

# LA DESCODIFICACIÓN COMO SÍNTOMA DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Por Juan Carlos Frontera

## I

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.

Los operadores jurídicos se limitan al estudio de la ley, la cristalización del Derecho en *corpus* facilita su formación y el acceso a la resolución de los conflictos. Abandonan la búsqueda de la historicidad y la esencia de las instituciones jurídicas. La interpretación se redujo a una tarea de comprensión lingüística o a la concatenación de normas (FRONTERA Y SOMOVILLA, 2006, 13).

Víctor Tau Anzoátegui dice: “Mientras la finalidad específica de la codificación era, para algunos, tan sólo obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes, en cambio otros, dentro de una infinita gama de matices, llegaban a considerar que la reforma debía transformar radicalmente el método y los principios del antiguo derecho...” (TAU ANZOÁTEGUI, 1977, 19).

Así, el código asume la forma misma de la modernidad, que se diferencia de lo anterior, del mundo medieval que la precede, por su identificación temporal; y al mismo tiempo se proyecta hacia el futuro (THURY CORNEJO, 2003, 257).

Simboliza el Derecho en sí mismo. Codificar aparece como una operación de ordenamiento simbólico. El hombre ve en el *corpus* normativo el símbolo del orden, una construcción racional. El cuerpo puede reflejar los fines buscados por los codificadores e identificarse con él hasta simbolizarlo, ya sea se trate de la gloria del poder que lo ha hecho aprobar o bien de una de las ideas filosóficas fundamentales que lo ha inspirado (CABRILLAC, 2003, 237-239).

La fijación del Derecho se expresa en mecanismos que lo cristalizan, lo reúne en un cuerpo legal en forma sistemática. La cristalización implica la pérdida del dinamismo de lo jurídico. Estos mecanismos son propios de la técnica legislativa no de la ciencia jurídica, lo que acerca la conclusión que la nueva concepción del Derecho es en alguna medida producto de esa fijación (FRONTERA Y SOMOVILLA, 2006, 13).

## II

El Derecho es visto, a través del tiempo, de distintos puntos de vista. Pero estos modos de concebir la naturaleza o esencia de este sistema puede reducirse a tres: hay quienes los consideran un conjunto de normas sancionadas por autoridad competente; otros centran su atención entorno al reconocimiento y aplicación efectiva de esas normas en la realidad de las relaciones humanas; y por último están quienes tratan de adecuar su contenido a un ideal de justicia y a otros valores que le dan un fundamento ético. En el primer caso se hace referencia al Derecho positivo, en el segundo al Derecho vigente, y en el tercero al Derecho justo. Las teorías sustentan diversos enfoques: el positivismo, la sociología, y el *iusnaturalismo* (ZORRAQUÍN BECÚ, 1992, 472).

Es un fenómeno social que tiene por protagonistas, por decir así, a la sociedad toda. La ciencia del Derecho es un producto cultural creado por sus científicos, es decir, por los juristas. Su objeto es justo o injusto, democrático o autocrático, centralizado o descentralizado, etc. A las proposiciones que constituyen la Ciencia del Derecho – los juicios que acerca de su objeto emiten los juristas- no les caben esas predicaciones. De ellas se puede decir, en cambio, que son verdaderas o falsas. El Derecho es algo que hacen los legisladores, los jueces, los funcionarios y todos los ciudadanos. La Ciencia del Derecho es algo que hacen los juristas (CARRIÓ, 2003, 111).

En nuestro medio se cree que es posible tratar científicamente el objeto Derecho. Dicha creencia –en el sentido que Ortega y Gasset da a la palabra- no es, empero, universalmente compartido. Un vasto sector de Occidente –aludimos al mundo anglosajón- no está tan firmemente instalado en ella. Opera allí la convicción de que los juristas no son hombres de ciencia en sentido estricto, sino técnicos, es decir individuos especialmente adiestrados en el uso de la herramienta de paz social que llamamos Derecho. Por supuesto que esa técnica, como todas las técnicas, está subordinada a un saber científico en el que debe apoyarse para actuar como fruto. Pero las ciencias que irrigan el saber técnico de los juristas son una cosa muy distinta de nuestra Ciencia del Derecho. Entre ellas se cuentan la Sociología, la Psicología Social, la Economía Política, la Historia y, en general, todas las disciplinas que se ocupan de la sociedad y del hombre en tanto que ente social (CARRIÓ, 2003, 111-112).

El positivismo legalista presentó a la ley como expresión de la soberanía estatal, dio una imagen de que el Derecho se encuentra separado de las manifestaciones culturales y sociales.

Esta disociación, de lo jurídico y metajurídico, provocó la cristalización del Derecho a través de la dogmática codificadora, inmovilizándose los contenidos normativos del fenómeno jurídico. Aún corrientes positivista, pero no legalistas, concibieron a la norma jurídica como inmóvil y a los demás elementos del fenómeno jurídico como dinámicos.

El Derecho hoy es un instrumento de la autoridad del Estado, expresándose a través de la ley, del acto administrativo, o de la sentencia judicial, manifestaciones que indican un distanciamiento entre el ente productor y la comunidad de destinatarios (GROSSI, 1996, 40).

Se identifica la producción del Derecho con el legislador, separamos al fenómeno jurídico de la realidad social. Así, se pierde la noción de historicidad como elemento esencial del Derecho. Es difícil

encontrar un hecho humano que esté desvinculado de su contexto social e histórico, son dos magnitudes a las cuales debemos recurrir imprescindiblemente para su comprensión (LEVAGGI, 2004, 1).

Paolo Grossi afirmó que el Derecho no es solamente producto de la macroentidad estatal, sino ante todo el de un haz ilimitado e ilimitable de estructuras sociales dentro de las cuales pueden encontrar un lugar, bajo ciertas condiciones, tanto la comunidad internacional como una confesión religiosa, tanto la familia como la así llamada sociedad criminal, como las más variadas coagulaciones denominadas privadas (GROSSI, 1996, 41).

Entender al fenómeno jurídico solo a través de las fuentes formativas es reductista y unilateral, formalizar lo jurídico cristaliza su contenido. El auto-encerramiento jurídico en normas generales genera una situación de rigidez. La crisis de los postulados dogmáticos son productos de la historicidad del Derecho, ya que no se puede encorsetar a aquello que pertenece a la sociedad civil, la cristalización jurídica no puede cercenar su propio devenir.

En cada estudio se debe descubrir la columna vertebral de las instituciones, desde sus orígenes, fijando sus momentos principales y su desarrollo, que explican su estado actual (LEVENE, 1985, 16).

Paolo Grossi dice: entre historicidad y sistema encuentra idealmente su ubicación en el universo jurídico recorrido por una íntima contradicción, y aquí está el privilegio y el drama del jurista, mediador entre la historia y los valores, necesariamente aprisionado en una doble disponibilidad según la complejidad de su objeto cognitivo (GROSSI, 1996, 43).

La Historia del Derecho está referida a las necesidades y a la situación del presente de quien se construye dentro de un ambiente. Los hechos históricos se mantienen en un proceso constante de elaboración, bajo nuevas perspectivas e incluso con nuevas herramientas metodológicas. El método que tiene por fin el proceso científico de reconstrucción de hechos jurídicos pasados.

*La investigación histórico-jurídica tiene por objeto la recreación intelectual de un hecho del pasado en el campo del derecho, para comprender sus causas, su desarrollo, su naturaleza y sus efectos.*

*Víctor Tau Anzoátegui dice que la historia se ocupa de objetos reales pretéritos hoy inexistentes, y pretende llegar a conocer cada objeto tal cual existió, no tal cual pudo ser o tal cual debió ser (TAU ANZOÁTEGUI Y MARTIRÉ, 1999, 5).*

*El objeto de la historia es un hecho pasado e irreversible, que ha estado en el tiempo pasado y en el espacio, pero que ya no es.*

La historicidad requiere del jurista un análisis complejo para la determinación de la materia objeto de investigación. El dinamismo del Derecho no puede ser reducido o limitado por la técnica jurídica.

Dice Ricardo Zorraquín Becú: "...El Derecho no es un sistema estático. Precisamente en esto radica la esencia de su historicidad. El Derecho se transforma lenta y parcialmente a lo largo del tiempo. Nunca ocurre un cambio total. Pero sí podemos contemplar cómo aparecen nuevas leyes, nuevas interpretaciones, nuevas doctrinas, que modifican alguna parte del sistema jurídico o le agregan elementos que antes no existían..." (ZORRAQUÍN BECÚ, 1992, 475).

Es comprensible la preocupación de algunos de asegurar un orden social firme y estable, susceptible de ser reducido a un conocimiento racional, pero sería inútil fundar ese orden sobre la falsa premisa de la inmutabilidad de las condiciones de vida (LEVAGGI, 2004, 1).

La relación entre la sociedad y el Derecho es de permanente búsqueda de equilibrio, pues la dinámica de la primera está frente a la cristalización de la ley. Las condiciones de vida de las comunidades cambian, y los textos deben ir adaptándose a las nuevas situaciones. La ley debe entenderse como una expresión del Derecho vivo, y no como el Derecho mismo. Lo jurídico convive con el hombre en forma dinámica y no estática.

Disociar Historia y Derecho es cegar al fenómeno jurídico, el jurista que no entienda la propiedad histórica del Derecho no comprenderá lo que está observando en su completa dimensión. La historicidad del Derecho representa el camino desde el pasado al presente de las relaciones entre los hombres (GUAGLIONI, 1971, 30).

### III

En el ámbito específico de la codificación comienza a darse un proceso centrífugo, por el cuál los poderes legislativos dictan numerosas leyes especiales que escapan a la disciplina del código. El fenómeno responde en parte al proceso de juridificación, que es una consecuencia tanto del desarrollo del estado de derecho como de las cambiantes relaciones entre Sociedad y Estado. El Derecho asume una nueva función en el manejo de los asuntos públicos y, donde había libertad ahora hay metas y significados (THURY CORNEJO, 2003, 259-260).

La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar central producida por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógica propios.

En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasa a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales. Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al código diferentes materias para regularlas de forma diferente (FRONTERA, 2007, suplemento USAL).

El proceso descodificador, para el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, puede darse de tres maneras: desde lo formal, desde lo material, y desde lo material y formal. La formal se da por medio del Derecho especial, a través de leyes extravagantes o novelas, la material por medio del Derecho singular, a través de leyes modificatorias del código, y la material y formal, por el Derecho singular también, mediante leyes extravagantes. En su opinión, la verdadera descodificación es la material, ya sea ésta formal o no formal.

La descodificación material incide en la lógica del sistema jurídico, incluido el código. La formal, altera la técnica codificadora de reunir en un solo cuerpo a todo el Derecho de la materia respectiva. Si

bien la formal produce la proliferación de leyes extravagantes al código, no quiebra la *ratio* del sistema. En este aspecto el sistema se compone del código más las leyes extravagantes de Derecho especial o nuevo.

Que una ley modificatoria introduzca dentro del código un Derecho especial o nuevo, bien correctorio, alternativo o derogante, no es descodificación. Constituye una operación diversa que se puede denominar revisión del código. El volumen total de la legislación externa de Derecho especial, singular y nuevo, respecto al código puede en algunos casos superar el volumen del cuerpo legal (GUZMÁN BRITO, 1993, 49).

Una descodificación amplia y profunda, para el jurista chileno, consiste en el nacimiento de un nuevo Derecho civil, requiere una diversidad de nuevos derechos civiles en microsistemas, lo cual significaría ir en contra la lógica y los principios de la doctrina tradicional.

Ricardo Luis Lorenzetti, en torno a la descodificación y a la fractura del Derecho civil, dijo que el código comparte su vida con otros códigos, con microsistemas jurídicos y con subsistemas. El código perdió su centralidad y fue desplazado progresivamente.

La erosión del código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sociales sólo pueden hacer que surja de combinar tales reglas. La existencia de un *corpus* permitió el diseño de principios generales e instituciones que se aplican a las relaciones privadas en general. Su campo de actuación no sólo se extendió a las leyes análogas sino a leyes fuera del Derecho privado.

Es habitual que el cuerpo normativo organice su material en función de objetos de regulación, pero su problema fundamental es la profunda desconexión que existe entre todos estos microsistemas. Cada uno crece y se desarrolla con una gran autonomía. Este fenómeno de independización es una nueva sistematización, en la que la norma de Derecho privado "ordenadora" se instala en un nivel superior (LORENZETTI, 1994, 724-740).

Abelardo Levaggi señaló que los códigos de Derecho privado se encuentran erosionados por leyes especiales singulares que producen microsistemas y dan paso a la descodificación. El nuevo proceso centrífugo, de desconcentración de normas, policéntrico, se manifestó principalmente en: a) regulación de leyes especiales, b) internacionalización del Derecho, y c) ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del Derecho. Este fenómeno es tomado en sentido negativo por aquellos que siguen atados a los conceptos del siglo XIX, y en sentido positivo por aquellos influidos por el historicismo (LEVAGGI, 2004, 220).

Opino que no es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto. No se lo debe reducir a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de fundamentación formal o material (FRONTERA, 2003, 157-167).

El proceso implica la pérdida o erosión de la cultura y la idea de centralidad del código. Es necesario, para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante (FRONTERA, 2007).

La existencia de una norma fuera del sistema del *corpus*, sea modificatoria o nueva, especial o singular, puede acarrear la erosión del código y la consecuente descodificación, con la pérdida de la centralidad. Los autores señalados analizaron el fenómeno en materia de Derecho privado, pero el fenómeno no alcanza solo a este sino también al público.

El normativismo, hoy predominante, ha tenido que lidiar con el dinamismo jurídico, la necesidad de la especificidad legislativa o las nuevas situaciones dan como resultado un crecimiento legislativo, es impensable cuerpos legales que no deban ser renovados.

Esta tendencia ha vinculado la producción del Derecho con los órganos del Estado, haciendo de él una realidad formal, asumiendo el ordenamiento jurídico un carácter meramente legislativo (GROSSI, 1996, 40).

#### IV

Abelardo Levaggi dice: "La historicidad del Derecho se percibe con claridad en las instituciones jurídicas. Éstas se hallan en permanente transformación, sea ella lenta o veloz. En su devenir, las instituciones alcanzan la plenitud cuando logran equilibrar su estructura interna (normatividad) con el ambiente externo (condiciones sociales). En ese momento son vigentes realmente: "viven" en el ámbito de las conductas humanas, tienen la fuerza necesaria para configurar esas conductas (LEVAGGI, 2004, 3).

Pero el equilibrio no es estable. Normalmente, empieza a alterarse como consecuencia de la variación de las condiciones sociales y de la estructura interna. Hay una ley de estabilidad que pesa sobre las instituciones y que tiende a cristalizarlas, impidiéndoles, en principio, toda posibilidad de adaptación... El desequilibrio producido no puede mantenerse en forma indefinida... La sociedad necesita del Derecho, y no lo es la letra muerta. De allí que busque el restablecimiento del equilibrio."

*¿Cuándo se separó la actividad del iushistoriador del jurista? Abelardo Levaggi dice que mientras se mantuvo vigente el viejo derecho anterior a la codificación, la actividad del historiador del derecho se confundió con la del jurista. Tanto interés tenía el uno como el otro en las mismas fuentes (LEVAGGI, 2004, 4).*

*Al renovarse la legislación, con motivo del proceso codificador, los campos se deslindaron. El jurista puso su atención en el presente, el historiador del derecho en el pasado. Así la historia del derecho pudo concentrarse en su objeto y en su problemática jurídica.*

*El jurista abandonó la esencia de las instituciones jurídicas, son para él un conjunto de normas. El Derecho se vio reducido a una técnica legislativa e interpretativa. El fenómeno jurídico fue concebido como un ente estático.*

*La pérdida de la justicia como rectora del jurista en la solución de conflictos. La ley como fuente principal en la producción y en el conocimiento del Derecho. Dejan al práctico jurídico como un simple operador técnico.*

*El legalismo redujo a la ciencia del Derecho, privó a su objeto de aquellos elementos no normativos que llamó meta-jurídicos. Así su objeto quedó cercenado de la realidad social.*

*A través del proceso codificador se pretendió estabilizar y cristalizar los nuevos Derechos nacionales. Esto brindó seguridad en su aprendizaje y su aplicación. Los ciudadanos podrían acceder a él en forma sencilla ya que sus normas se expresaron en forma clara.*

*La descodificación es el síntoma de la crisis de los postulados dogmáticos codificadores. Ellos tuvieron por fin congelar al Derecho vivo en normas generales propuestas por la razón.*

*Olvidaron que eliminar o no reconocer el dinamismo, como cualidad del Derecho, es intentar momificarlo con su consecuente muerte. El Derecho a través de la descodificación muestra estar vivo. Su vitalidad proviene del ser humano individual y social.*

*El Derecho se expresa en su devenir, es un producto cultural. La descodificación es un síntoma de la historicidad del Derecho. El legislador no lo puede reducir a una norma permanente, la realidad social supera esta cristalización y reduccionismo. La técnica jurídica no reemplaza la función de la ciencia para el conocimiento del Derecho.*

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- CABRILLAC, Rémy, “El simbolismo de los códigos”, en *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003.
- CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho”, en *Academia*, Nº.2, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, Juan Carlos, *Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica*, capítulo VI, Temas de Filosofía del Derecho, t. 1, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, Juan Carlos y SOMOVILLA, Claudia Gabriela, *La codificación Civil a través de las revistas jurídicas porteñas (1870-2000)*, Buenos Aires, inédito, 2006.
- FRONTERA, Juan Carlos, “Cristalización vs. Dinamismo en los cuerpos normativos”, *Revista Jurídica “La Ley”*, 5 de julio, suplemento USAL, 2007.
- FRONTERA, Juan Carlos, “La erosión del Código de Comercio de la República Argentina”, en prensa, *IUSHISTORIA*, Nº 4, Buenos Aires, 2007.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GUAGLIONE, Aquiles H., “La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista”, *Separata*, Buenos Aires, IHD “Ricardo Levene” (UBA), Buenos Aires, 1971.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 90, Nº.2, Valparaíso, mayo – agosto, 1993.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. 1, 3 ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004.
- LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho*, 5ta. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “La descodificación y fractura del Derecho Civil”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1994 D, Buenos Aires, 1994.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1977.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1999.

- THURY CORNEJO, Valentín, “Raíces y prospectiva del proceso de codificación”, en *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003, p. 257.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho”, en *Estudios de Historia del Derecho*, t. III, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1992.