

The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies

Volume 3, Issue 1

2008

Article 2

“Descodificación”, constitucionalización y
recodificación del Derecho Privado: ¿es
todavía útil el código civil?

Luciano Benetti Timm*

*Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., ltimm@cmted.com.br

“Descodificación”, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?*

Luciano Benetti Timm

Abstract

The new ‘must’ in Brazilian private law is the so called ‘constitucionalization’ of institutions that historically pertained to the realm of private law such as contracts and property—as a result of the influence of the German Law idea of *Drittwirkung der Grundrechte* and the Italian intellectual movement della *decodificazione civile*. The former claims the methodological application of the principles of the Constitution (manly the idea of human dignity and other fundamental rights) to interpret general clauses such as social function of property and of contracts. The latter argues in favor of the decodification of private law (the death of the Civil Code). The paper discuss the application of those ideas to Brazilian Law and defends the radiating power and vitality of the Civil Code and private law.

KEYWORDS: decodification, constitutionalization, private law

*The authors would like to thank the Fundação Getulio Vargas Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia (FGV-ILACDE), in São Paulo, Brazil, for institutional support through the 1+1 Law and Economics Scholars Exchange Program.

“DESCODIFICACIÓN”, CONSTITUCIONALIZACIÓN Y RECODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO:

¿es todavía útil el código civil?

Por

Luciano Benetti Timm* traducción por Maximiliano Marzetti†

1. Introducción
2. ¿Qué es un Código Civil?
3. Los fenómenos de descodificación y de constitucionalización
 - 3.1 Aspectos generales de la descodificación
 - 3.2 El caso italiano
 - 3.3 El caso portugués
 - 3.4 El Derecho brasileño
4. La recodificación en la era de la descentralización jurídica

1. Introducción

Se debe atribuir el concepto *descodificación*¹ a Natalino Irti, quien lo popularizó al publicar su artículo *L'età della decodificazione*, en 1978, demostrando que el modelo de Estado surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial —llamado Estado Social— transformó la legislación europea, promoviendo una verdadera fuga desde el Código Civil Italiano (de 1942) en dirección hacia los principios y valores de la Constitución italiana (la llamada *constitucionalización* del Derecho Civil). Posteriormente, otros civilistas italianos se manifestaron sobre el tema, en su mayoría siguiendo la orientación de Irti, pero de manera menos radical; él mismo volvió a escribir en diversas oportunidades sobre el asunto, siempre revisando alguna cuestión relativa al texto original antes mencionado. Desde otro punto de vista, ya no contrario a la codificación, Rodolfo Sacco, publicó *Codificare: modo superato di legiferare?* (1983). Éstos textos tuvieron, algunos años después repercusión en el pensamiento de otros juristas europeos, a juzgar por los artículos publicados posteriormente por las doctrinas española y portuguesa.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

† Doctorando de la Università di Bologna.

¹ “Descodificación” es la traducción elegida del neologismo italiano “decodificazione”, expresión atribuida a Natalino Irti. Si bien la traducción literal sería decodificación, creemos que la misma no es correcta y preferimos en su lugar descodificación por representar de mejor manera el sentido querido por Irti de fuga de contenido de los códigos y no, en cambio, la decodificación de un mensaje.

Así, João de Matos Antunes Varela, jurista portugués, publicó su *Movimento de descodificação do Direito Civil*, en 1984, profundamente influenciado por las ideas de Irti. El español Agustín Motilla, en *La codificación como técnica de producción legislativa*, se inspiró en los dos autores italianos arriba citados. En Brasil, recién en 1984, el asunto es tratado por la doctrina, el primero en hacerlo es Orlando Gomes, siguiendo el enfoque propuesto por Irti; y; en 1992, Osmar Brina Corrêa Lima comenta el texto de Varela. El profesor Clóvis do Couto e Silva abordó el tema en *O Direito Civil em perspectiva histórica*, pero desde el enfoque de Arthur Steinwerter², prefiriendo llamar al fenómeno de marras *descentralización jurídica* en lugar de *descodificación*.

En la señalada divergencia terminológica, es decir, *descodificación* “versus” *descentralización*, subyacen dos muy diferentes concepciones sobre lo que debe entenderse modernamente por un código, su rol actual y su función futura. La elección terminológica en favor de *descentralización* implica que el Código Civil mantiene su sitio de importancia como eje del Derecho Privado en varios órdenes, como se verá más adelante. Tal opinión será particularmente relevante cuando se examine lo que diversos civilistas contemporáneos han dicho en relación a la “constitucionalización” del Derecho Civil.³

Conviene aclarar que el Irti actual no es más aquél de *L'età della decodificazione*. Casi 30 años han pasado desde aquella obra: la sociedad cambió y el Estado también cambió. En efecto, hoy día, el modelo de *Welfare State* se encuentra en jaque, ante la falencia del Estado Social frente a los fenómenos de globalización, las privatizaciones, las crisis presupuestarias de los gobiernos, la “Internet”, que originaron profundos programas de reforma del estado, incluso en Brasil.⁴

Irti en 1978 partió de ciertas constataciones respecto de la actividad del Estado y de la sociedad civil de aquella época, vale aclarar que la historia, como proceso, se transforma en el tiempo y lo que fuera válido sobre una realidad

²STEINWERT, Arthur. *Kritik am Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch — einst und jetzt*. En: RECHT; KULTUR. *Aufsätze und Vorträge eines Oesterreichischen Rechtshistorikers*. [S. l.]: Graz-Koeln, 1958, p. 57-64.

³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; MARTINS COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴ Ver los excelentes ensayos de PEREIRA, L. C. Bresser. A reforma do Estado nos anos 90, En: SALVO, Mauro; PORTO JR., Sabino (Org.). *Uma nova relação entre Estado, Sociedade e Economia*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 82 et seq. et seq.; e FRANCO, Gustavo. O novo modelo brasileiro em perspectiva. En: SALVO, Mauro; PORTO JR., Sabino (Org.). *Uma nova relação entre Estado, Sociedade e Economia*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 13 et seq.

social vigente en un tiempo, cuando Irti publicó su artículo, no es necesariamente válido para la realidad actual. Al contrario, la organización política que existe hoy día no es la del Estado interventor de posguerra descrito por el mencionado autor, sino la de un Estado privatizado y meramente regulador, como resultado, quizás, de una gran recesión mundial junto a la globalización de la economía y la creciente competitividad entre países. Tal concepción es corroborada por el propio Irti, que, en un artículo más reciente, denominado *I cinquant'anni del codice civile*, escrito en 1992, se aleja un poco de aquél pesimismo descodificador de *L'età della decodificazione*.

Ésta reflexión es importante, como se expresó, debido a la reciente entrada en vigencia del Nuevo Código Civil (2003). Es fundamental determinar la importancia de ésta obra legislativa como reorganización y resistemización del Derecho Privado; y si el Código Civil permanece, en términos generales, como se defenderá más adelante, como eje del Derecho Privado en diversos aspectos no tratados ni suficientemente regulados por la Constitución. Es también preciso conocer hasta que punto servirá para la reinterpretación de leyes y microsistemas legislativos, como diversos juristas vienen sosteniendo, particularmente en relación a la Ley de Derecho de Autor, Ley de Propiedad Industrial, Ley de Recuperación Judicial de Empresas, etc. Otro tema a analizar en el futuro es la discusión acerca de hasta que punto éste Código Civil, vigente desde 2003, no se encontraría ya desactualizado para los nuevos tiempos de globalización económica.

Dicho esto, en la sección 2, se aborda el fenómeno *descodificador* según la manera propuesta por Irti en *L'età delle decodificazione*, para, en la sección 3, tratar la concepción más moderna y en consonancia con nuestro sistema jurídico, que es la de la Recodificación, que recupera la trascendencia del Código Civil para el Derecho Privado, sin renunciar a la complejidad social contemporánea, la que el propio Irti pareciera defender en la actualidad. A continuación, en una sección preliminar, se examinará la concepción de Código Civil que se adoptará en el presente artículo.

2. ¿Qué es un Código Civil?

Por cuestiones de metodológica, se debe precisar conceptualmente que se entiende por código a los fines de éste artículo, pues sólo a partir de un entendimiento cabal de qué es y qué fue la codificación, y cuáles son y cuáles fueron sus características básicas se podrá, entonces, analizar la *descodificación* y la *descentralización* del Derecho Privado.

Etimológicamente, el término código proviene de *codex*, cuyo significado histórico no es otro que libro de leyes⁵.

Fueron varios los *codex* publicados en el Bajo Imperio Romano: *Codex Gregorianus*, *Hermogenianus* y el *Codex Theodosianus*. El último libro denominado Codex antes del siglo XVI fue el *Codex Iustinianus*. En 1547, se publicó el *Codex Statutorum*, una recopilación de leyes de la ciudad italiana de Alexandria, seguido del *Code Henri III*, en el mismo siglo, y del *Code Henri IV* ya en el siglo XVII. Pero no es hasta el siglo XVIII que se generaliza el uso de la palabra *codex*⁶.

Sin embargo, cuando se habla de codificación, no se está haciendo referencia a tales compilaciones de leyes. En cambio, se quiere referir al movimiento surgido a fines del siglo XVIII, originado en el seno de la Escuela Derecho Natural Racional y del Iluminismo francés, y de la Pandectística alemana, ya entrado el siglo XIX.

Los códigos modernos se diferencian en dos aspectos de aquellas antiguas compilaciones: en el substrato ideológico y en la formalización del derecho. Nuevas corrientes de pensamiento, de gran impacto en el siglo XVIII, provocaron cambios radicales en los valores sociales y políticos adoptados por los nuevos códigos y se constituyeron en los presupuestos ideológicos de la codificación. Por otro lado, ésta ya no se limitó a recoger el material legislativo de su tiempo y sistematizarlo, sino que creó nuevas fórmulas legales, más genéricas y abstractas, en aras de mayor claridad y precisión enunciativa de sus preceptos, sistematizados bajo los dogmas de la unidad y la completitud del código⁷.

Es posible señalar tres características básicas de la codificación moderna⁸, siguiendo una concepción que podríamos llamar clásica, frente a las teorías más modernas defendidas por los juristas alemanes⁹:

⁵ MOTILLA, Agustín. La codificación como técnica de producción legislativa. *Revista de Derecho Privado*, v. 1, p. 545 et seq.; 1987. Ver la nota n. 01, en la p. 545, donde el autor describe la evolución del término *codex* hasta llegar al sentido que se le da en éste artículo. Según Motilla, *codex* proviene de *caudex*, es decir, tronco de un árbol, ya que en la época antigua la madera servía como material de escritura y hasta se llegó a unir varias tablas de madera para formar una obra completa (como si se tratase de folios de un libro moderno). Más tarde, en el siglo I a.C., se empezó a usar el pergamino en lugar de la madera. Ya en el siglo III d.C., *codex* se desprende de su significado material y pasa a designar genéricamente libros. El vocablo *codex*, a su vez, tuvo diversos significados a lo largo de la historia, así se lo usó para referir a las constituciones imperiales romanas, a las obras clásicas de jurisprudencia, hasta llegar al sentido que modernamente se le atribuye, de conjunto de leyes.

⁶MOTILLA, op. cit., p. 545-546.

⁷MOTILLA, op. cit., p. 546. Según Motilla, “[...] el proceso codificador representa un intento de racionalización y tecnificación de la actividad legislativa [...]”.

⁸MOTILLA, op. cit., p. 547 et seq. Contrario a esa idea es Orlando Gomes (El camino de los microsistemas. En: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160 et seq. Opina

- *Simplificación del sistema jurídico*: Nueva concepción de la creación legislativa — genérica, abstracta —, disminuye el número de disposiciones legales, que además de reducidas en número se convierten en más claras y precisas; además de la limitación del sistema jurídico; que queda acotado a la ley, y, más precisamente, al Código; siempre en aras de la seguridad jurídica.
- *Racionalización del sistema jurídico*: El sistema jurídico es considerado un ordenamiento lógico de preceptos enunciados por los códigos que se vinculan entre sí mediante derivaciones provenientes de una misma lógica;
- *Tendencia a la regulación exhaustiva de un ámbito o sector jurídico*: Todos los conflictos sociales deben hallar respuesta en el código, que regula exhaustivamente la materia que es su objeto, sin que existan lagunas, atribuyéndose, por tanto, eficacia total¹⁰.

De esta manera, bajo la concepción clásica, se puede decir que un área del ordenamiento jurídico se encuentra codificada cuando sus respectivas reglas están previstas en textos normativos unitarios y sistematizados, cuyas normas se expresan en fórmulas abstractas y generales y se pretende que constituyan la única fuente jurídica para la materia objeto de la regulación¹¹.

Se encuentra presente en uncódigo, en consecuencia, la idea de sistema¹² —orden y unidad¹³—, y una aún más antigua, la idea de completitud¹⁴—ausencia

el Profesor Gomes que las características técnicas de la codificación, enumeradas por la doctrina, apenas logran esconder el fundamento ideológico del Código, de instrumento al servicio de los valores de la clase burguesa. Su opinión nos parece demasiado simplista, al reducir toda la evolución de la ciencia jurídica medieval, que culminó en los códigos, a mera ideología burguesa. Lo que podría sostenerse con cierto grado de certeza, siguiendo a Dewey, es que las doctrinas que se preocupan del hombre - entre ellas, la filosofía, la sociología y el derecho - “[...] no se pueden desarrollar más allá de los hechos que pretenden interpretar, son simplificaciones de factores seleccionados de esos mismos datos” (DEWEY, John. *The public and its problems*. Ohio: Swallow Press, Ohio University Press, [s. d.].

⁹Entre otros, ver: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Traducción de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; y ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

¹⁰MOTILLA, op. cit., p. 547.

¹¹MOTILLA, op. cit., p. 545.

¹²Sistema entendido en la acepción utilizada por David, es decir, deducida a partir del método del Derecho Comparado, a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales y poseyendo similares fuentes, estructura, conceptos, interpretación, etc. (véase *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traducción Traducción de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993).

¹³Según Claus Wilhelm Canaris, ordenación y unidad están en estrecha relación de intercambio, pero pueden ser separadas. “La ordenación es la expresión de un estado de cosas intrínseco y racionalmente aprensible, es decir, fundado en la realidad. La unidad es un factor que modifica el resultado de la ordenación, que impide la

de lagunas dentro del sistema jurídico¹⁵. Es decir, constituyendo “[...] una totalidad expresada en un conjunto de conceptos y proposiciones lógicamente concatenadas entre sí, una *unidade inmanente perfecta y acabada*, que se autoreferencia de modo absoluto”¹⁶.

Sin embargo, la idea de sistema concebida por la ciencia jurídica evolucionó. Actualmente, bajo la influencia de la doctrina problemática de Viehweg¹⁷, ya no se exige la completitud del ordenamiento jurídico, ni se admite un sistema exclusivamente lógico-deductivo, sino más bien un sistema axiológico o teleológico, caracterizado por principios generales que representan los valores más importantes del ordenamiento jurídico¹⁸. O sea, “[...] el Derecho puede ser pensado, aplicado e interpretado como un orden de referencia apenas relativo, sensible a la interpenetración de hechos y valores externos, consubstanciando una permanente discusión *de problemas concretos*, para cuya resolución parece adecuado no ya el pensamiento lógico sino más bien el

dispersión en una multiplicidad de singularidades desconexas, reconduciéndolas mediante la sujeción a unos cuantos principios fundamentales” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Traducción de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Más sencilla es la versión de Francisco Amaral: “[...] orden, en el sentido de compatibilidad lógica de sus elementos, y unidad, en el sentido de referencia a un punto central” (AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro*. RDC 63/48)

¹⁴Menciona Francisco Amaral (Idem): “[...] podemos considerar al sistema como conjunto ordenado de elementos, marcado por la unidad, la coherencia y la jerarquía. Unidad, en el sentido de aglutinamiento de esos elementos, normas, principios y valores, en torno a un principio básico, general y común; coherencia, como conexión entre sí y ausencia de contradicción; jerarquía, en el sentido de subordinación a la deducción lógica.”

¹⁵Sobre un ordenamiento jurídico caracterizado por la unidad, orden (coherencia) y completitud, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Traducción de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Unb, Polis, 1990.

¹⁶MARTINS COSTA, Judith. Las cláusulas generales como factores de movilidad del sistema jurídico. RT 680/47; que renvía a FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado como uma geschossenheit: o direito privado como sistema aberto*, Porto Alegre: [s. n.], 1988.

¹⁷VIEHWEG, Theodor. *Topica e jurisprudencia*. Traducción de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Madris: Taurus, 1964.

¹⁸Señala Francisco Amaral (op. cit., p. 48), que “Viehweg no solo condena la dogmática jurídica de naturaleza lógico-deductiva, sino que niega la cientificidad de la jurisprudencia en general, considerándola carente de unidad sistemática. Defiende una concepción del derecho como problema, o pensamiento problemático, considera al derecho como un conjunto de topos, juicios normativos elaborados para resolver problemas concretos, sin concesiones a la unidad sistemática”.

¹⁹CANARIS, op. cit., p. 66.

²⁰Menciona Francisco Amaral (op. cit., p. 49) que “[...] el derecho se presenta como un ordenamiento formado no sólo por normas sino también por valores y principios jurídicos, productos de la relación dialéctica entre la intención sistemática, exigida por el postulado de orden, y la experiencia problemática impuesta por la realidad social. De esta manera, el sistema pasa a configurarse como un orden axiológico o teleológico de principios generales, una entidad abierta y dinámica que continuamente se enriquece y se recrea ”.

problemático, donde la base del raciocinio reposa en la comprensión axiológica o teleológica de los principios generales del Derecho”²¹.

A decir verdad, el mismo Derecho Romano se caracterizaba por un pensamiento *tópico* o *problemático*²², es decir, no partía de soluciones prefabricadas, ni de deducciones puramente lógicas con base en axiomas, sino que era “[...] un pensamiento dirigido hacia el problema”²³, un pensamiento que se aproxima al de los sofistas y los retóricos. “El problema actúa como guía”²⁴ del pensamiento. Esto es así porque todo *problema objetivo y concreto*, entre los cuales se encuentra el problema jurídico, *provoca un juego de suscitaciones* que puede ser llamado tópico y que implica el arte de medir los pros y los contras de una cuestión, o sea, “[...] tener presentes las razones que recomiendan o desaconsejan un determinado paso”²⁵.

El pensamiento problemático era ya conocido en la Edad Media, génesis del sistema jurídico romano-germánico actual, cuando, a partir de un verdadero *redescubrimiento*²⁶ de los textos justinianos, en los siglos XII y XIII, juristas formados en las universidades, principalmente italianas, empezaron a interpretar la compilación romana. Asimismo, durante toda la Edad Media y hasta el siglo XVI, la situación que ocupó el Derecho Romano en Europa Central y Occidental fue de privilegio, sea como Derecho supranacional, sea como Derecho común aplicable de manera subsidiaria²⁷. Y, a pesar de que la principal fuente del Derecho Romano fuera el *Corpus Iuris Civilis* justiniano, el mismo fue objeto de copiosas glosas y comentarios por parte de profesores universitarios, por lo que se puede afirmar que el Derecho Romano aplicado en la Edad Media no era el mismo de la Roma Antigua, dado que fue adecuado a la realidad medieval por los profesores²⁸. Incluso se puede argumentar que *el Derecho medieval fue un Derecho de juristas*, porque, aunque se partía de una consolidación de leyes, lo que importaba eran las glosas efectuadas por los juristas.

²¹MARTINS COSTA, op. cit., p. 47-48.

²²Franz Wieacker en la nota 61 de su libro *História do direito privado moderno*. (Traducción de Antônio M. B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.]) dice: “La jurisprudencia (clásica) romana, no obstante haber analizado exhaustivamente una problemática concreta, no logró construir un edificio doctrinal armónico, impedido por la autoridad personal de los juristas”.

²³VIEHWEG, Theodor. *Topica e jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964, p. 49.

²⁴VIEHWEG, op. cit., p. 50.

²⁵VIEHWEG, op. cit., p. 50.

²⁶MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

²⁷MOTILLA, op. cit., p. 548.

²⁸Para profundizar la temática del Derecho Medieval, ver: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Traducción de Antônio M. B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.].

El método empleado por dichos comentaristas era dialéctico, y su ciencia se llamaba “mos italicus”²⁹, constituyendo una verdadera *gramática jurídica*³⁰. Los glosadores se preocupaban más por la construcción teórica que por su aplicación práctica, la que fue realizada por los *posglosadores o consolidadores*³¹, quienes les sucedieron históricamente. Era un sistema jurídico de carácter nítidamente abierto³², o sea, permeado por factores metajurídicos e influenciado por diversos textos jurídicos, donde la interpretación alcanzó un papel fundamental.³³

Contrario a este método, surgió, en el siglo XVI, el “mos gallicum”³⁴, con fuerte raigambre en el humanismo, cuya principal bandera era su oposición a las interpretaciones de los textos romanos hechas por los glosadores, caracterizadas por el “amor intellectualis” hacia la antigüedad y la visión idealista de Platón, predicando una vuelta a lo antiguo³⁵. Éste método no logró desterrar el “mos italicus” de la práctica de los tribunales, ni de las diversas universidades tradicionales.

El sistema jurídico medieval, abierto en un primer momento, se fue cerrando ante la necesidad de seguridad y certeza³⁶, habida cuenta de la diversidad de opiniones emitidas, sobre cuestiones jurídicas similares por los distintos jurisconsultos de la época³⁷. En la época moderna, la proliferación de opiniones y el abuso del método escolástico rompieron la unidad de interpretación del Corpus Iuris. Asimismo, un Derecho local, basado en la

²⁹MOTILLA, op. cit., p. 548.

³⁰WIEACKER, op. cit., p. 78. El autor sostiene que “[...] a través de una exégesis, de armonización, de construcción de reglas, se construyó un edificio doctrinal con principios harmónicos, quizás la primera dogmática jurídica de la historia universal” (op. cit., p. 53).

³¹WIEACKER, op. cit., p. 78 et seq.

³²MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

³³Menezes Cordeiro, en la introducción del libro que tradujo de Canaris, arriba citado, dice “La ciencia jurídica europea nació con la primera recepción del Derecho Romano, llevada a cabo en las Universidades medievales, a partir del siglo XII. Glosas y comentarios permitieron su implementación en una sociedad diferente de aquella para la que había sido concebido inicialmente” (p. LXXIV).

³⁴MOTILLA, op. cit., p. 548.

³⁵WIEACKER, op. cit., p. 89-90.

³⁶MARTINS COSTA, op. cit., p. 48.

³⁷Para ilustrar esta situación de caos jurídico resulta interesante un pasaje del siglo XVII, escrito por Leibniz, uno de los más grandes defensores de la codificación, traducido por René Sève y publicado en *Archives de Philosophie*, n. 30, p. 360: “Si consultásemos una decena (de juristas) sobre el mismo asunto, deberíamos esperar una decena de respuestas diferentes”.

costumbre, inculto, originado en las tribus bárbaras que dominaban la Europa Central medieval, de leyes dispersas, caracterizadas por un *particularismo* jurídico³⁸, proliferaron con total independencia del Derecho docto de los glosadores³⁹.

Así, el desorden de la jurisprudencia y la legislación crearon el caldo de cultivo propicio para la codificación decimonónica. Pero faltaba aún el substrato ideológico sobre el que se alza cualquier revolución jurídica, éste fue provisto por la *Escuela de Derecho Natural Racional* y por el Iluminismo⁴⁰.

*La Escuela de Derecho Natural Racional*⁴¹ tuvo su inicio en el siglo XVII y se consagró en el siglo XVIII, con personajes de la talla de Grocio, Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Wolff y Kant. Dicha escuela defiende los derechos inherentes a la persona humana, como exigencia de su naturaleza racional, que deberán ser respetados por el Estado; idea que posteriormente fue sustentada por el constitucionalismo y la codificación moderna. Sin embargo, fue su aproximación a la geometría — por lo que fueron llamados “mos geometricus” —, lo que más influenció el fenómeno de la codificación, debido a su búsqueda de precisión y claridad, que se reflejó en la técnica jurídica y en la sistematización de las leyes.⁴²

El Iluminismo⁴³ realizó dos grandes contribuciones al Derecho, la primera, su preocupación por la afirmación de los derechos naturales del hombre; la segunda, su énfasis en el predominio de la ley como fuente del Derecho sobre todas las demás; la ley como garante de la seguridad jurídica, aventando la arbitrariedad; a tal fin, las leyes debían ser *pocas, claras y precisas*.⁴⁴

³⁸O sea, según Motilla, parafraseando Tarello, “una verdadera falta de unidad y coherencia en el cuerpo legislativo” (op. cit., p. 549).

³⁹Sobre la ascensión y la caída del Derecho consuetudinario en la Francia medieval, ver: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Traducción de Antônio M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.].

⁴⁰MOTILLA, op. cit., p. 549.

⁴¹Para profundizar sobre teorías de Derecho Natural, ver: GOYARD-FABRE, Simone. Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques. En: *Cahiers de philosophie politique e juridique*. [S. l.]: Centre de Publications de l'Université de Caen, n. 11, 1987, p. 7 et seq.

⁴²Dice Martins Costa (op. cit., p. 48): “En la base de los códigos, está, como sabemos, el pensamiento jursercionalista según el cual el Derecho es considerado y formulado como si fuera un sistema cerrado de verdades racionales, derivado del conocimiento de las verdades filosóficas, un sistema de reglas que son el resultado de una rigurosa construcción lógico-matemática, de reglas generales deducidas por la razón”.

⁴³Que fue, antes que nada, una tendencia, una mentalidad, un espíritu que estuvo vigente en la Europa del siglo VIII principalmente, conforme Motilla (op. cit., p. 552).

⁴⁴MOTILLA, op. cit., p. 553.

Consecuencia de ello fue la rígida sumisión del juez a la ley, la que no admitía excepción alguna.⁴⁵

En el plano político, la codificación se identifica con la formación de los Estados nacionales modernos⁴⁶. En el siglo XVI, cuando el poder en Francia ya estaba fuertemente centralizado, es claramente perceptible como la ley, en cuanto fuente del Derecho, supera a la costumbre,⁴⁷ que hasta entonces había sido la fuente prevalente. Pues desde la caída del Imperio Romano de Occidente, Europa Central fue ocupada por pueblos bárbaros que practicaron un derecho basado en la costumbre y eminentemente local.

Respecto a la codificación propiamente dicha⁴⁸, se pueden distinguir dos especies de sistematización. La primera seguida por el Código Civil Napoleónico (1804), y la segunda por el BGB alemán (1896).

A decir verdad, el sistema interno⁴⁹ —lógica interior— siempre existió en Derecho, que presupone una concatenación inmanente, a fin de que se pueda tratar al igual de modo igual y al diferente de modo diferente, en la medida de las desigualdades. Sólo se puede hablar de Derecho cuando la solución de los conflictos de intereses se da de modo previsible. Lo que faltaba en el Derecho Romano y en el Derecho Medieval era un orden externo, o sea, un sistema de comunicación y aprendizaje jurídico, como fenómeno cultural que es.⁵⁰ Ello es

⁴⁵Sobre la apertura del sistema y la creación de un Derecho jurisprudencial a partir de los párrafos 242 y 138 del BGB, ver: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e no direito português. En: *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*, RT, 1980.

⁴⁶Sobre la formación del Estado Absolutista, ver el Capítulo I de: ANDERSON, Perry *Lineages of the absolutist state*. London: Verso Editions, 1979.

⁴⁷“Visto desde la perspectiva de éstas fuentes del Derecho [costumbre y ley] la evolución general del Derecho puede resumirse en una lenta progresión de la ley a la que le correspondió una lenta declinación de la costumbre [...] En la época feudal, es decir, desde el siglo X al XII no existieron muchas leyes [...] En el siglo XVI se igualan [...] Luego, en el siglo. XIX, después de la revolución burguesa y por influencia de de ésta, el derecho se convierte en estatal [...]”(GILISSEN, op. cit., p. 237).

⁴⁸Cordeiro (op. cit., p. LXXI) recuerda que “el derecho privado continental es producto de tres recepciones sucesivas del Derecho Romano: la recepción de las universidades medievales, a partir de Boloña, la recepción humanista, con epicentro en la Francia del siglo XVI y la recepción pandectística en la Alemania del siglo XIX”.

⁴⁹Hay dos maneras de explicar la contraposición entre sistema interno y externo. La primera viene de la filosofía y es la seguida por Canaris, hasta aquí utilizada, según la cual sistema interno es la organización de los datos del mundo y sistema externo su explicación científica. La segunda, proveniente del propio Derecho, distingue según el uso gramatical de las palabras, es decir, externo como exterior e interno como interior.

⁵⁰“[...] donde los estudiosos antes buscaban formulas reduccionistas que permitiesen expresar grandes categorías de casos, a través de la investigación y la jerarquización de aquello que de regular, común o diferente hubiera en ellas” (CORDEIRO, op. cit., p. LXV).

lo que aportarán el Humanismo francés y el Pandectismo alemán⁵¹. Sistemas internos y externos no son ideas opuestas, sino que, al contrario, se influncian mutuamente.

La sistematización que llevará a cabo el humanismo es meramente empírica y periférica: las materias son organizadas en función a su similitud exterior – *equivalencia lingüística, proximidades de objeto, etc.*⁵². La sistematización de contactos superficiales entre temas jurídicos, al entrar en contacto con el discurso cartesiano, evolucionó. A partir de Descartes, toda ciencia humana se fundamentará en unos pocos principios apriorísticos abstraídos por la razón, de los cuales se deducirán las demás reglas del sistema, una sistematización central, alejada de influencias histórico-culturales. Ésta sistematización jurracionalista, fue la adoptada por el Código Civil (1804).

En relación a este punto, la pandectística, ya en el siglo XIX, introdujo una nueva hipótesis de sistematización, que aceptaba la naturaleza histórica-cultural del Derecho, pero exigía un sistema de exposición adecuado. Ello significaba que *el material recibido de la historia debía ser reelaborado científicamente, en función de puntos de vista unitarios*. Convirtiéndose, por lo tanto, en una junta o engranaje entre las sistematizaciones periférica y central anteriormente descriptas⁵³, la que fue seguida por el BGB (1896).

Tal modelo de código civil fue duramente criticado a inicios del siglo XX por la jurisprudencia sociológica (Duguit, Salleilles, Josserand, etc.), quienes fundaron, sobre las bases del solidarismo de Durkheim, una nueva forma de pensar el Derecho a partir de su función social. Su crítica no fue suficiente para erradicar el movimiento codificador, pero sirvió para agregar nuevos elementos al derecho positivo.

En lo que respecta a Brasil, el Código Civil Brasileño de 1916 —típico código del siglo XIX dada su estructura y principios— que fue redactado por Clovis Bevilacqua (Profesor de la Escuela de Recife), es una mezcla de influencias de doctrinas jurídicas nacionales, fundamentalmente la de Teixeira de Freitas, con la codificación francesa y la ciencia pandectista alemana. Antes, se encontraban vigentes en el país las Ordenanzas Portuguesas, actualizadas por

⁵¹He ahí la gran diferencia existente entre compilación y codificación. La primera implica un conjunto de fuentes sometidas a una determinada ordenación; la codificación, en cambio, refiere a la sujeción de las fuentes a un tipo de pensamiento sistemático (idem, p. LXXXV).

⁵²CORDEIRO, op cit., p. LXXVII.

⁵³Idem, p. LXX et seq.

la dogmática civilista de la época y por la Consolidación de Leyes Civiles de Freitas.⁵⁴

3. Los fenómenos de descodificación y de constitucionalización

3.1 Aspectos generales de la descodificación

Cabe poner de manifiesto que la concepción, principalmente de la doctrina italiana y específicamente la de Irti, evoluciona desde un radicalismo acentuado en relación a la descodificación hacia una atenuación de dicho ímpetu y hasta un cambio de posición. Por tal razón, se hizo referencia, en los primeros párrafos, a la concepción original de Irti para luego introducir la modificación en su pensamiento.

Se trata, según los defensores de dicha concepción de *descodificación*, de una tendencia general hacia la evolución del Derecho que se origina después de la Segunda Guerra Mundial y consiste en un movimiento de fuga de los códigos, que crea una verdadera alergia al sistema codificado.⁵⁵ Se señala como expresión de este fenómeno la diversidad de legislación separada de los códigos que surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, es decir, leyes especiales que dan por tierra con el espíritu sistematizador y orgánico de las grandes codificaciones decimonónicas, que no guardan ya ninguna relación con los principios generales del Código. Las mismas son el resultado de activos *grupos intermedios*⁵⁶ que presionan en cierta dirección para la formulación de leyes que les sean favorables.

Asimismo, la consecuencia más marcada de este movimiento es justamente la constitucionalización de institutos que antes pertenecían al Derecho Civil. Así, las constituciones pasaron a definir *los principios básicos de la vida social y a proclamar las reglas fundamentales del orden jurídico, común a varias ramas del Derecho*.⁵⁷ Lo que vino a contrariar la historia del Derecho

⁵⁴ En relación a las influencias del Código Civil de 1916, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista AJURIS*, n. 40, p. 130.

⁵⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira* — O movimento de descodificação do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 499 et seq. En dicho texto el citado jurista portugués realiza un cuadro comparativo entre la descodificación italiana y portuguesa, valiéndose de conceptos ya consagrados por la doctrina italiana, realizando a tal fin precisas referencias a las fuentes.

⁵⁶ El término también es empleado por J. A. Varela (op. cit., p. 500). Quien sitúa a los grupos intermedios entre el ciudadano con derecho a voto y el Estado, que se contraponen a las majestuosas comisiones codificadores.

⁵⁷ VARELA, op. cit., p. 501.

Moderno, pues tradicionalmente fue competencia del Código Civil definir los institutos básicos aplicables a otras ramas del Derecho.

Caracteriza la *era de la descodificación*, por lo tanto, la pérdida de la característica centralidad del Código Civil en el sistema de las fuentes del Derecho. Cada vez más, diversos grupos de personas escapan a la disciplina del Código Civil, dando origen a leyes especiales, gracias a excepciones negociadas ante el Poder Público, que les otorga privilegios no extensibles a personas ajenas al grupo del que se trata. El propio Irti⁵⁸ dice que ya no es posible pensar al Código Civil como eje del sistema, puesto que las leyes nacidas como excepcionales y provisorias que se prolongan en el tiempo, conquistan una *inesperada estabilidad, alrededor de las cuales otras leyes surgen, delineando un microsistema*⁵⁹, un *pequeño mundo de normas* con sus propios principios generales y lógica autónoma, que no se concilian con los principios del Código, que, por lo tanto, ya no puede ser más Derecho general. Así, la relación entre el Código y las leyes dispersas no es más de general y especial, sino de residual y general, o sea, la ley especial viene a ser la general, y el Código pasa a ser residual⁶⁰.

Irti llegó incluso a prever la absorción de los *amplísimos principios* del Código Civil por parte de las leyes especiales.⁶¹ En tal sentido, la idea de sistema sería policéntrica, o sea, un cuerpo de leyes especiales reguladoras de materias específicas, sin ninguna relación las unas con las otras, derivando su unidad de la rigidez constitucional y de la capacidad de las clases dominantes para evitar particularismos y privilegios. En tal contexto, la declinación de la codificación viene a ser, antes que nada, la del Estado Moderno que sucumbe frente a los grandes grupos de personas. El jurista J. M. F. Varela, inspirado por Irti, señala tres períodos en la reciente evolución del Derecho Civil rumbo a la *descodificación*.

El primero de ellos, sería el comprendido en el interregno existente entre la publicación de los grandes Códigos, en especial, el Code Civil (1804), hasta el

⁵⁸IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Diritto e Società*, n. 03-4, p. 613 et seq., 1978.

⁵⁹La gran mayoría de los autores en lengua portuguesa insisten en escribir esta palabra separada con un guión, como si fuera idéntica a la italiana "micro-sistemi", pero no lo es. Ver: CUNHA, Celso. *Gramática do português contemporâneo*. 9. edição. Rio de Janeiro: Padrão, [s. d.], p. 46 et seq.

⁶⁰Señala Irti (op. cit., p. 636): "La relación entre el código y la ley, otrora descripta en términos de general y especial, pasa a ser de general y residual: general es la ley externa y residual el código. El Código Civil por regular supuestos fácticos más amplios [...] y, por tanto, teóricamente generales, se ve reducido en lo concreto de la experiencia jurídica, a derecho residual. General es la ley, nacida como excepcional o especial, que conquistó de a poco mayor amplitud de destinatarios y obedece a una lógica propia y autónoma".

⁶¹Irti (op. cit.) dice, poéticamente, que las disciplinas residuales tradicionales del Código serían como ramas secas, que tarde o temprano, caerán del viejo tronco absorbidas por las leyes especiales.

comienzo de la Primera Guerra Mundial (1914-18), denominado de apogeo de la codificación. A dicho período corresponde una preeminencia del Derecho Civil y un mayor desarrollo y erudición de la doctrina civilista frente a otras ramas del Derecho. El Código Civil continuaba siendo, además de la disciplina básica aplicable a las relaciones referentes a la vida privada del individuo, la de todo el ordenamiento jurídico. En este período, las pocas leyes especiales seguían la estela dejada por el Código, respetando sus principios fundamentales, o, en medida siempre exigua, tímida y cautelosa, creando excepciones a la disciplina establecida por el Código.⁶²

Este primer período es llamado por Irti⁶³ *mundo de la seguridad* (“mondo della sicurezza”). El sentido de seguridad provenía de la misma estructura social vigente, caracterizada por una clase dominante burguesa que colocaba al individuo como centro de las relaciones sociales; como un sujeto que corre riesgos para triunfar o fracasar y se hace responsable de sus actos. Para hacer posible esta vocación expansionista del individuo dentro del esquema social, fuente de cualquier iniciativa, se exige del Derecho que garantice los valores dominantes y de la plena actuación de la libertad de elección personal, la cual será dirigida a sus fines.⁶⁴ Asimismo, la seguridad promovida por el Derecho no es aquella de obtener el fin deseado (que corresponde a la labor del libre mercado autorregulador), sino de garantizar las *reglas de juego*,⁶⁵ o sea, las condiciones mediante las cuales cada individuo puede esperar un determinado comportamiento ajeno o cierto uso del poder coercitivo del Estado (previsibilidad en el comportamiento de los sujetos privados y públicos).

En semejante contexto, la solidez y rigidez del ordenamiento jurídico devienen fundamentales. Y es esta la base perfecta para el desarrollo de la idea de un Código como sistema cerrado. Así, será solamente Derecho la ley emanada del poder soberano del Estado⁶⁶. Importa al Código tutelar las

⁶²Irti (op. cit.). El citado autor señala que, en esta etapa, se puede hablar de leyes excepcionales que derogan al Código Civil, sin embargo no se puede hablar aún de leyes especiales, ya que éstas, según su postura, regulan institutos ignorados por el sistema del Código o disciplinan de modo diverso una cierta categoría de relaciones. De esta manera, la diferencia básica entre ley extraordinaria y especial sería que sólo la primera mantiene el carácter de definitividad y completitud del Código.

⁶³IRTI, op. cit. p. 614.

⁶⁴Irti (op. cit., p. 614) señala que esa época podría resumirse en la idea de vida como *elección de fines, vinculada al cálculo de conveniencia y a la incontrolable valoración del individuo*.

⁶⁵IRTI, op. cit., p. 614.

⁶⁶Irti (op. cit., p. 615) se pronuncia de la siguiente manera: “El mundo de la seguridad es, entonces, el mundo de los códigos, que traducen en una secuencia ordenada de artículos los valores del liberalismo decimonónico”. Sobre ésta idea dice Raizer: “La filosofía del idealismo alemán, especialmente la ética kantiana y el liberalismo económico, de acuerdo al espíritu de los clásicos ingleses, subyació en las marcadamente sobrias formulaciones de éstas leyes” (p.17) (RAIZER, Ludwig. *O futuro do Direito Privado*. Traducción de Lucinda Maria Ragugnetti. RPGE, n. 25, p. 11 et seq).

libertades civiles del individuo en su esfera privada contra las indebidas ingerencias del poder político.⁶⁷

El marco arriba descrito se modificó radicalmente en el período de posguerra, cuando a la inmutabilidad del período anterior le siguió una agitada *aceleración de la historia* - dando inicio a una fase intermedia rumbo a la descodificación, según Varela.⁶⁸ Con ello se quiere decir que, a partir de la Primera Guerra Mundial, el Estado no asiste más como espectador al libre juego del mercado, dejando a la población de posguerra sin amparo, sino que pasó a intervenir en la economía como impulsor del desarrollo económico sobre una realidad social totalmente distinta a la existente en el siglo pasado, vistas las miserias traídas por la guerra. Por ejemplo, tan grandes fueron los problemas habitacionales de posguerra, que precisaron de una nueva disciplina de las relaciones locativas de inmuebles urbanos. Gracias a dicha necesidad, nuevas leyes de locación fueron promulgadas distanciándose de los códigos, violando inclusive principios basales de éstos, como la regla de la autonomía privada.

Paralelamente, una creciente industrialización, reiniciada después de la primera conflagración mundial, con gran uso de mano de obra operaria y de mecanización, vino a exigir una nueva regulación de los accidentes de trabajo y las relaciones laborales. De conformidad, nuevas leyes de accidentes de trabajo y de contrato de trabajo fueron sancionadas al margen del Código, sacrificando los principios de libertad contractual y de responsabilidad civil subjetiva. Los títulos de crédito también sufrieron modificaciones legislativas que pasaron lejos de los principios generales tanto de los códigos civiles como de los comerciales. Podrían citarse más ejemplos pero aquí nos detenemos en homenaje a la brevedad.

En este segundo período evolutivo, que va desde la Primera Guerra Mundial hasta, más o menos, la Segunda Guerra Mundial, se mantuvo la primacía del Código Civil como estatuto fundamental del Derecho Civil y base de todo el ordenamiento jurídico. Si bien se extendió el alcance de la legislación especial en varias áreas del Derecho Privado y también del Derecho Público, debido a las ingerencias del Estado en cuestiones sociales y económicas.⁶⁹

⁶⁷Irti (op. cit.), reenvía (p. 615, nota 8) al concepto de De Los Mozos (*Derecho Civil español*, v. I), quien también distinguía entre libertad política, la de los antiguos, y libertad civil, la de los modernos. Sobre éste punto ver: RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses universitaires de France, 1973, p. 50.

⁶⁸IRTI, op. cit., p. 618.

⁶⁹ Varela (op. cit) explica la dualidad del Código “versus” las leyes aisladas por el hecho de que los Códigos se han mantenido fieles a las grandes líneas de pensamiento liberal, al definir las reglas fundamentales del Derecho Privado, mientras que las nuevas leyes especiales han dado cabida al fenómeno de la sociologización del Derecho, caracterizado por la corrección legislativa de problemas de la realidad social, como por ejemplo el alquiler de inmuebles residenciales.

La estructura jurídica sufrió una alteración importante: si, de un lado, el Código Civil mantuvo su dogma de unidad, por el otro, las demandas sociales impuestas por la realidad exigieron una legislación más dinámica, efímera y adecuada a fin de asistir a las nuevas clases y grupos sociales emergentes: las leyes especiales⁷⁰.

Se trata de un período intermedio, en el cual el Código aún conserva su prestigio; pero no ya como regulador exclusivo de la vida privado, sino como Derecho Común, cuyos principios generales son complementados o modificados por leyes que se caracterizan por específicos elementos de hecho.

El último período señalado por Varela es el de la *descodificación* del Derecho, que se inició, a grandes rasgos, a partir de la derrota militar de las potencias totalitarias del eje, pero cuya época de incidencia varía de país en país, dadas las condiciones políticas y sociales imperantes en cada Estado.

3.2 El caso italiano

En Italia, el fenómeno tratado tiene fecha precisa, el 1º de enero de 1948, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución y que puede ser caracterizado de la siguiente manera.⁷¹

*Primero, el Código Civil dejó de constituir el centro geométrico de todo el ordenamiento jurídico constituido. La primacía de la ley cedió su lugar a la Constitución, al sentar las bases para una nueva sociedad ideológicamente comprometida. La Constitución pasó a regular no sólo la organización del Estado y a tutelar las libertades públicas y los derechos políticos, sino que también se inmiscuyó con instituciones basales de la sociedad burguesa liberal, antes reguladas exclusivamente por los Códigos, como el casamiento, la propiedad, la libertad económica, etc., otorgando poderes a grupos intermedios, o sea, aquellos que se colocan entre la persona individual y el Estado y que se constituyen en los ámbitos organizacionales donde el individuo ejerce su personalidad.*⁷²

⁷⁰Irti (op. cit., p. 619) afirma: “Frente a la densa y cotidiana multiplicación de leyes aisladas, los códigos civiles asumen una función distinta. Ellos ya no representan el derecho exclusivo y unitario de las relaciones privadas sino un derecho común, es decir, una disciplina de supuestos fácticos más amplios y generales”.

⁷¹VARELA, op. cit., p. 508 et seq.

⁷²También Irti (op. cit., p. 621): “La nueva Constitución, si bien de un lado conserva el legado decimonónico de las libertades civiles y políticas, del otro, se abre a la influencia de la ideología católica y socialista [...] El individuo es tutelado no ya por sí mismo, sino como miembro de grupos intermedios [...] La Constitución no se limita a custodiar las reglas de juego, [...] al lado de normas tradicionalmente liberales encontramos normas finalistas (programáticas según nuestra doctrina: ver Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, Curso..., Saraiva, 1990, p. 13), las cuales señalan al Estado los fines a perseguir o indican los resultados conducentes al bien común”.

Segundo, aumentó, por otro lado, en cantidad y se modificó, en calidad, la legislación especial (separada de los Códigos). Muchas materias que antes eran reguladas por el Código Civil salieron de dicha esfera para ser reguladas por leyes extravagantes, las cuales no buscaban ya su adecuación con los principios fundamentales del Código, sino que se ordenaban bajo los nuevos principios programáticos de la Constitución. Así, la Carta Magna muestra rápidamente su nueva vocación para orientar el desarrollo de la legislación infraconstitucional.

De esta manera ocurrió una radical mutación de las leyes otrora vigentes en la época liberal y aquellas surgidas en el período postconstitucional, ya que éstas últimas, desplazando aquellas, dejaron de ser meros medios instrumentales de libre elección para alcanzar los fines elegidos por la iniciativa privada - sin valoración alguna sobre la decisión tomada -, para pasar a señalar los fines e indican el objetivo. En consecuencia, es la ley la que determina los programas y controles, encamina, coordina la actividad económica, fija el modo de gozar de los derechos y limita la propiedad privada, se convierte así en una regla final: ella postula, desde la estructura intrínseca y lógica del desarrollo de las variadas normas, una selección de fines y de intereses merecedores de tutela.⁷³

En la visión de Irti, los ordenamientos económico y jurídico no son ya el resultado del libre juego del mercado, sino que son predeterminados por la ley, la que se aleja de la voluntad individual, aproximándose al interés común. Por eso, aquella concepción del liberalismo clásico que relacionaba la libertad de elección y la responsabilidad personal, la ponderación que hace el individuo sobre su futuro al tomar la iniciativa con sus propios actos, pierde toda importancia.

Tercero, la nueva legislación especial se caracteriza por una significativa alteración en el cuadro de sus destinatarios. Con ello se quiere señalar que la ley dejó de ser aquél mandato genérico y abstracto del siglo XVIII, para convertirse en estatutos privilegiados de determinados segmentos sociales y políticos. En tal sentido, la ley no es más la expresión de la voluntad del pueblo, ni de la soberanía popular, sino el resultado del juego político, es decir, de lucha entre el poder público y los grupos de presión.

“La ley asume ya las características de concreción e individualidad, que eran propias del negocio privado [...] como respuesta específica a un determinado problema”⁷⁴.

⁷³IRTI, op. cit., p. 622.

⁷⁴IRTI, op. cit., p. 623.

La técnica legislativa empleada más comúnmente para alcanzar las metas programáticas es la de ley-incentivo⁷⁵, que caracteriza la naturaleza contractual subyacente de la ley hodierna. Ello es así porque, al definir fines, la ley invade la esfera decisoria que correspondería a los individuos, en consecuencia hiere la libertad individual, con la expectativa de que los particulares actúen en el sentido buscado por la norma, que para lograrlo, ofrece ventajas a los mismos⁷⁶.

Asimismo, la misma ley que señalaba los programas y los resultados pretendidos, coherentes con el bien común, también se enredaba en terminologías altamente técnicas, utilizando la jerga científica (por ejemplo, la regulación de salubridad en lugares de trabajo), económica (a modo de ejemplo, la ley antitrust) e industrial, inherentes a la sociedad contemporánea. Demasiadas leyes que multiplican un lenguaje multívoco y discordante, que impide la existencia de un lenguaje universal del Derecho Civil y, por lo tanto, aleja la posibilidad de una interpretación según ese criterio⁷⁷.

Cuarto, en el plano dogmático existe una gran novedad entre la antigua legislación especial y la actual, que consiste en la desvinculación total con los principios elementales del Código. Las nuevas leyes especiales, “[...] como satélites autónomos, buscan regiones propias en la órbita sin control del ordenamiento jurídico”⁷⁸. Estas nuevas leyes buscan su esfera de incidencia lejos de los principios del código, trayendo los suyos propios, bastante distintos. Se forman de ésta manera microsistemas legislativos, apartados del macrosistema del Código⁷⁹.

⁷⁵Según Irti (op. cit., p. 625): “[...] a través de las cuales el Estado se propone solicitar a los privados el cumplimiento de determinada actividad; en función de que promete una ventaja a favor de los mismos; actividad que no sería realizada en el caso de que no existiera una ley que la estimule”.

⁷⁶Irti (op. cit.) llega a decir que la penetrante e incisiva interferencia del Estado en la voluntad privada determina una *juridización de la elección y de la vida*, emergiendo triunfante la ley del conflicto entre el Estado parlamentario “versus” el Estado sindical, de acuerdo a los intereses de los representantes de los empleadores y trabajadores. Sobre éste punto, el autor pareciera exagerar la importancia de los sindicatos en la sociedad civil. Asimismo, se trata de un fenómeno típicamente italiano, no extensible analógicamente con la misma intensidad a otros países pertenecientes a la familia de Derecho romano-germánico.

⁷⁷Irti (op. cit., p. 624) tiene una clara posición sobre el asunto: “La norma ya no se limita al esquema hipotético, que une determinada consecuencia jurídica al acontecimiento de un hecho, sino que indica los objetivos a perseguir, describiendo a los destinatarios de la norma, un cierto orden económico y un proyecto de sociedad. Por coherente o incoherente que sea, el interprete no puede prescindir de los fines indicados”.

⁷⁸VARELA, op. cit., p. 510.

⁷⁹Jean Calais-Auloy, en un artículo denominado *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contra* (*Revue trimestrielle de droit civil*, n. 02, 1994, p. 253), se interroga sobre la posibilidad de que las nuevas normas tuitivas emanadas del Derecho del Consumidor (que sin duda alguna constituye un microsistema) influyeran las reglas generales del contrato (que pertenecen al macrosistema del Código Civil). Concluye que sería justo extender a todos los contratantes hiposuficientes la protección actualmente exclusivamente reservada a los consumidores. Si bien admite que la jurisprudencia ha extendido el concepto de relación de consumo para abarcar otras situaciones no contempladas originariamente, no cree que exista una generalización de dicho

Natalino Irti es radical y entiende que la proliferación de leyes especiales se apropia de hipótesis de incidencia específicas, regulando relaciones jurídicas con carácter exclusivo, vaciando la materia codificada y expresando principios que asumirán carácter general. Y, por esta razón, las mismas leyes especiales adquieren un carácter general contrario al Código, que perderá su naturaleza de regulador general del sistema, quedándole una función meramente residual, es decir, de regulador de las relaciones jurídicas de aquellas personas que no pertenecen al grupo en favor del cual fue aprobada la ley especial.⁸⁰

Varela atribuyó esa modificación en la orientación legislativa básicamente al fenómeno del asociativismo, sin embargo también reconoce cierta importancia a la prevención de regímenes totalitarios, lo que exigiría una toma de posición en la misma constitución, ley suprema del ordenamiento jurídico. Las personas en la actualidad ya no luchan por sus intereses frente al Estado o a otros individuos aisladamente, sino que buscan organizarse y concertar sus fuerzas alrededor de intereses fundamentales. Fenómeno éste que se inició en el movimiento operario, se transmitió a los empleados, partidos políticos, inquilinos, feministas, y así tenemos hoy a los *niños de la calle* (en Brasil); los "homeless", los "African-American", los latinos (en EE.UU.), etc., en un proceso que, en palabras del citado autor, amenaza la unidad misma del Estado, con la autonomización y la consiguiente disgregación de las regiones que lo integran.⁸¹

Se haya aquí presente aquella noción de Irti de la ley como contrato entre el Poder Público y los grupos con capacidad de presión, que éstos utilizan como manera de interferir con los objetivos que debe buscar el Estado, con el fin de proteger sus intereses y prerrogativas privadas o colectivas⁸².

alcance. Ello sólo podría ocurrir a través de un redescubrimiento de principios hoy perdidos de vista (en la doctrina francesa!), como, por ejemplo el de la buena fe. En su opinión el Derecho del Consumidor tiene características particulares y abarca situaciones muy específicas, por lo tanto, debe permanecer restringido al área de influencia que esta llamado a disciplinar, es decir, el consumo.

⁸⁰Irti (op. cit., p. 629 et seq), opina sobre el particular: "Las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían a la disciplina codificada de contenido y expresan principios que asumen un carácter decididamente general. [...] Al código civil no se le puede reconocer [...] valor de derecho general, de sede de principios que serán desarrollados y especificados en leyes externas.[...] El código civil sufre de esta manera una alteración de su función: de derecho general pasa a convertirse en derecho residual. [...] las leyes especiales, se transforman en estatutos de grupos, dejando al código civil la regulación de las relaciones de sujetos que son extraños a los miembros de una categoría determinada".

⁸¹Dice Varela (op. cit., p. 512): "Así se creó, en la preparación, en la elaboración y hasta en la ejecución de las leyes, un cuadro de relaciones totalmente distinto de aquél que caracterizaba al Estado liberal y hasta manifiestamente hostil, en ciertas áreas, a la codificación del Derecho".

⁸²Para Irti (op. cit., p. 632), la crisis del Código Civil es la crisis del ciudadano frente a los grupos sociales.

3.3 El caso portugués

En cuanto a la evolución del sistema jurídico portugués, también éste siguió las líneas maestras trazadas por el Derecho Italiano, apenas la tercera fase, la de descodificación, llegó con retraso. Así, la primera fase de apogeo del Código Civil portugués de 1867, profundamente comprometido con la doctrina liberal decimonónica de protección de la propiedad privada, duró también hasta la Primera Guerra Mundial.

Luego del primer gran conflicto mundial, se intensificó la producción legislativa al margen del Código, en materias que no se diferenciaban de las mencionadas con relación a Italia. Asimismo, lo que atrasó el proceso de descodificación del Derecho en Portugal fue la edición del nuevo Código Civil portugués de 1966, que intentó otorgar sistematicidad a la legislación desperdigada vigente al momento de su sanción y reconquistar ciertas materias bajo la esfera de influencia reguladora del Código. Por ser dicho estatuto más actual que el italiano de 1942, se valió de doctrinas jurídicas más modernas y operó bajo otra realidad social y legislativa, por ello, tardó más tiempo en desnaturalizarse.⁸³

Rasgo común de los procesos descodificadores italiano y portugués es el desplazamiento del ordenamiento jurídico hacia la Constitución, que en el caso de Portugal data de 1976. La nueva Carta Magna lusitana, antes que delinear la organización política del Estado, quiso enunciar los principios fundamentales de la nueva sociedad civil que el Estado Social pretendió imponer en lugar de la sociedad burguesa del siglo XIX.⁸⁴ En consecuencia, en el capítulo de los derechos, libertades y garantías personales, la nueva Constitución regula una serie de derechos que tienen sus raíces en el Derecho Privado (por ejemplo, vida, imagen, reputación, intimidad). Además de consagrar un verdadero estatuto jurídico del trabajador subordinado, consagra la interferencia del Estado en la actividad económica y en la actividad privada - reforma agraria -, permite el control de precios como defensa del consumidor y legitima el poder fiscal del Estado. En síntesis, desplaza en favor de la Constitución el centro neurálgico del ordenamiento jurídico.⁸⁵

⁸³El Codice Civile de 1942 llevó mucho más lejos que el Código Civil portugués de 1966 la tendencia a la absorción de la legislación civil en el Derecho Privado: regula, por ejemplo, las relaciones laborales, los títulos de crédito; cosa que no hizo su par portugués. Además, publicado entre Guerras, el Codice Civile fue mucho menos dable que el portugués a considerar el espíritu de los nuevos tiempos.

⁸⁴En tal sentido, ver: VARELA, op. cit., p. 520.

⁸⁵En un reciente artículo, intitulado *Droit constitutionnel et droit civil: de vieilles outres pour un vin nouveau*, Bertrand Mathieu propugna la existencia de un *Derecho Constitucional Civil* ("droit constitutionnel civil"), que estaría formado por normas identificables y con vocación de aplicación al mundo fáctico, defendiendo, inclusive, un control de constitucionalidad difuso por parte de los jueces ordinarios franceses, quienes serían libres de derivar principios axiológicos de la Constitución. Agrega que la oposición entre Derecho Civil y Derecho

También existe total conformidad entre el Derecho portugués y el Derecho italiano en lo que se refiere al aumento de la producción legislativa por separado.

Una tercera identidad entre ambos sistemas citados es la tendencia en favor de la legislación sectorial, la que Varela califica como *preocupante*⁸⁶. Estos verdaderos microsistemas se subordinan a reglas propias, sin preocuparse en la correspondencia con estatutos vecinos. Y es en tal coyuntura que se ven amenazadas la unidad y la cohesión del sistema, donde el poder del Estado se diluye frente a los grupos de presión.⁸⁷ Se llega a decir que, en verdad, la crisis no es sólo de los Códigos, sino de la ley, porque nace de la amenaza de desmembramiento del propio Estado. Estado que ya no se condice más con una concepción liberal de mero árbitro de los actores sociales, sino que se trata de un Estado intervencionista en los ámbitos económico, social y cultural, que tomó para sí la función de promotor del bien común y de garante de la justicia social.⁸⁸

Constitucional es antigua y desactualizada, y lo mismo vale para la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado (éste último con una marcada tendencia a desaparecer). Para llegar al concepto de *Derecho Constitucional Civil*, el citado jurista parte de la constatación fáctica de la imposibilidad del Derecho Civil de vencer las barreras a las que se enfrenta en la actualidad, así como el hecho de que el Derecho Constitucional no tiene más como objeto único la organización del Estado y del poder público, sino que ahora incluye normas típicas de Derecho Civil y Administrativo. La evolución del Derecho Constitucional fue tardía en Francia, precedida por las Constituciones portuguesa y española (*Revue Trimestrielle de droit civil*, n. 01, p. 59 et seq., 1994). Sobre constitucionalismo de valores, ver: PECES-BARBA, Gregorio. Un estudio de derecho y política. En: *La constitución española de 1978*. Colección El Derecho y el Estado. Valencia: Fernando Torres Editor S/A, 1984, p. 35 et seq.

⁸⁶Dice Varela (op. cit., p. 524): “Son muchos los dominios en los que la ley no se dirige al ciudadano, al individuo indiferenciado, [...] sino a los trabajadores subordinados, [...] agricultores [...] funcionarios públicos, militares, magistrados, docentes, bancarios, consumidores [...] no para solucionar problemas privativos de cada clase sino para regular, también, cuestiones comunes a otras personas”.

⁸⁷Ver: VARELA, op. cit.

⁸⁸Varela (op. cit., p. 527 et seq.) opina que, si el hombre es el verdadero centro del ordenamiento jurídico, el lugar propicio para la proclamación y definición de sus derechos inherentes sería el Código Civil y no la Constitución. Señala que insertar una declaración de derechos de tal naturaleza en el texto constitucional da la condenable impresión de que el Estado pretende imponer sus ideas políticas, económicas y sociales a la vida privada de los individuos o que tales derechos representa un concesión estatal. Sobre este punto el autor pareciera equivocarse, pues, en primer término, el espacio propicio para los derechos fundamentales de la persona humana, a pesar de que en un primer momento histórico hayan sido consagrados a través de declaraciones de derechos humanos, es y siempre fue la Constitución, la que pasó a incluir aquellas sin nunca renunciarlas. Sobre este tema, ver: RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Presses universitaires de France, 1973. En segundo término, el eminente jurista pareciera ignorar el concepto de poder constituyente originario, o sea, lo escrito en la Constitución no deriva del Estado, sino de la misma sociedad (ver FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva). Finalmente, pareciera también confundir los conceptos de derechos fundamentales — inherentes a la persona humana como tal — y derechos políticos, es decir, de participación política — otorgados por el Estado como manifestación de soberanía (sobre essa distinção, ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Saraiva, 1967).

3.4 El Derecho brasileño

El sistema jurídico brasileño del siglo XIX sufrió la gran influencia del Derecho portugués de la época, en función de las Ordenanzas portuguesas que se encontraban vigentes en Brasil hasta la publicación del Código Civil de 1916.⁸⁹ El centralismo jurídico portugués transplantado en Brasil sólo podía culminar en la promulgación de un Código Civil regulador de toda la realidad jurídica.

No existe ningún texto al respecto, pero el inicio del período descodificador en Brasil, para quien crea en éste fenómeno jurídico, puede remontarse a la Constitución Brasileña de 1934, al enunciar, en el ítem “17” del art. 113, que el derecho de propiedad no podrá ser ejercido contrariando el *interés social colectivo*. O, como comúnmente se afirma, en la nueva Constitución Republicana de 1988, con sus diversas normas programáticas y la multiregulación jurídica de áreas como el Derecho de Familia, del Trabajo y Procesal.

La verdad es que, con posterioridad a la Constitución de 1934 con su principio de que la propiedad obliga, diversas leyes especiales fueron sancionadas en Brasil de acuerdo con la concepción social de la propiedad, en contradicción con la disciplina del Código Civil, como por ejemplo, el Estatuto de la Tierra (1964), responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor y a los bienes o derechos de valor artístico, histórico, turístico y paisajístico (Ley nº 7.437/85).

En el Derecho de Familia, las transformaciones fueron también radicales: capacidad plena de la mujer casada (Estatuto de la Mujer de 1962), admisión del divorcio (Enmienda Constitucional nº 09/77 y Ley nº 6.515/77) y de la adopción plena (reciente Estatuto del Niño y del Adolescente, de 1990, que substituyó el Código de Menores de 1979).

En el Derecho Contractual, hubieron importantes alteraciones: locación de inmuebles urbanos (Ley de Locación de 1979 y de 1991), promesa de compraventa (DL 58/37, Ley nº 649/49 y actual Ley nº 6.766/79), enajenación fiduciaria en garantía (DL 911/69) y reserva de dominio (CPC/73).

⁸⁹Dice Clóvis do Couto e Silva: “A partir de las Ordenanza Afonsinas, Portugal pasó a tener una legislación unitaria y centralizada. La filosofía que impregnó las Ordenanzas a partir de la primera, las Afonsinas (1446 ou 1447), coordinación de la legislación, al tiempo en que ya se manifestaba la decadencia del derecho local y consuetudinario, fue mantenido por las posteriores Ordenanzas Manuelinas y Filipinas”(COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da AJURIS*, n. 40, p. 130)

Es en éste contexto de descodificación, o de constitucionalización, que se inserta el Nuevo Código Civil (NCC) de 2002. ¿Estará el mismo condenado al fracaso en su rol central dentro del ordenamiento jurídico de Derecho Privado ante la mayor fuerza de la Constitución? Es dable creer que no. Aunque la Constitución constituya, desde Kelsen, la cima de la pirámide del sistema jurídico, siendo la gran referente en materia hermenéutica, la verdad es que el Código Civil aún en la actualidad mantiene su papel de eje fundamental del Derecho Privado (a pesar de haber existido un proceso de descentralización jurídica todo a lo largo del siglo XX).

4. La recodificación en la era de la descentralización jurídica

El fenómeno de multiplicación legislativa de posguerra, con la reglamentación de institutos mediante leyes nuevas, según principios propios y ajenos al Código Civil, es un hecho innegable. Efectivamente, diversas son las leyes especiales que actualmente imponen sus principios frente a los de los Códigos. Hay, inclusive, ejemplos concretos de esa realidad en Brasil: nueva Ley de Locación de 1991, Ley de Defensa del Consumidor de 1990, Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990. Que la Constitución Federal debe ser la cima del sistema jurídico es algo, desde la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, admitido. Sin embargo, la interpretación de dicha modificación en la orientación legislativa puede ser hecha desde un ángulo diferente al propuesto por el civilista italiano citado previamente, que implica la destrucción de la idea de Código como eje del sistema privado, ante la cual la perspectiva defendida por Couto e Silva⁹⁰, parecería ser la correcta.

El eminente profesor de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul entiende que las distintas leyes aisladas sancionadas con posterioridad al Código Civil brasileño, lo que puede ser extensible a cualquier Código del mundo, particularmente aquellos dotados de una parte general, no son incompatibles con la idea misma del Código. Al contrario, según Couto e Silva, la idea moderna de Código es fundamental, pues aún desde la perspectiva de evolución hacia los microsistemas, no puede el ordenamiento jurídico convivir sin un mínimo de orden y unidad (que no es dado por la Constitución), pues si no fuere así se perdería de vista la idea del Derecho como sistema - noción imprescindible para la dogmática jurídica y resultado de siglos de evolución de la ciencia jurídica.

Lo que dichas leyes especiales realizaron en los hechos fue la desmitificación del Código, o sea, la de aquella 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

⁹⁰COUTO E SILVA, op. cit.

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 sistema⁹¹. Al decir de Michele⁹², lo que murió fue la idea del Código decimonónico, no la idea del Código.

Ello no quiere decir que el Código de 1916 no ha *envejecido*⁹³ en muchos de sus institutos. A decir verdad, muchas materias previstas entonces ya no tienen aplicación práctica. Las reglas que ya no están vigentes se retrotraen a la sociedad del siglo XIX, muy distinta de la sociedad de masas de hoy;⁹⁴ hasta la misma referencia cultural se alteró⁹⁵. Por ello, incluso aquél Código fue sustituido por otro más actual, el de 2002, de Miguel Reale, demostrando la fe del legislador en el rol fundamental del Código Civil como eje del Derecho Privado, aunque, en última instancia, sus disposiciones no puedan contrariar las normas constitucionales.

Irti, cuando hablaba sobre *descodificación*, lo hacía de modo diverso al de Couto e Silva, llegando a afirmar que el fin de la era de la codificación implicaba la superación de aquél modo de pensar que veía al Código como centro del sistema, alrededor del cual circularían las leyes especiales⁹⁶. Y fue más allá al decir que, “[...] el regreso al código civil [...] esta excluido para siempre” (radicalismo que atenuará y modificará posteriormente); “[...] la consolidación crea microsistemas de normas, dotados de lógica autónoma y orgánica”⁹⁷. Y remata aseverando que esta muerta la época en la que el Código Civil se situaba en el centro del sistema alrededor del cual giraban las leyes

⁹¹Concluye Couto e Silva (op. cit., p. 148-149). “Lo importante es dotar a la sociedad de una técnica legislativa y jurídica que posea unidad valorativa y conceptual, a la vez que infunda en las leyes especiales tales virtudes, permitiendo a la doctrina poder intergrarlas en un sistema, entendido como sistema abierto [...] *el derecho [...] exige un núcleo valorativo y una técnica común en el Código Civil y en las leyes especiales. [...] Hoy más que antes, se imone la existencia de un CC como elemento indispensable para preservar la unidad ideal del mismo derecho privado [...] El CC, como código central, es más amplio que los CC tradicionales. Es que su lenguaje es otro y contiene cláusulas generales [...]*”

⁹²GIORGIANI, Michele. La morte del codice ottocentesco. *Rivista di diritto civile*, parte 01, p. 52, 1980.

⁹³GIORGIANI, op. cit.

⁹⁴Sobre el envejecimiento del código decimonónico por la alteración del ambiente cultural, así como de la civilización a la que estaba llamado a disciplinar, ver: GIORGIANNI, op. cit., p. 53.

⁹⁵Aun muy discutida actualmente es la cuestión de si estamos viviendo en la posmodernidad o si aún permanecemos en la modernidad. Sobre este tema, ver: ROUANET, Sérgio. *A razão cativa*. [S. l.]: Brasiliense.

⁹⁶IRTI, Natalino. Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema). *Rivista di diritto civile*, n. 02, p. 141 et seq., 1979.

⁹⁷Idem, p. 144.

especiales. A su entender, éstas son las que se tornan generales y los códigos residuales.

El maestro italiano creía, inicialmente y al contrario de Couto y Silva, que la Carta del Trabajo fascista y, después, la Constitución de 1948 eran los centros en torno a los cuales giraban las leyes ordinarias, entre éstas los Códigos. Y, siguiendo dicha línea, podría ser combatido el principal argumento en el que se basa Couto e Silva para sustentar la necesidad de un Código aún en el presente: de que la Constitución y no ya el Código Civil serviría como eje central del sistema.

Todavía no parece posible desentenderse de la Parte General del Código Civil ni de las obligaciones y contratos, categorías conceptuales indispensables para la aplicación de las leyes especiales - por ejemplo, para determinar la capacidad para realizar negocios jurídicos, o el concepto de persona, o los derechos de la personalidad. ¿Por qué descartar 2.000 años de evolución de la dogmática jurídica civil? ¿Qué tiene tan bueno la Constitución de 1988 para que nos olvidemos de la buena técnica civilista? ¿Por qué destruir la dogmática de la propiedad, del contrato, de la responsabilidad en nombre de vagos principios constitucionales?

El propio Irti, en un artículo más reciente⁹⁸, ya no considera a nuestra era, la de fines del siglo XX, como la de la descodificación, sino, al contrario, como, posiblemente, la de la *recodificación*. Ello porque el jurista italiano ve ahora los fenómenos de descodificación y recodificación como categorías históricas y no lógicas, por ende, mutables. El primer fenómeno presupone que la unidad del ordenamiento proviene de la Constitución, y el segundo, del Código Civil. En éste sentido, es posible hablar de dos Irti para expresar la relativización del pensamiento sobre la descodificación, insertándolo en el proceso histórico y proponiendo la recodificación también como necesidad histórica.

Ello tiene una explicación que el mismo jurista italiano siguió. Hubo, en las décadas ochenta y noventa - por tanto, posteriormente a la época en que Irti escribió sobre la descodificación -, una modificación en la formulación de las políticas de gobierno de los países desarrollados, dejando de lado la promoción del bienestar y con rasgos marcadamente liberalizadores, que implica una reformulación del concepto de Estado (antes social, ahora nuevamente liberal o si se prefiere neoliberal).

El jurista italiano entiende que el Estado contemporáneo no es más aquél interventor de la posguerra, sino un Estado que sufrió las influencias de la caída del Muro de Berlín, del fin de los regímenes políticos de Europa del Este, el

⁹⁸IRTI, Natalino. I cinquant'anni del codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, n. 03, p. 227 et seq., 1992.

triunfo del capitalismo y de la economía de mercado, redescubriendo su función meramente *reguladora*; es decir, la de un poder público empapado en la *ideología privatista*, que obliga al Estado a dar mayor autonomía a la iniciativa privada, limitándose apenas a regular el libre juego del mercado.⁹⁹

Irti observa hoy una Constitución italiana (1948) en debate y de inminente reforma, por lo tanto, amenazada como fuente de estabilidad de las relaciones jurídicas. En cuanto al Código Civil aparece éste como una *virtud unificadora*, estableciendo un Derecho común entre las personas, consecuentemente, aventando la dicotomía entre Derecho común y especial, entre ley de la sociedad civil y de los negocios. En fin, propone la unidad del Derecho Privado, lo que ya hiciera Clovis do Couto e Silva hace muchos años y Teixeira de Freitas en el siglo pasado.

Por ello, en ésta nueva incursión, Irti acaba yendo al encuentro de Sacco¹⁰⁰, o sea, del hecho que la codificación no está muerta. Éste último puso de manifiesto que 40 Códigos Civiles fueron promulgados después de 1948. Y, además de dicho hecho concreto, por sí sólo significativo y contrario a la idea de que los códigos están muertos, refiere que, en el XI Congreso organizado por la Academia de Derecho Comparado, realizado en Caracas en 1982, con participantes venidos de Alemania, EE.UU., Francia e Italia, entre otros países, se defendió la actualidad y vigencia de los Códigos.

Con una argumentación muy pertinente, Irti dice que es sustentable la idea de codificación a través de una doctrina homogénea y de prestigio, capaz de proponer nuevas interpretaciones a las disposiciones legales desactualizadas, permitiendo la penetración en el sistema jurídico de nuevas construcciones teóricas pero a la vez consustanciadas con la realidad fáctica. O bien, la codificación podría ser el resultado de imposiciones de un poder político fuerte con intención firme. O también, finalmente, podría ser el resultado de una jurisprudencia activista y sabia, rumbo a la consolidación.

Sacco, descartando las últimas dos hipótesis en lo que respecta al caso italiano, realiza una dura crítica de la doctrina italiana defensora de la

⁹⁹Irti, ve al mercado como instituto jurídico y no como un campo de la economía, siendo por tanto incluso objeto de leyes aisladas. Separa la compraventa del campo de los contratos, de la idea del individuo concreto, y de la manifestación de la autonomía de la voluntad. Cree que la *parte contrante* se haya disuelta en una masa de consumidores portadores de necesidades homogéneas y artificiales, generadas por la publicidad. En tal contexto, ocurre un cambio de paradigma de la autonomía privada, que ya no se manifiesta en la libre realización de negocios jurídicos particulares, sino que simplemente se limita a la elección de determinado producto ofrecido, en la posibilidad de elegir entre un objeto y otro. “*Si la autonomía privada es hoy poder elegir entre las cosas, la protección jurídica de aquella coincide con la disciplina del mercado y con la defensa de la competencia*” (IRTI, Natalino, I cinquant’anni del codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, n. 03, p. 234, 1992).

¹⁰⁰SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? *Rivista di diritto civile*, parte 01, p. 117 et seq., 1983.

descodificación, que es, según su punto de vista, incapaz de proponer nuevas materias para la regulación y de sistematizar el Código con las decisiones judiciales y las leyes especiales. Y he aquí que el mencionado civilista se aproxima mucho, quizás instintivamente, a la posición de Couto e Silva, pues, a pesar de que no diga que el Código Civil debe funcionar como Código Central, defiende que las leyes dispersas deben ser integradas al sistema codificado, que no es otra que la posición del fallecido profesor *gaúcho*.

Tampoco se debe olvidar a De Cupis¹⁰¹, quien observó fallas en el sistema policéntrico (inicial) de Irti, entre las que caben destacar: (a) que los diversos principios revelados por los variados microsistemas poseen una generalidad limitada por la propia variedad y autonomía de dichos pequeños mundos independientes; (b) que es cuestionable que esos microsistemas pueden ser considerados efectivamente sistemas, más allá de que el polisistema, en realidad, no es más que un amontonamiento de fragmentos; (c) que diversas leyes especiales aún no se han consolidado de manera definitiva como para alejarse de la disciplina del código.

La conclusión es que el Nuevo Código civil está vivo, que llegó para quedarse —a pesar de que algunos de sus principios sean discutibles—, e insertarse en la era de la privatización y de la *recodificación*.¹⁰² El Código podría servir de guía para mantener la unidad propia del Derecho Privado, dejando intacta la historia escrita por los civilistas (aunque sugiriendo relecturas y eventuales quiebres de paradigmas en la regulación de algunos de sus institutos). La gran vaguedad semántica podrá ser una oportunidad para ensayar interpretaciones contemporáneas de aquellos institutos que integran la estructura del sistema capitalista en constante evolución. En éste sentido, propiedad, contratos, responsabilidad civil, en la actual era de la sociedad en red y de la globalización¹⁰³, deberán ser reconstruidos dogmáticamente a partir del sólido pilar que constituye la legislación civil y no ya sobre vagos conceptos constitucionales que fueron concebidos en un momento muy particular de la historia política brasileña.

¹⁰¹ DE CUPIS, Adriano. A proposito de codice e di decodificazione. *Rivista di diritto civile*, p. 49 et seq., 1979.

¹⁰² WILLIAMSON, Oliver. “The economic institutions of Capitalism”. Nova Iorque, Free Press, 1985, p. 15 e ss

¹⁰³ FARIA, José Eduardo. “O Direito na economia globalizada”. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 112.