocasiones, expresión vigorosa del auténtico modo de ser alemán, pueden ser perfectamente aprovechados en determinadas cuestiones jurídicas. Pero, con frecuencia, no responden a las necesidades de nuestro tiempo, muestran en todas las partes las huellas de la antigua rudeza y estrechez de miras y, en ningún caso, pueden valer como códigos generales comunes ” (Thibaut, 1970)*

Para Thibaut, como se infiere, el código no es una norma que da la espalda a la realidad. Por el contrario, si bien el código se orienta a conjugar una serie de normas alusivas a una misma materia, no significa que deba asumirse como un sistema que subsume al derecho bajo una sola forma jurídica. Por tanto, siguiendo a Thibaut, los códigos deben progresar a un solo compás con la realidad: és-

tos no encauzan la realidad; es la realidad quien define el camino de los códigos.

### Conclusión

Si la descodificación fue un proceso impulsado por una idea mítica del código, es decir, si las voces de la descodificación lanzaron fuego contra una concepción deformada del código ¿Tiene sentido afirmar la muerte del código o anunciar la crisis de la codificación? Sin lugar a dudas, a pesar de los errores que subyacen a la descodificación, el discurso de los críticos del código permitió develar los desafueros de una idea de código que no se corresponde con el discurso de la ilustración; en consecuencia, sin proponérselo, la descodificación combatió la concepción mítica del código, esto es, la concepción del código como un sistema cerrado, unitario y completo<sup>26</sup>.

En ese sentido, la descodificación –que no está exenta de errores– anticipó la crisis, no del código ni de la codificación, sino, en particular, de la idea de código en el siglo XIX, o mejor, de la citada concepción mítica del código. Este logro, sin embargo, no era el objetivo fundamental de la descodificación; su intención, por el contrario, era combatir la idea de código, es decir, cualquier proyecto codificador que buscara aprehender el derecho en formas jurídicas que obstruirían el progreso de la disciplina. En otras palabras, la descodificación se apropió del discurso mítico del código y, al hacerlo, no sólo se torno en mito, sino que, simultáneamente, anunció la muerte del mito sobre el cual se edificó.

Con razón, y haciendo gala de su lucidez, precisa Rodolfo Sacco: “Il codice non è dunque superato. È separata l’idea che un codice possa nascere privo di lacune, e che la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro”<sup>27</sup> (Sacco, 1983).

<sup>26</sup> El error de los críticos del código (sea conveniente aclarar: los críticos del código decimonónico) fue aceptar el discurso del código como un sistema cerrado. Por lo tanto, si se ha dicho que la idea de código en el siglo XIX es el producto de un mito forjado por un discurso político, la mayor equivocación de los críticos del código fue tomar por cierto esa idea mítica del código.

<sup>27</sup> Valdría decir, recordando a Michele Giorgianni, el código no ha muerto; lo que ha muerto es la idea decimonónica del código. (Giorgianni, 1980). En otras palabras, se ha producido una desmitificación del código –a lo que ayudó, de algún modo, la falacia de la descodificación–, es decir, se ha desmitificado la “idea dogmática de que el código agotaría, en su disciplina, todas las relaciones jurídicas existentes en la sociedad, que puede resumirse en la idea de completitud. Ahora bien, eso no quiere decir que el Código haya perdido toda importancia, al contrario, permanece como un *Código Central*, es decir, responsable por la unidad de todo el sistema jurídico de Derecho Privado, actuando en respaldo de los diversos microsistemas que carecen de cualquier ligamen entres sí, al menos si se pretende mantener a salvo la idea de sistema” (Timm y Marzetti, 2008).

Por lo tanto, lo que ha muerto, como recuerda Sacco, es la idea decimonónica del código. Los proyectos codificadores y la fuerza de la codificación subsisten como ideas ilustradas, es decir, como propuestas encaminadas a corregir la dispersión del derecho, sin pretender inmortalizar su espíritu tras el ropaje de formas jurídicas rígidas.

En consecuencia, si la descodificación se fundó en la concepción mítica del código y, en concreto, en la idea de un código único, universal e inmutable –bajo la certeza de estar criticando la idea misma de código–, no es desproporcionado mirar la descodificación como una extensión del mito originario sobre la codificación, es decir, como una implicación de visiones deformadas sobre el código que, al considerarse ciertas, terminaron siendo un mito<sup>28</sup>.

De esa manera, mal podría considerarse la descodificación como un proceso sucedáneo a la codificación; por lo que, sólo en presencia de una concepción hermética del código, tendría sentido pensar en la descodificación como una propuesta necesaria para atenuar el rigor de la codificación. Sin embargo, si la idea de código, bajo el discurso de la ilustración, fue vista como el resultado de un proceso progresivo, sin término ni descanso, no es prudente estimar la descodificación como una fase ulterior al desarrollo de los proyectos codificatorios. pues como recuerda Portalis (uno de los más destacados juristas y políticos franceses, encargado –junto a otros – de la preparación del proyecto de Código Civil de los franceses), “Los códigos de los pueblos se pueden hacer con el tiempo, pero hablando con precisión no acaban de hacerse jamás” (Portalis, 1978).

En ese sentido, bajo riesgo de ser reiterativos, conviene insistir en que la descodificación fue un proceso que centró sus críticas en una concepción mí-

<sup>28</sup> Justamente, producto de la lectura mítica del código y de la falacia de la descodificación, se ha anunciado el regreso a un nuevo Medioevo jurídico, es decir, a un momento caracterizado por el debilitamiento de los Estados, la notoria “huida de la ley” y la tendencia al fortalecimiento del *Ius Commune*. En concepto de Luis María Bandieri: “Uno de los fenómenos más relevantes, en el plano jurídico, que acompañan a esta declinación del Estado-nación, es el de la progresiva decodificación. Se ha llegado a afirmar, por el jurista italiano Natalino Irti, que atravesamos la “edad de la decodificación”. Se entiende por tal el debilitamiento y hasta la pérdida de centralidad y superioridad de los códigos, entendidos como sistemas coherentes, completos y tendencialmente estables, destinado a regir la totalidad de la vida jurídica (...)” (Bandieri, 2002). La problemática se centra en el entendimiento del código y la codificación. De esa manera, sólo bajo una idea mítica del código (propia del siglo XIX) es posible justificar los procesos de descodificación; sin embargo, una vuelta a la concepción ilustrada del código, permite advertir que la codificación es un proceso que tiene insita la idea de cambio, de mutación o, bien, de adecuación.

tica del código: la idea del código del siglo XIX. Este hecho, sin duda alguna, condujo a apreciar el código como un proyecto terminado pero imperfecto. Sin embargo, ante el frenesí codificador del período de posguerra (Sacco, 1983), fue necesario repensar el código como un proyecto inconcluso y en permanente revisión. Así pues, el código moderno, tributario de las ideas de la ilustración, debe asumirse como una fuente, no como un dogma; como una garantía de estabilidad, no de inmutabilidad; como una expresión del sistema jurídico, no como la expresión del sistema jurídico.

## Referencias

- Bandieri, L. M. (2002) Derecho global y nuevo Medioevo jurídico. En: *Dikaion*. Revista de fundamentación y actualidad jurídica. Bogotá, Universidad de la Sabana. No. 11, p. 32
- Barrientos, J. (1992). El Humanismo Jurídico en las librerías del Reino de Chile (s. XVII-XVIII). En: *Revista de derecho. Valdivia*, 3, 1-2. pp. 25-34.
- Botero Bernal, Andrés. (2004B). Introducción. En: Botero Bernal, Andrés (Ed.). *Naturaleza y Cultura: Una mirada interdisciplinaria*. Medellín. Editorial Biogenesis. pp. 5-11
- Botero Bernal, Andrés. (2009). La antigua ilustración: lo que está de más y lo que no fue (propuestas neoilustradas para el sistema jurídico). En: Suñé LLinás, Emilio (coord.). *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*. México: Porrúa. pp. 3-33
- Calamandrei, P. (1945) *La casación civil*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina.
- Frontera, J. C. (2007). La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho. En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 1. pp. 224-231
- Frontera, J. C. (2008). Cultura y sistema jurídico. Reflexiones a partir del proceso de descodificación. En: *Revista Equipo Federal del Trabajo*, 36, p. 40.
- García, J. y Arroyave, E. (2007). Eficacia simbólica y pluralismo jurídico: Una mirada desde el Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha. En: *Revista Universidad de Medellín*, 42, 84. pp. 49-68.
- García, J. (2010). Algunas reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la historia del derecho. En: *Precedente (Anuario Jurídico)*, p. 71-88.
- Giorgianni, M. (1980). La morte del codice ottocentesco. En: *Rivista de diritto civile*, 1, 52, p. 52
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Manuel Martínez Neira (Trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- Guzmán, A. (2000) *La codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Martínez, F. (2005). Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII". En: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 17. pp. 113-210.
- Montesquieu. (1993). *El espíritu de las leyes*. Libro XI, Cap. VI. Madrid: Tecnos.
- Morales De Setién Ravina, C. (2006). La invención del derecho privado moderno. En: Morales De Setién Ravina, C. (Ed.). *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad

- Javeriana, Instituto Pensarp. 49
- Narváez, J. R. (2003). La crisis de la codificación y la historia del Derecho. En: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 15. pp. 191-215
- Palma, E. E. (2006). *Historia del Derecho Chileno (1808-1924.)*. 2da. Ed. Chile: Colección Juristas Chilenos..
- Portalis, J. E. (1978). *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*. Valparaíso, Chile: Editorial EDEVAL. p. 35
- Sacco, R. (1983). Codificare: ¿Modo superato di legiferare?. En: *Rivista di Diritto Civile*. Parte I.
- Suárez, L. (2006). El sueño de la codificación y el despertar del derecho. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29. pp. 219-248.
- Thibaut, A. F. (1970). Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania (1814). J. D. García. (Trad.) En: STERN, J. (Ed.). *Thibaut y Savigny. La codificación: una controversia programática basada en sus obras*. Madrid: Editorial Aguilar. p. 12.
- Timm, L. B. y Marzetti, M. (2008). Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil? En: *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, 3,1. pp. 1-27.
- Tomás y Valiente, F. (1992). *Manual de historia del derecho español*. 5ta Ed.. Madrid: Editorial Tecnos.