

Código Civil y dispersión legislativa

Prof. Adj. Jorge Rodríguez Russo

Profesor Adjunto de Derecho Privado II y III

I. En un notable estudio publicado en el año 1978 Natalino Irti¹ lanzó en Italia una contundente señal de alarma sobre la descodificación del Derecho Privado, producto de la creciente proliferación de leyes especiales y microsistemas, que día a día expropiaban al Código Civil materias enteras, leyes dotadas de principios y de una lógica orgánica propia, que conducen en definitiva a una verdadera *fuga* de su contenido.

El Código, concebido como la disciplina exclusiva de las relaciones jurídicas entre particulares -de ahí su significado constitucional, destacado con agudeza por Michele Giorgianni²- sufre una inversión en su función, siendo relegado a disciplina *residual* de los casos no contemplados por la legislación “especial”, proceso que no reconoce primacías históricas, ni prioridades lógicas. Las leyes especiales, apropiándose de determinadas materias y clases de relaciones, vacían de contenido a la disciplina codificada, revelando lógicas autónomas y principios orgánicos, que al principio se contraponen a los fijados por el Código Civil, pero después terminan por suplantarlos del todo, conformando ellas mismas el Derecho general de una cierta institución o de una completa materia. Se rompe así la unidad del sistema, en el cual el Código ocupaba el lugar central, pasando a ser uno más de los sistemas, pues en la cúspide se encuentra ahora la Constitución. Este quiebre, según Irti, conduce del *monosistema* fundado en el Código al *polisistema* centrado en la Constitución³, la cual, puesta al vértice de la pirámide normativa, garantiza la unidad del polisistema, vincula a uno y otro núcleo de leyes, expresa una lógica común y general. En ese contexto las leyes especiales, portadoras de lenguajes autónomos y de lógicas de sector, ya no están llamadas a desarrollar los principios contenidos en el Código, sino a realizar las directrices y criterios programáticos fijados en la Constitución. Entrados en este ciclo histórico no es lícito extraer los principios generales del Código Civil; es necesario “*romper la fascinación del Código*” -que ha perdido todo valor “constitucional”- y reconocer que la crisis de la *centralidad* del mismo es tan solo una imagen de la crisis del Estado moderno. La creación de normas especiales es el fiel reflejo de una sociedad fragmentaria que ya no refleja una común escala de valores.

¹ Irti, Natalino, *L'Età della Decodificazione*, publicado primero en *Diritto e Società* en 1978 y luego en Giuffrè, Milano, 1979. La versión castellana es de 1992, *La Edad de la Descodificación*, J. M. Bosch, Barcelona 1992, traducción de Luis Rojo Ajuria.

² Giorgianni, Michele, “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Parte I, Giuffrè, Milano, 1961, N° 4, p. 399.

³ Irti, “*Leggi speciali: del mono-sistema al poli-sistema*”, *Rivista di Diritto Civile*, II, 1979, Cedam, Padova, p. 141 y ss. *La edad de la descodificación*, p. 63 y ss.

La idea de la pérdida de centralidad del Código Civil, del declive de su primado histórico, patrocinada también casi contemporáneamente por otros autores -como Nicoló y Di Majo⁴- rápidamente se generalizó, llegando incluso a anunciarse su propia muerte, que el tiempo en que se codificaba era un tiempo superado, que asistíamos a los funerales del Código⁵.

A la unidad de la *codificación* vino a oponerse así la pluralidad, a través de la dispersión y atomización que se registra en la fragmentación de las fuentes, dando paso al fenómeno de la *descodificación* del Derecho Privado⁶ -*postcodificación* según otros⁷- en el que por cierto hay lugar para formular distinciones⁸.

Las leyes especiales, surgidas inicialmente para dar respuestas a cuestiones puntuales a las que el Código no podía proveer, con el paso del tiempo y la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas, comienzan a experimentar una transformación cuantitativa y cualitativa, puesto que no solo se multiplican considerablemente, sino que además se apartan de los principios que informan a aquél, desplazándolo en la regulación de una específica materia, adquiriendo estabilidad y consolidándose como leyes dotadas de una propia lógica interna, en torno a las cuales otras leyes completan la disciplina expropiada al Código, dando origen a un verdadero “*microsistema*”. Tal lo que ha sucedido con las leyes sobre arrendamientos urbanos y rurales, contrarios agrarios, relación de trabajo por cuenta ajena, que “después de cambiantes y frecuentes vicisitudes” “se van consolidando en cuerpos estables y autónomos”⁹.

Este proceso, que se inicia tras la segunda guerra mundial con la conversión del Estado de Derecho en Estado Social, trajo consigo un cambio en el signo de la legislación, en un esfuerzo por satisfacer las demandas generales y particulares de justicia y la especificidad de los intereses, con la consiguiente inflación legislativa, fuertes oleadas principialistas amparadas en marco neo-constitucional, crisis de la seguridad jurídica y quiebra del orden racionalizador del Derecho¹⁰.

⁴ En la colección legislativa titulada “*Codice Civile con la Costituzione e le principali leggi speciale*”, Milano, 1978, según lo indica Adriano De Cupis, “*A proposito di Codice e di Decodificazione*”, Rivista di Diritto Civile, 1979, Parte II, Cedam, Padova 1979, p. 47.

⁵ Referencias sobre el punto en Sacco, Rodolfo, “*Codificare: modo superato di legiferare?*”, Rivista di Diritto Civile, Parte I, Cedam, Padova 1983, N° 1, p. 117.

⁶ Castañeda Muñoz, José, “*Avatares del Código Civil en el último tercio de siglo. Historia de la propia descodificación*”, Cuadernos de Estudios Empresariales, N° 5, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1995, p. 35.

⁷ Así, Tomás y Valiente, Francisco, “*La Codificación, de utopía a técnica vulgarizada*”, en Códigos y Constituciones (1808-1978), Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 124 (publicado originariamente en Simbolae Ludovico Mitxelena septuagenario oblatae, Vol. 2, Edit. Victoriaco Vasconum, 1985, ps. 1451-1460). Para el autor no es que el Derecho se descodifique -antes bien todo lo contrario- sino que ya no tienen vigencia las ideas, los valores y esperanzas que animaron los Códigos del primer liberalismo.

⁸ Se distinguen tres clases de descodificación: *descodificación formal*, que es aquella que establece un derecho especial o nuevo a través de novelas o leyes extravagantes (así llamadas porque vagan fuera del Código); *descodificación material*, que establece derecho singular a través de leyes modificatorias del Código; *descodificación formal y material*, que establece derecho singular mediante leyes extravagantes. Solo la descodificación material, sea o no formal, es verdadera descodificación, porque incide en la lógica de la generalidad del sistema incluido en el Código. Cfme. Guzmán Brito, Alejandro, “*Codificación, descodificación y recodificación del Derecho Civil chileno*”, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N° 90, Santiago de Chile, 1993, ps. 48 y 49.

⁹ Irti, *La edad de la descodificación*, p. 32.

¹⁰ Cfme. Suárez Llanos, Leonor, “*El sueño de la codificación y el despertar del Derecho*”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29, Madrid, 2006, p. 223.

A fines de los noventa Mattarella describía el panorama en Italia en términos de fuerte inflación legislativa, pérdida de centralidad de los códigos tradicionales, tendencia a la descodificación de ramas del Derecho antes enteramente codificadas y ocasional recurso a los textos únicos¹¹.

Dice Busnelli¹², “nunca, como ha ocurrido en los últimos años, la idea tradicional de Código Civil había sido sometida en nuestros sistemas jurídicos a ataques tan vehementes y generalizados”. Ataques que han sido dirigidos -al menos en Italia- desde puntos de vista de naturaleza económica, política, ideológica y sistemática. Pero “el objetivo es siempre el mismo: identificar la crisis del Código Civil, subrayar su pérdida de “centralidad” en el Derecho Privado de nuestro tiempo”. El ataque más radical se funda en argumentos de naturaleza sistemática, pues la unidad del sistema, que estaba asegurada por el Código Civil, aparece comprometida como consecuencia de la irrupción frenética de leyes especiales que invaden el territorio del Código. Es cierto, dice el autor, que la dimensión de omnipoder del Código Civil se perdió; la identidad entre el Derecho Civil y el Código Civil¹³, proclamada por los primeros comentaristas del Código de Napoleón, se convirtió en una generosa utopía de la Escuela de la Exégesis.

Todo puede cambiar: los valores, los principios, las normas y las categorías generales que en un determinado momento histórico resultan vigentes; lo que no puede cambiar, según Ferri¹⁴, es la exigencia de que todo ello encuentre una orgánica composición, un momento unitario, un centro y un sistema de referencia orgánico, ordenado y ordenante.

II. Ciertamente han habido profundas transformaciones (sociales, económicas, tecnológicas, culturales, de valores, etc.) desde la sanción de los Códigos decimonónicos hasta el mundo globalizado en que vivimos¹⁵.

Entre ambos extremos del referido arco temporal la tendencia normativo-cultural de dar preeminencia a la persona humana sobre los intereses económicos condujo al desplazamiento del centro focal de la “*patrimonialización y despersonalización*” del Derecho Civil hacia la “*despatrimonialización y personalización*” del mismo¹⁶. Los Códigos Civiles decimonónicos, en total armonía con la ideología subyacente, respondían a una imagen de la persona considerada exclusivamente en su dimensión patrimonial, al extremo que ha podido señalarse que *Code de 1804* era el Código de la propiedad, de la riqueza adquirida, en tanto se ocupaba de proteger al individuo que poseyese bienes materiales, pero se olvidaba completamente de los que nada te-

¹¹ Mattarella, Bernardo Giorgio, “*Codificazione e stato di diritto*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, 1998, p. 365.

¹² Busnelli, Francesco Donato, “¿*Cómo codificar? El Método*”, p. 1, (www.andresbello.org) traducción de Mauricio Tapia.

¹³ La relación entre Código Civil y sistema no era de centralidad, sino más bien de completa identificación. Cfme. Schlesinger, Piero, “*Codice Civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*”, Rivista di Diritto Civile, 1993, Parte I, Cedam, Padova 1993, p. 404.

¹⁴ Ferri, Giovanni B., “*Contratto e Negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*”, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno 86, N° 9-12, Milano, set-dic. 1988, p. 429.

¹⁵ Francesco Galgano, *La Globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 14, traducción de Horacio Roitman y María de la Colina, señala que el Derecho de ayer era inmutable en el tiempo y cambiante en el espacio; el derecho de la sociedad globalizada, en cambio, se uniforma cada vez más en el espacio y cambia rápidamente en el tiempo.

¹⁶ Colina Garea, Rafael, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña (AFDUDC), 10, La Coruña, 2006, ps. 217 y 223-232. Sobre el punto véase también De Cupis, Adriano, “*Sulla depatrimonializzazione del Diritto Privato*”, Rivista di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1982, Parte II, p. 484 y ss.

nían¹⁷. Hoy la persona ya no puede ser contemplada solamente como titular de relaciones jurídicas, como centro de imputación de derechos y deberes, sino como el fin primordial a cuyo desarrollo integral deben ir orientados todos los instrumentos; en suma, la persona como valor institucional que se deriva de su propio valor intrínseco, de su especial dignidad, de su carácter irrepetible, de ser con propios fines que el Derecho debe respetar y proteger.

El Derecho Civil en los casi 150 años transcurridos desde la entrada en vigencia de nuestro Código Civil ha evolucionado tanto a impulsos de *nuevos valores de significación* de las normas¹⁸, que han permanecido inmutables en su estructura formal, como a instancias de *variados cambios legislativos*, muchos de los cuales están basados en otros modelos normativos o bien responden a exigencias de adaptar la legislación interna a la normativa internacional en la materia.

La constante *reinterpretación* de las disposiciones del Código Civil por obra de la doctrina y la jurisprudencia ha permitido su permanente actualización¹⁹, lográndose descubrir incluso nuevos principios, como ha acontecido con el principio general de la responsabilidad por hecho ajeno en el artículo 1324, giro copernicano que condujo a la sostener la *enunciatividad* del precepto en la órbita de este subtipo de responsabilidad objetiva. Proceso de decantación y afinamiento de los conceptos, con la identificación de los grandes principios subyacentes, que ha sido posible también merced a los atributos de generalidad y abstracción típicos de las normas codicísticas, tarea que la doctrina ha tenido a su cargo en la incesante función de aportar los conceptos y las herramientas fundamentales para la interpretación y aplicación del Derecho²⁰.

Los cambios legislativos, variados y en progresivo aumento, frecuentemente han generado problemas interpretativos y de armonización con el sistema de principios y valores del Código, careciendo además, en la mayoría de los casos, de un adecuado Derecho transitorio. Limitando especialmente el análisis a la última década podemos mencionar como ejemplo algunas leyes que incorporan nuevas figuras o nuevas regulaciones (piénsese en la Propiedad Fiduciaria, regulada por Ley 17.703²¹, o en la Unión Concubinaria, normada por Ley 18.246), o bien que disciplinan temáticas que aconsejan una parcial derogación de algunas normas del Código Civil, como el caso de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387. Esta Ley en su artículo 256 derogó más de treinta disposiciones del Código Civil (artículos 2359 a 2389), eliminando así las preferencias que como derechos reales confieren la prenda común y la hipoteca, implantando un sistema de créditos con *privilegio especial* (artículo 109), pero instalando la duda si la derogación tiene alcance

¹⁷ Referencias en Colina Garea, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, p. 231.

¹⁸ Que han permitido “*afrontar situaciones nuevas con instrumentos viejos*”, como ha dicho Giorgianni, “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, N° 1, p. 392.

¹⁹ En el ámbito del Derecho Patrimonial basta un solo ejemplo: la responsabilidad civil objetiva, tanto contractual, como extracontractual.

²⁰ Un Código no es solamente un Código; es un Código más su interpretación (Gamarra, Jorge “*Código Civil*”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009, p. 63); es un Código más las elaboraciones y reelaboraciones sin las cuales no puede ser rigurosamente entendido (Diez- Picazo y Ponce de León, Luis, “*Codificación, descodificación y recodificación*”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1992, Vol. 45, N° 2, p. 479).

²¹ Esta Ley, que regula el contrato de fideicomiso, e insólitamente comienza por calificarlo de contrato “innominado” (artículo 2, inciso 2°), genera la duda si en el fideicomiso de garantía estamos en presencia de un nuevo derecho real menor o se trata de un derecho de propiedad que cumple un fin de garantía. En su reciente libro Arturo Yglesias, al analizar la naturaleza de la propiedad fiduciaria, señala que la propiedad subsiste en un estado diferente al habitual y que el fiduciario no es más que un apoderado “a quien para darle una sensación de mayor firmeza a sus poderes se recurre a la ilusión de atribuirle algo llamado propiedad fiduciaria”. *Derecho de las Cosas*, T. III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 37.

general o por el contrario debe entenderse que sólo opera para las situaciones incluidas en su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. Porque su artículo 2º inciso 4º establece que el concurso del deudor que no realice actividad empresaria (“personas físicas no comprendidas en la presente ley”) se seguirá regulando por las normas del Código General del Proceso (Título VII, Libro II, artículos 452-471), entre las cuales se encuentra el artículo 464, cuyo inciso 1º dispone que “*aprobada o ejecutoriada la graduación, si se hubieren vendido todos los bienes, se distribuirá el producto en el orden establecido por las normas del Código Civil y a prorrata entre los acreedores quirografarios*”. Si se excluye de la nueva normativa al concurso de las personas físicas que no realicen actividad empresaria es dable pensar que no se aplica *in totum* la nueva Ley, pues la misma no formula distinciones. En consecuencia, para estas situaciones *no incluidas*, puede entenderse que se mantiene intacto el régimen del Código Civil sobre graduación de acreedores, al que por otra parte remite el citado artículo de la Ley procesal. Refiriéndose a esta dificultad adicional en la interpretación e integración de las disposiciones de la nueva Ley, Holz y Rippe expresan que coexistirán ahora dos regímenes que atribuyen naturaleza diversa a los créditos prendarios e hipotecarios: en los concursos regidos por esta Ley serán créditos *privilegiados*, mientras que en los regidos por las disposiciones del Código General del Proceso tendrán naturaleza de créditos *preferentes*²². Esta última solución ha sido criticada por la doctrina especializada en la materia, dado que no tiene explicación plausible que las personas físicas que no sean titulares de una empresa se sigan regulando por el concurso del Código General del Proceso, sistema poco flexible y en contra de las orientaciones de la doctrina y el Derecho Comparado, con el agravante que la nueva Ley, además, deroga a la Ley 17.292, que agiliza los procesos concursales²³. Con la derogación dispuesta por el artículo 256 a los Títulos XVIII-XIX de la Segunda Parte del Libro IV del Código Civil la desarmonía que se crea en la terminología es visible: toda la disciplina de las garantías reales codicísticas (prenda común e hipoteca) está estructurada sobre la base de las preferencias que confieren, ahora denominada “privilegio especial”²⁴. El artículo 2297 del Código establece que la prenda común genera derecho real y confiere preferencia al acreedor en la medida en que se encuentre en “posesión” de la cosa y el contrato conste por escritura pública o documento privado con fecha cierta, según lo dispone el artículo 2380, norma que ahora es derogada. Tenemos, pues, una norma de reenvío formal que viene así a caer en el vacío en el sistema del Código, más allá de que tenga solución expresa en artículo 109, inciso 2º, de la Ley. Por otra parte, la supresión del inciso 2º del artículo 2372 elimina una norma que era un fundamento muy sólido contra la admisibilidad de las garantías reales atípicas, pues al establecer el Código que la Ley no reconocía otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios, estaba consagrando un principio fundamental en la materia. El sistema general también es excepcionado en sede de la denominada *acción revocatoria*, dado que mientras en el Código Civil se entiende mayoritariamente que la acción pauliana (artículo 1296) es una acción de inoponibilidad, que no comporta en absoluto la revocación de la *enajenación* realizada, la Ley, para los actos y omisiones del deudor (artículo 82), viene a disponer la solución contraria: reintegración a la masa activa “*de los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor...*” (artículo 80), vale decir, los “*bienes o derechos indebidamente adquiridos*” (artículo 87). No obstante, Holz y Rippe²⁵ entienden que la naturaleza de esta acción revocatoria es la “*inoponibilidad -del acto- ante la masa activa del*

²² Holz, Eva- Rippe, Siegbert, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre 2009, p. 149. Añaden los citados doctrinarios que, salvo en el ámbito de los procedimientos concursales, la naturaleza y por ende el régimen aplicable a dichas garantías “*continuará siendo el de las preferencias*”.

²³ Creimer, Israel, *Concursos*, 2ª edición, Fcu, Montevideo 2009, p. 26.

²⁴ Señala Creimer, *Concursos*, p. 67: “*debería ser calificado de crédito preferente*”.

²⁵ *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, p. 143. Expresan que además de la acción revocatoria prevista por la Ley, podrán acudir a todas las otras vías previstas por el Derecho “a fin de restituir bienes o derechos indebidamente enajenados o sustraídos del patrimonio del deudor como ser la acción pauliana, la acción simulatoria...”.

concurso”, siendo una “*variedad de la acción pauliana*”, lo que parece no ajustarse a los efectos que la Ley asigna, pues si en rigor es una inoponibilidad no hay reintegración a la masa de los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor, en tanto y en cuanto en la inoponibilidad el acto válido conserva su plena eficacia, aunque no pueda hacerse valer frente al acreedor, para quien el mismo es como si no existiera en el mundo jurídico, de forma tal que “*el bien permanece siendo materia de la responsabilidad del deudor... pero de propiedad de tercero que lo adquirió*”²⁶. El apartamiento al sistema general se verifica también respecto a los actos impugnables y al plazo para interponer la acción. En cuanto a lo primero hay una sensible diferencia, dado que mientras en el Código Civil solamente se pueden impugnar las **enajenaciones**, extremo que a nuestro juicio excluye a la partición²⁷, pues no es enajenación ni en sentido restringido, ni en sentido amplio, en la medida en que no comporta una adquisición derivativa traslativa o constitutiva, en el marco de la Ley 18.387 (artículo 82) sin embargo se pueden *revocar* los **actos y omisiones** del deudor en perjuicio de los acreedores, en los que efectivamente se incluiría al negocio jurídico partición. Respecto a lo segundo, porque en el Código Civil el plazo para entablar la acción pauliana es de un año y tiene naturaleza de término de caducidad, en tanto en la Ley (artículo 84) pasa a ser de dos años a partir de la declaración de concurso y es calificado de *prescripción*, si bien ello puede controvertirse dado que la expresión utilizada (“*prescribirán*”) parece denotar un automatismo que aproximaría más bien dicha vicisitud extintiva a la propia decadencia del derecho.

Otras leyes que han sido sancionadas tienen por objeto regular determinadas relaciones con un régimen especial, como acontece con la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, cuya disciplina es autocalificada como de orden público, con la finalidad tutelar a la parte *débil* de la relación jurídica. Presenta las características de un microsistema fundado en el principio protectorio, en el que hay una primacía de la igualdad sobre la libertad²⁸. En este ámbito, según Gamarra, la codificación crea un sistema autoreferencial, proporcionando a la ley especial (LRC) un cuadro de referencia sistemática, dentro de la cual ella puede colocarse en forma ordenada; los principios generales (expuestos por el Código Civil en la Parte General) “son excepcionados o especificados, en una solución de continuidad o desarrollo, cuando lo exija la lógica del microsistema, que en el caso del Derecho del Consumo no opera de manera orgánica, sino pragmáticamente, según las circunstancias y las operaciones económicas que sea necesario disciplinar”²⁹. A juicio de Molla, en cambio, esta ley estatuye un régimen en las antípodas del Código Civil, sobre bases totalmente distintas, como lo es la distinción entre personas (proveedores y consumidores), la existencia de una teoría del contrato apoyada en principios diferentes, con un apartamiento a los principios de la fuerza vinculante para determinadas situaciones y a la relatividad de sus efectos, privilegiando la noción de operación económica, que permite al consumidor accionar según el régimen de la responsabilidad civil contractual contra integrantes de la cadena de producción, distribución y comercialización. Pero no constituye aplicación de un principio general protectorio de los débiles, sino que regula una especial situación de debilidad (la del experto frente al profano)³⁰.

²⁶ Así lo expresan para la inoponibilidad de la acción pauliana Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli, *Eficacia Contractual*, 3ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 44, nota 9.

²⁷ El punto es controvertido.

²⁸ Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 163.

²⁹ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fcu, Montevideo, 2009, ps. 166 y 177. Destaca el insigne tratadista que para colocar a la LRC dentro del sistema es fundamental la lógica del microsistema, criterio que permite mantener al Código en el centro.

³⁰ Molla, Roque, “*Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, ps. 727 y 729.

También autocalificada como de orden público y con la finalidad de “*fomentar el bienestar de los consumidores y usuarios*” se sanciona la Ley 18.159, de promoción y defensa de la competencia, estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso a los mercados, en la cual la condena al abuso explotativo de la posición dominante comporta una clara aplicación del principio *favor debilis*³¹.

En sede del contrato de arrendamiento de inmuebles la dispersa legislación especial, tanto en materia urbana como rural, configura un microsistema, fuera del cual rige el sistema general del Código Civil, sede de la disciplina de las grandes reglas y principios contractuales en general y del contrato de arrendamiento de cosas en particular. La irrupción de esta legislación de tipo intervencionista con un marcado tinte social ha sido numerosa y dispersa en nuestro país, dispuesta con una finalidad tuitiva de la parte arrendataria, que es la parte contractual sindicada como débil, si bien existe un retorno a la libertad de contratación, como ha sucedido, por ejemplo, en sede arrendamientos urbanos para las diversas situaciones excluidas del estatuto del Decreto Ley N° 14.219, complementarias y concordantes, o en materia de arrendamientos de inmuebles rurales, con la entrada en vigencia de la Ley 16.223. Como señala Molla, esta última ley, con una pésima técnica legislativa, que la convierten en “*uno de los ejemplos más significativos de cómo no se debe legislar*”, no solo no derogó totalmente al Decreto Ley 14.384, sino que se inspira en otros principios, dejando de considerar en términos generales al predio como factor de producción, extremo que comporta un claro retroceso respecto al régimen anterior, generando un especial problema de interpretación y armonización entre dos disciplinas legales asentadas en principios opuestos, pues mientras una es de orden público, la otra está basada en el principio de autonomía privada³².

La Ley 17.228 sobre prenda sin desplazamiento, deroga expresamente las anteriores leyes (5.649, 8.292 y 12.367) que tenían una clara finalidad de fomento a la producción, por una nueva disciplina donde el rol hegemónico se traslada de lo productivo a lo financiero³³, eliminándose todas las limitaciones existentes en cuanto al poder normativo negocial de los sujetos, las obligaciones garantizadas y los bienes susceptibles de prenda, pero manteniéndose soluciones enigmáticas, como la ficción del artículo 2° del “propietario tenedor no poseedor”, fruto de un error conceptual del legislador, que constituye “*un desdichado fantasma*”; más aún, “*la nada jurídica*”³⁴. Como lo señala Yglesias, se da allí el contrasentido de que nadie tiene la posesión, pero todos gozan de efectos posesorios; destaca, además, que el legislador en esta instancia no solo perdió la oportunidad de corregir los múltiples defectos de las leyes anteriores, sino que ha dado un nuevo paso en esa tendencia a confundir el derecho de prenda con el objeto sobre el que recae, con la prestación debida por el deudor y con las obligaciones asumidas por el constituyente de la prenda (deudor o tercero)³⁵. Es cierto que la prenda sin desplazamiento comporta una tercera categoría³⁶, pero no puede soslayarse que para los bienes muebles de perfecta identificación regis-

³¹ Cfme. Caffera, Gerardo, *Una Teoría del Contrato*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, junio 2008, p. 150.

³² Molla, Roque, “*Arrendamientos Rurales*”, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, T. 93, Ns. 7-12, julio a diciembre de 2007, ps. 193 y 194.

³³ Así lo han señalado Caffera, Caumont, Mariño y Molla, en el *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* de Jorge Gamarra, T. II vol. 1, 4ª edición actualizada por Caumont, Molla, De Cores, Mariño y Caffera, Fcu, Montevideo, 2002, p. 124.

³⁴ Las expresiones son de Gamarra, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, T. II vol. 1, p. 154 (cursivas de nuestra autoría).

³⁵ Yglesias, Arturo, “*Sobre posesión, derechos de adquisición y garantía en especial: prenda sin desplazamiento*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXI, Fcu, Montevideo 2001, ps. 871 y 876.

³⁶ Para los bienes muebles no registrables o registrables imperfectamente. Si bien la nueva ley establece que son objeto de prenda sin desplazamiento los bienes muebles “*concretamente identificables*”, los actualizadores del Tomo II del Tratado de Gamarra señalan que “la superación de este tercer tipo... es más aparente que real... porque no es difícil imaginar diversas hipótesis en que tal posibilidad de identificación estará en la práctica seriamente comprometida” (Ob. Cit., p. 50).

tral -como los previstos por su artículo 4º- la solución debió ser la de la hipoteca mobiliaria, como lo había señalado con énfasis la mejor doctrina en la materia, con los fundamentales aportes realizados por Gamarra desde su monumental Tratado de Derecho Civil. Sin embargo, el legislador del año 1999 prescindió totalmente de todos los aportes y de toda la plataforma conceptual que había sido elaborada a la luz de la normativa anterior, que hubiera permitido solucionar las deficiencias, desajustes e imperfecciones que contiene la nueva norma, entre los cuales está nada más ni nada menos que las propias fronteras de tipificación con la hipoteca o con la prenda de créditos del Código Civil, dado el omnicompreensivo principio del nuevo texto: puede prendarse “*todo bien o derecho concretamente identificable*”.

III. La dispersión y los defectos de técnica legislativa en estos últimos diez años han sido significativas en nuestro país.

Por un lado, sistemáticamente se han incorporado normas que comportan reformas de fondo en las Leyes de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, como ha sucedido recientemente por ejemplo con la Ley 18.362, que en su artículo 291 establece la forma del negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne y las consecuencias jurídicas de la actuación sin poder de representación³⁷. Esto sin duda no se condice con la materia y con el objetivo de este tipo de normas, tal como lo establece la Constitución de la República con meridiana claridad (artículo 216, inciso 2º). No resulta de buena técnica que una cuestión sustantiva tan importante, como lo es la atinente a la forma preceptiva del negocio jurídico de apoderamiento -que tantos debates había generado en el pasado en la civilística nacional- venga a ser resulta en una disposición aislada de una Ley de Rendición de Cuentas. Máxime, cuando la instancia de cambio hubiera sido propicia para consagrar con *carácter general* la ineficacia del negocio de gestión para toda actuación sin poder de representación, sin limitarla, como lo ha hecho la norma, a la ausencia de este *requisito legal de eficacia* producto de la omisión de la forma solemne ahora exigida, extremo que exige un esfuerzo interpretativo para procurar generalizar una solución que bien pudo consagrarse en forma simple, a través del reemplazo del artículo 1255 de nuestro Código Civil por un texto que sustituyera “nulo” por “ineficaz” e incorporara, en la representación voluntaria, la exigencia de la solemnidad alternativa de todo apoderamiento para negocio final solemne.

Otras leyes, que no tienen el objetivo específico de reformar o limitar institutos regulados por el Código Civil, como la Ley de Tasas de Intereses y Usura N° 18.212 -con un lenguaje que no es el técnico jurídico- vienen a incidir directamente sobre aquél, al afectar la operatividad de las cláusulas penales, originando divergencias interpretativas respecto a las situaciones en las cuales las penas resultan limitadas cuantitativamente, como los es el caso de la opción por la resolución del contrato por incumplimiento³⁸, todo lo cual va en detrimento de valores como la seguridad

³⁷ Sobre el punto, con fecha 23 de abril de 2009, publicamos en el Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho (www.fder.edu.uy) un trabajo con el título “*Negocio de apoderamiento para negocio de gestión solemne y gestión sin poder de representación: las soluciones que incorpora la Ley N° 18.362*”, que fuera luego incorporado en el N° 26 de la Revista de la Facultad de Derecho (p. 127 y ss).

³⁸ Sobre el punto: Rodríguez Russo, Jorge, “*Una Reglamentación esperada: el Decreto del Poder Ejecutivo que establece las condiciones para que algunas cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita*”, Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho, publicado el 10 de agosto de 2009. Molla, Roque- Groisman, Carlos, “*Ley 18.212: Tasas de intereses y usura. Compraventa entre particulares y cláusula penal*”, La Pluma, Revista Informativa de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Año 10, N° 29, Montevideo, junio 2008, p. 39. Molla, Roque, “*Cláusula penal y usura. ¿El régimen de la ley 18.212 se aplica a la cláusula penal pactada en una compraventa para el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio?*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXIX, Fcu, Montevideo, agosto de 2009, p. 887 y ss. Molla, Roque, “*El Decreto Reglamentario de la Ley*

y certeza. Efectivamente, dicha norma, que tiene por objeto regular las tasas de intereses y la usura en las operaciones de crédito y asimiladas, estableció en su artículo 10 el mecanismo para la determinación de la existencia de rubros usurarios, disponiendo que en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita deban computarse también las cláusulas penales, con lo cual tanto la pena por incumplimiento, como la pena por retardo, quedan sujetas a los topes máximos dispuestos por el artículo 11, con la drástica consecuencia prevista por el artículo 21 para el caso de configurarse la usura civil. Las cláusulas penales incluidas son *todas*, tanto en la vía de la ejecución forzada como de la resolución del contrato, dado que expresamente el citado artículo 10 facultó al Poder Ejecutivo a excluir en el futuro **algunas** cláusulas penales, en particular en la compraventa de inmuebles y otros bienes, extremo que aconteció con el Decreto 344/009, con una redacción poco precisa, que ha dado lugar a disímiles interpretaciones, como puede comprobarse con la compulsión de los trabajos doctrinarios citados en la nota precedente. Esta Ley impacta sobremanera en la contratación, al limitar, para las situaciones comprendidas en ella, el monto de las penas por incumplimiento, provocando incertidumbres indeseables a la hora de recurrir a un instituto que históricamente ha cumplido una función de garantía del crédito muy importante y eficiente, sobre todo porque su incorporación al contenido contractual se hace en base a una simple cláusula que no genera costos adicionales. La fijación de tasas máximas a los intereses y demás rubros comporta en esencia un mecanismo de control de precios, tal como se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto del Poder Ejecutivo de setiembre de 2005. Establecer legalmente limitaciones a las penas por incumplimiento como mecanismo de protección de débil nos parece perfectamente razonable y absolutamente compartible, al ser “una forma de control de la autonomía privada contra el abuso de una parte en daño de otra”³⁹. La propia Ley 8.733 del año 1931, que es una ley de protección o amparo del prometiende adquirente, dispuso limitaciones a las penas pactables para el caso de incumplimiento de esta parte (artículo 47), restringiendo así la autonomía privada en protección de otros intereses mercedores de tutela⁴⁰. Lo que no es compartible en absoluto es la forma en que la Ley 18.212 viene a establecer limitaciones para las penas por incumplimiento de las obligaciones dinerarias en las operaciones de crédito reguladas por la Ley, a través del expediente de incluirlas en ese complejo mecanismo de cálculo del artículo 10, con la consecuencia que de configurarse usura caduca el derecho a exigir -entre otros rubros- el cobro de la pena. Cobro que además, en la situación de concurso regulado por la Ley 18.387, es postergado o diferido, al quedar comprendida la pena entre los *créditos subordinados* del artículo 111, de manera que dejará de ser exigible por el mero hecho del incumplimiento-como señala Caffera- para serlo luego de haberse satisfecho previamente todos los créditos privilegiados o quirografarios: ante un sistema en crisis la función de punición pasa a segundo plano⁴¹.

La reciente Ley de Ordenamiento Territorial N° 18.308, entre otras cosas prevé en su artículo 65 una prescripción adquisitiva especial, que como ha dicho Yglesias, se presenta como adquisi-

18.212 (*Usura*): su ilegitimidad”, Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho, publicado el 25 de septiembre. Rodríguez Russo, “La controversia sobre la legalidad del decreto reglamentario de la ley de tasas de interés y usura: una cuestión de interpretación de la ley 18.212”, Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho, publicado el 6 de octubre. Berdaguer, Jaime, “La limitación en el monto de las cláusulas penales en la Ley de Usura (art. 10 de la ley 18.212 y art. 2 del decreto del 27-7-09)”, Revista La Ley Uruguay (on line), Año 1, N° 36, edición del 12 de agosto de 2009. Caffera-Rodríguez Russo, Fernández y Mantero, *Intereses y Usura*, 3ª ed., Fcu, mayo 2010, ps. 131-133.

³⁹ Son palabras de C. Massimo Bianca para la reducción judicial de la cláusula penal en el sistema italiano. *Diritto Civile. V. La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1997 (ristampa), p. 233.

⁴⁰ La referencia a la Ley 8.733 es a los solos efectos de demostrar que ya desde larga data existía una preocupación del legislador por *limitar las penas* por incumplimiento. Pero de ninguna manera debe pensarse que ello tenga algo que ver con la usura en la Ley de 1931.

⁴¹ Caffera, Gerardo, *Responsabilidad Civil Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 213.

tiva pero tiene características de extintiva. Según el destacado civilista en una Ley como la LOT, que establece expresamente obligaciones al propietario territorial, en particular la obligación de cuidar el bien e impedir la ocupación por terceros, esta prescripción se podría entender más fácilmente como extintiva, por incumplimiento de la mentada obligación de cuidar⁴².

Por otro lado, se han realizado derogaciones y sustituciones de algunos artículos específicos del Código Civil sin tener en cuenta la totalidad de la normativa vinculada al tema por expresa remisión formal, como ha acontecido con el Código de la Niñez y la Adolescencia que sustituyó el artículo 216 del Código Civil eliminando la exigencia de nacer viable y vivir veinticuatro horas naturales, sin hacer lo propio con el numeral 1° del artículo 835⁴³ que exige la viabilidad, con lo viene a tenerse una norma que practica un reenvío formal a un numeral que dejó de existir⁴⁴. Y no puede soslayarse la referencia al Proyecto de Ley presentado al Senado en julio de 2009, que pretendía sustituir un solo artículo del Código -concretamente el numeral 1° del artículo 91⁴⁵- llevando la capacidad para contraer matrimonio a los dieciséis años, sin tener presente la existencia en el sistema de otras normas e institutos vinculados a la pubertad (capacidad para testar, otorgar capitulaciones matrimoniales y realizar donaciones matrimoniales), modificación que se realizaría con el propósito de procurar acompasar nuestra actual legislación a la normativa internacional⁴⁶. Sin duda, de haber sido aprobada esta iniciativa legislativa, las incoherencias con el sistema general serían bien visibles, porque para la administración del peculio profesional o industrial un menor púber con menos de dieciséis años seguiría siendo considerado habilitado por matrimonio (artículo 267, inciso 4°) y sin embargo no podría contraer matrimonio. Y la incongruencia sería mayor con la capacidad para testar: el artículo 831 del Código Civil establece que no pueden disponer por testamento los impúberes (mujer menor de doce años y varón menor de catorce); en consecuencia, un menor púber con menos de dieciséis años podría testar, pero no podría contraer matrimonio. Si la finalidad de la reforma que se proyectaba era aumentar la edad requerida para el matrimonio, porque se exige una mayor madurez y sentido de la responsabilidad que no se tiene a los doce y catorce años, parecería lógico que también debiera aplicarse para un típico negocio de disposición de bienes como el testamento. Por cierto que se trata de dos negocios jurídicos diferentes, pero no debe perderse de vista que el Código en ese sentido ha guardado la correspondiente coherencia y armonía, pues para contraer matrimonio, testar, otorgar capitulaciones y donaciones matrimoniales, exigió monolíticamente una edad mínima uniforme (artículos 91 numeral 1°; 831 numeral 1°; 1656 inciso 2°, y 1946).

⁴² Yglesias, Arturo, *Derecho de las Cosas*, T. III, ps. 164 y 165. Cabe destacar que a juicio de este autor (p. 123) no hay en la Ley nada que afecte el derecho de propiedad consagrado en la Constitución, ni los principios generales que regulan la propiedad territorial conforme al Código Civil y demás normas en la materia.

⁴³ "Son incapaces:

1°.- El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 216".

⁴⁴ Sobre los peligros de las remisiones véase Miguel Carbonell, "*Los objetos de las leyes, las remisiones y las derogaciones tácitas*", en *Elementos de Técnica Legislativa*, Coordinadores: Miguel Carbonell y Susana Talía Pedroza, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 44, México, 2000, ps. 216 y 217.

⁴⁵ El texto propuesto decía: "*Sustitúyese el numeral 1° del artículo 91 del Código Civil por el siguiente: "La falta de edad, esto es, los dieciséis años cumplidos"*."

⁴⁶ Señalaba al respecto la Senadora Margarita Percovich: "*Se nos ha llamado la atención a nivel internacional cuando estuvimos rindiendo cuentas como Uruguay frente al Comité de Derechos Humanos en el examen periódico universal de derechos humanos. Nos han dicho que no es posible que, dentro del marco de la Convención de la Niñez y de la Adolescencia, a esas edades -doce y catorce años- se puedan contraer las responsabilidades de un matrimonio"; (...)* "*pero nosotros para subirlos a los dos a los dieciocho años tendríamos que hacer algunas modificaciones al Código Civil mucho más extensas que solamente ese articulo, digamos*" (Diario "La República", edición del 16 de julio 2009).

No pretendemos hacer -pues no es el objetivo de este trabajo- un detalle de todas las normas, sino tan solo citar algunos ejemplos demostrativos de ese proceso, en el que con frecuencia, además, se suceden leyes que inmediatamente son objeto de otras tendientes a modificarlas, como ha pasado con el Código de la Niñez y la Adolescencia o la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, leyes que a poco de su entrada en vigencia ya necesitan ser cambiadas, corregidas o sustituidas⁴⁷, precariedad que sin duda contrasta con la estabilidad de los Códigos pioneros.

La técnica legislativa actual revela también la proliferación de normas con una creciente apelación a las definiciones (piénsese en la Ley N° 18.600, sobre validez y eficacia del documento electrónico y firma electrónica; la Ley N° 18.212, sobre tasas de interés y usura, en la que inclusive se incorpora un Anexo Metodológico; la Ley N° 18.617, de protección del adulto mayor; la Ley 18.627, sobre mercado de valores; la Ley N° 18.651, de protección integral de las personas con discapacidad; etc.), rompiendo con la antigua máxima de que las leyes no deben contener definiciones, arraigada en la ya célebre frase de Javoleno que “*in iure civile, omnia definitio, periculosa est*”.

Éste, sin embargo, es un aspecto que de alguna manera puede destacarse, pues las definiciones estipulativas⁴⁸ de significado -especialmente cuando se trata de términos técnicos- cumplen la función de abreviar el lenguaje y evitar las ambigüedades y vagüedades. Las definiciones, como dice Atienza⁴⁹, son enunciados de carácter “*no práctico*”, en el sentido que no dirigen la conducta, pero limitan el poder de interpretación de la norma en cuestión. La importancia de incluir definiciones en los textos normativos está en el hecho de que con ellas se restringen o amplían los significados de las palabras que para el legislador podrían presentar problemas de identificación semántica, pudiendo ser estas definiciones de dos tipos: las que recogen los usos lingüísticos de una comunidad de hablantes y las que establecen significados distintos de los identificados en los diccionarios lexicográficos como acepciones de una palabra⁵⁰.

IV. Lo expresado no significa poner en duda la conveniencia o los fundamentos de los cambios y reformas incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico, pues lo que da sentido al Derecho es la aspiración a la justicia⁵¹.

El problema es otro: es un problema de método y de técnica jurídica, que progresivamente comienza a erosionar la coherencia y armonía del sistema y que lleva a reflexionar -y a interrogarse- si debemos seguir en este proceso de normas particulares, de progresivas sustituciones⁵², derogaciones y reformas específicas, tan puntuales como inorgánicas, o por el contrario ha llegado la hora

⁴⁷ Fuera de la órbita del Derecho Privado puede citarse el caso de la Ley 18.567, sobre descentralización territorial y participación ciudadana, en el que en breve lapso se sucedieron otras tres leyes tendientes a modificarla e interpretarla (Leyes 18.644, 18.653 y 18.659).

⁴⁸ Sobre el tema, entre otros: Guastini, Riccardo, Voz “*Interpretazione dei documenti normativi*”, Enciclopedia Giuridica Treccani, Tomo XVII, Roma 1989, N° 4.7, p. 8. Caffera, Gerardo- Mariño, Andrés, “*Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones del Derecho Civil*”, Revista AEU, Tomo 81, Ns. 1-6, enero-junio 1995, p. 119.

⁴⁹ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, 1ª edición, Madrid, febrero 2001, ps. 78 y 79.

⁵⁰ Bono López, María, “*La racionalidad lingüística en la producción legislativa*”, en *Elementos de Técnica Legislativa*, p. 182.

⁵¹ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, p. 312.

⁵² Es sintomático lo sucedido con el artículo 1782 del Código Civil, que prevé 15 años como plazo máximo del contrato de arrendamiento de cosas, donde sucesivas normas, para casos puntuales, han ido ampliando (a 30 años) el elenco de las excepciones al principio: primero el Decreto Ley 15.576, luego la Ley 17.555, ahora la Ley 18.666.

de pensar en una reforma del Código, que permita la reorganización y resistematización del Derecho Privado⁵³.

Los Códigos Civiles decimonónicos, dotados de un alto grado de historicidad, nacieron rodeados de un conjunto de valores vigentes en un concreto punto de la historia⁵⁴, con claras pretensiones de universalidad y unidad. Tenían una definida vocación de completitud, con una pretensión de contener la totalidad de las respuestas a todos los problemas que pudieran generarse en la órbita de las relaciones entre particulares. Fueron un reflejo de la creación del Estado Nacional, una garantía de la separación entre la sociedad civil y el Estado⁵⁵, un instrumento de unificación política y jurídica.

Si las metas básicas de la codificación fueron la unificación y certeza del Derecho, era lógico que para poder alcanzarlas los cuerpos normativos debían ser sistemáticos y completos⁵⁶; un ordenamiento totalmente legislativo constituido por un solo texto legal, conteniendo un complejo normativo unitario, sistemáticamente ordenado⁵⁷. Vale decir, una ley general y homogénea, compuesta por un sistema de preceptos orgánicamente relacionados y coherentemente trabados, deducidos en forma racional a partir de unos principios universales, que a través de un lenguaje claro, conciso, preciso, asequible y comprensible para la totalidad de los destinatarios, aspira a regular un sector normativo específico, en coordenadas unitarias de tiempo y espacio⁵⁸.

La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: garantizar la estabilidad del Orden Jurídico, la previsibilidad y certeza del Derecho. Como lo ha señalado Díez-Picazo, la codificación -sobre todo los Códigos llamados de primera generación- es ante todo un intento de *racionalización* del mundo jurídico, un intento de *refundación* del mundo social, de una refundación del Derecho Civil⁵⁹.

Dos de los pilares de la codificación, la propiedad y el contrato, fueron concebidos como esferas sobre las cuales se explica la plena autonomía del sujeto. La propiedad individual constituía el verdadero eje del sistema del Derecho Privado, en tanto el contrato venía regulado *prevalentemente*⁶⁰ como “modo de adquisición de la propiedad”. Ambos, como señala Giorgianni, venían a “*constitucionalizar*” una cierta concepción de la vida económica: la propiedad inmobiliaria era pensada como la única fuente de riqueza, mientras el contrato, como vehículo de circulación de la misma, era el instrumento más elevado para alcanzar la justicia (*qui dit contractuel, dit juste*, decía Fouillé)⁶¹. La exasperación de la defensa de la propiedad era el símbolo de la libertad eco-

⁵³ Para un exhaustivo estudio de la *recodificación* véase Julio César Rivera, “*La recodificación. Un estudio de Derecho Comparado*” (<http://www.rivera.com.ar>), en especial, p. 6 y ss.

⁵⁴ Piga, Franco, “*Tramonto del Codice Civile? (Codice Civile e istituti del Diritto Pubblico nella realtà del nostro tempo)*”, *Rivista di Diritto Civile*, Parte I, Cedam, Padova, 1980, p. 56 y ss.

⁵⁵ Lorenzetti, Ricardo, *Las Normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1995, p. 13. Tomás y Valiente, “*La Codificación, de utopía a técnica vulgarizada*”, p. 122.

⁵⁶ Colina Garea, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, p. 221, nota 7.

⁵⁷ Petronio, Ugo, “*La nozione di Codice Civile fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)*”, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, N° 27, Giuffrè, Milano, 1998, p. 83.

⁵⁸ Bermejo, Manuel Ángel, “*Diorama de virtualidades codificadas. Actualidad crítica del Código y ficción de la codificación en España*”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, 2002, p. 98.

⁵⁹ Díez-Picazo, “*Codificación, descodificación y recodificación*”, ps. 474 y 475.

⁶⁰ Nuestro Código se apartó del modelo francés para seguir el sistema romano, del contrato como negocio jurídico puramente obligacional, manteniendo así la distinción entre título de adquirir y modo de adquirir.

⁶¹ Giorgianni, “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, N° 3, p. 396; N° 4, ps. 399 y 400. Véase también para el Có-

nómica⁶². En este sistema jusnaturalístico y racionalístico el *Derecho Privado* indicaba de manera total y exclusiva el estatuto de los particulares, era la expresión de un sistema que exaltaba la actividad del individuo en la vida económica, garantizada como la más idónea para la tutela del mismo⁶³.

El Código Civil se apoyaba así sobre la centralidad asignada al individuo y a su autonomía negocial; igualdad de los particulares y defensa de la libertad eran los pilares sobre los que se asentaba la sociedad⁶⁴, representando la plasmación de la idea de progreso político, económico y jurídico⁶⁵.

Natalino Irti señala que “en la tradición europea y napoleónica, el Código Civil es la carta del ciudadano indiferenciado, que se expande sobre las cosas del mundo externo con el instrumento de la propiedad y se perpetúa en el tiempo a través de la sucesión. En el esquema técnico de la propiedad, unitario y homogéneo, se dispersan las características de los particulares bienes, las diversas utilidades de éstos (...). El “ciudadano” y las cosas están asilados en una neutralidad abstracta y metahistórica”⁶⁶. Aislamiento que también se verificaba en cuanto al propio modelo de contrato, concebido como negocio aislado e independiente de su propio contexto.

Los paradigmas de nuestro Código Civil no han permanecido incambiados; familia, propiedad y contrato -por señalar tan solo tres de las instituciones centrales- parecen asumir hoy perfiles sustancialmente distintos. La familia ya no se estructura exclusivamente en base al matrimonio⁶⁷; la propiedad ha dejado de ser una sola; el contrato individual negociado y paritario ha dejado de ser el único modelo de contrato. Frente a la propiedad, tenemos las propiedades; frente al contrato discrecional, los contratos por adhesión y de consumo. El principio de igualdad ya no empuja hacia la uniformidad, sino hacia la diferenciación, teniendo en cuenta la cualidad subjetiva, las singularidades económicas, el estado de las cosas⁶⁸. Ha dicho Natalino Irti que “*el contrato tiene ya dos historias; una fundada sobre la palabra y el diálogo; otra, sobre la imagen*”⁶⁹.

Es cierto que la dimensión de omnipoder del Código Civil se perdió, aunque puede seguir conservando una persistente centralidad en los sistemas de *Civil Law*, al ofrecer según Busnelli⁷⁰ un conjunto orgánico y coherente de categorías y de reglas de *Derecho común*.

Pero es una nueva manera de ser central; ya no es más “el alma universal de la legislación”

digo como “constitución económica”, B. G. Mattarella, “*Codificazione e stato di diritto*”, p. 366

⁶² Giorgianni, “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, N° 7, p. 410. La codificación sirvió a la pretensión de la nueva clase burguesa -fracturar la propiedad nobiliaria y la base material del poder aristocrático- para garantizar la seguridad en el desarrollo de su actividad y de su propiedad. Cfme. Suárez Llanos, “*El sueño de la codificación y el despertar del Derecho*”, p. 224.

⁶³ Giorgianni, “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, N° 4, ps. 398 y 400.

⁶⁴ Schlesinger, Piero, “*Il tramonto del Codice Civile*”, Rivista di Diritto Civile, Parte I, Cedam, Padova, 1980, N° 4, p. 83

⁶⁵ Díez-Picazo, “*Codificación, descodificación y recodificación*”, p. 476. El autor aborda la codificación desde cuatro perspectivas: como racionalización, como progreso, como pedagogía y como utopía.

⁶⁶ *La edad de la descodificación*, p. 56.

⁶⁷ Sobre el nuevo paradigma y la tensión que se produce véase el trabajo de Arturo Yglesias: “*Ley de Unión Concubina-ria. ¿La batalla del Mar de Coral?*”, Revista de la Facultad de Derecho, N° 28, enero-junio 2010, ps. 189-193.

⁶⁸ Cfme. Irti, *La edad de la descodificación*, p. 80.

⁶⁹ Irti, “*Scambi senza accordo*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LII, Giuffrè, Milano, 1998, p. 364.

⁷⁰ Busnelli, “*¿Cómo codificar? El Método*”, p. 4. Propiedad, contrato y obligación -dice Giorgianni- son instrumentos insuprimibles de la actividad económica de los particulares. “*Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*”, N° 7, p. 412.

que Portalis fundaba sobre la propiedad, ni la expresión de una *Begriffsjurisprudenz* resultante de una *Allgemeiner Teil* fundada en conceptos abstractos (*Rechtsgeschäfts, Tatbestand, Fahigkeit*). Es una manera de ser central que permite al Código Civil compensar aquello que pierde en *universalidad* y en *autosuficiencia* por una nueva fuerza de influencia y una nueva flexibilidad de sus normas, entre las cuales juegan un rol cada vez más importante las *cláusulas generales*⁷¹. Las normas del Código son, tanto como es posible, sintéticas y flexibles y pueden incluso tomar la fisonomía de *cláusulas generales* (la buena fe es una fórmula ejemplar). Se trata entonces de verdaderos *pulmones* que permiten al mismo -y al sistema entero- *respirar*, es decir, adaptarse a la realidad concreta que es necesario regular. Las leyes de sector introducen generalmente normas rígidas y analíticas, y por esto fatalmente destinadas a ser integradas -gracias a un reenvío formal o implícito- por las normas del Código⁷².

No puede negarse, dice De Cupis, la importancia y el número de estas leyes especiales que han sustraído al Código algunos territorios considerables, pero constituye una exageración inferir de allí que se destruya toda relación entre Código Civil y leyes especiales, pasando aquél a ser un sistema residual, pues no puede minimizarse el rol de disciplina común que tiene en el Código su propia sede y que, por ser tal, conserva un carácter de centralidad⁷³.

La existencia de una legislación “especial” presupone un punto de referencia central en torno al cual vienen a rotar los “satélites”⁷⁴. Porque las normas de sector llevan en su propio ámbito de aplicación la limitación de su grado de influencia y gravitación; las leyes especiales no pueden aplicarse más allá de la “especialidad” de la materia que regulan. Hablar de especialidad, normas de sector, microsistemas, supone hacer referencia a particularismos, que sólo pueden existir y cobrar sentido en tanto supongan la vigencia de una norma general, de un sistema de referencia orgánico, de un “núcleo sistemático de conceptos”⁷⁵.

Codificación, descodificación, recodificación. Hay en todo esto, como advierte Colina Garea⁷⁶, una especie de discurrir cíclico que, a modo de círculo cerrado, finaliza en el mismo punto donde había comenzado. La descodificación del Derecho Civil puso de manifiesto que a consecuencia de la proliferación de leyes especiales extracodificísticas el Código Civil había perdido la centralidad que tuvo en el momento de la codificación, para advertir luego que se ha incurrido en exageraciones, reafirmando el indudable protagonismo que le sigue correspondiendo al Código en un *mare magnum* de disposiciones puntuales, que necesitan de un instrumento que permita dotarlas de coherencia, sistematicidad y armonización, y que las complete en todo aquello en lo que puedan resultar insuficientes, al contener una regulación parcial o sectorial⁷⁷.

⁷¹ Busnelli, “¿Cómo codificar? El Método”, p. 4.

⁷² Busnelli, “¿Cómo codificar? El Método”, p. 5.

⁷³ De Cupis, “A proposito di Codice e di Decodificazione”, ps. 48 y 50.

⁷⁴ Schlesinger, “Il tramonto del Codice Civile”, N° 3, p. 82.

⁷⁵ La expresión es de Luigi Mengoni, “I cinquant’anni del Codice Civile: considerazione sulla parte generale delle obbligazioni”, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, *La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Giuffrè, Milano 1994, II, p. 752 (citado por U. Petronio, p. 85)

⁷⁶ “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil”, ps. 220-222.

⁷⁷ Los dilemas de la descodificación y recodificación también afectan al Derecho Penal. Señala el Catedrático de la Universidad de Florencia Ferrando Mantovani que el ideal iluminista de las leyes “pocas”, “sencillas”, “claras” y “estables” contrasta con la realidad de las leyes “muchas”, “complejas”, “confusas” e “inestables”, y que mediante la racionalización es posible la recuperación del centralismo del Código y la complementariedad marginal de la legislación especial. “Sobre la perenne necesidad de la codificación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1, abril de 1999, versión original publicada en *Archivio Giuridico*, Vol. CCXIV, Fasc. 3-4, 1994, ps. 263-273.

El propio Natalino Irti, un cuarto de siglo después de haber lanzado la idea de la descodificación, comprueba melancólicamente -como nos recuerda Gamarra⁷⁸- que las leyes especiales se encuentran “pobres y efímeras”, habiendo perdido “vivacidad creativa y dinamismo interior” en virtud de circunstancias políticas, que la sociedad moderna encuentra en las formas organizativas del Código su propio y esencial estatuto⁷⁹. Ya en la década de los noventa el propio autor⁸⁰ se alejaba de su alarmante planteo inicial de nuestra era como la *era de la descodificación*, relativizando su pensamiento sobre la mentada descodificación, al reconocer que los fenómenos de descodificación y recodificación no son categorías lógicas, sino históricas, y por lo tanto, mutables⁸¹. Y en la Conferencia Internacional realizada en Shanghai en abril de 2005 sobre “*Codificación, descodificación y anticodificación del Derecho Civil*”, en una carta abierta presentada a todos los estudiosos del Derecho Civil y legisladores chinos en general, el ilustre civilista de “La Sapienza” argumenta que el actual modelo legislativo del Derecho Civil chino, que se caracteriza por proveer algunos principios generales y abstractos en un Código (o un estatuto fundamental) y dejar para las diferentes leyes especiales el detalle normativo, puede ser una tendencia en el desarrollo legislativo del Derecho Civil en el mundo⁸².

Las normas del Código, dice Sacco, son “*generales y abstractas*”, y como tales, “*aplicables a todos los ciudadanos, a todos los contratos, a todas las propiedades*”⁸³.

Tales normas, generales, abstractas, flexibles y adoptadas sin límite de duración, dan lugar a la sola *lex generalis* de los sistemas de *Civil Law*. *Lex generalis* significa según Busnelli un conjunto orgánico y autosuficiente de reglas que permiten regular todos los hechos, las situaciones o las actividades previstas por el Código en razón de su importancia y que no se encuentran específicamente reguladas por una Ley de sector. Significa también la posibilidad de aplicar directamente las categorías y los principios generales del Código para deducir reglas no escritas respecto de todos los hechos, las situaciones y las actividades que no se encuentran reguladas ni por el Código, ni por una Ley de sector. *Lex generalis* significa, finalmente, la posibilidad de regular los aspectos no especificados concernientes a los hechos, las situaciones o las actividades, respecto de los cuales una Ley de sector regula los aspectos concretos⁸⁴.

El individuo, desprovisto de toda calificación ulterior, aparece como el centro del sistema codificado; sus normas, generales y abstractas, se aplican a todos, con independencia de las condiciones objetivas o subjetivas que puedan concurrir en la relación regulada. Es el Derecho Privado General, dado que contiene la disciplina jurídica de las relaciones privadas sin ulteriores calificaciones por razones de materia, de sujetos, o de sectores diferenciados por causas económicas o sociales⁸⁵. Cualquiera que se encuentre en las situaciones previstas recibirá idéntico tratamiento,

⁷⁸ Gamarra, Jorge, “*Código Civil*”, ps. 60 y 61; “*Interpretación evolutiva del Código Civil (art. 1277)*. *Interpretación arbitraria*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXIX, Fcu, 2009, p. 705.

⁷⁹ *Codice Civile e società politica*, Roma-Bari, 2005.

⁸⁰ Irti, “*I cinquant’anni del Codice Civile*”, Rivista di Diritto Civile, N° 3, Cedam, Padova, 1992, p. 227 y ss.

⁸¹ El panorama descrito a fines de los setenta por el agudo civilista, de aquel Estado interventor de posguerra (Estado Social) cambió profundamente a partir de los noventa, con la fuerte oleada de privatizaciones y globalización de la economía, que dieron paso nuevamente a un Estado liberal (o neoliberal).

⁸² Así lo consigna Lihong Zhang, “*Los últimos avances en la Codificación del Derecho Civil chino*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 36, N° 3, 2009, ps. 483 y 484.

⁸³ Sacco, “*Codificare: modo superato di legiferare?*”, p. 119.

⁸⁴ Busnelli, “*¿Cómo codificar? El Método*”, ps. 5 y 6.

⁸⁵ Colina Garea, Rafael, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, p. 220, nota 6.

porque el Código es el “estatuto de los sujetos iguales”⁸⁶.

En su discurso final del Congreso celebrado en Roma el 27 y 28 de octubre de 1979 sobre “*Il tramonto del Codice Civile*” Francesco Santoro Passarelli señalaba que Código Civil es el mantenedor de los valores esenciales que encierra el ordenamiento civil como expresión fundamental de la libertad de los particulares, valores y principios que están expresados en el Código⁸⁷. Y Franco Piga concluía que el Código Civil, con su *patrimonio de conceptos y de instrumentos*, continuará teniendo gran relevancia también desde una perspectiva de profunda transformación, puesto que ofrece instrumentos suficientemente dúctiles que permiten controlar la racionalidad de las disciplinas y reconducirlas a principios durables⁸⁸. En 1982 -del 29 de agosto al 5 de setiembre- tuvo lugar en Caracas el XI Congreso Mundial de Derecho Comparado, cuya Sección B abordó el tema “*La codificazione, una forma superata di legislazione?*”, en el que las más significativas relaciones nacionales (Denis Tallon por Francia, Helmut Coing por Alemania, Jean Louis Badouin por Canadá, Edgar Bodenheimer por Estados Unidos) concluyeron en forma coincidente que la codificación era la vencedora, según lo relata Antonio Gambaro⁸⁹.

La primacía del Código se percibe según Schlesinger sobre todo desde el plano lógico, puesto que es la única ley general que puede ser interpretada y aplicada en vía autónoma, mientras que para la comprensión de las leyes especiales es necesario recurrir al Código, desde el momento en que solamente en él se encuentran las definiciones y la disciplina de los conceptos y categorías fundamentales indispensables para la interpretación y aplicación de las otras leyes. Desempeña así constantemente su función integrativa respecto a todas y a cada una de las leyes especiales⁹⁰.

En ese sentido destaca Gamarra⁹¹ que el Código Civil asume la insustituible función de integrar las demás leyes. Además de proporcionarle un cuadro de referencia dentro del cual se ordenen, permite integrar la legislación especial con conceptos y reglas de muy amplio alcance (persona, capacidad, contrato, hecho ilícito, representación) principios (autonomía privada, confianza, libertad de forma, causalidad de las atribuciones) y cláusulas generales (buena fe). El Código Civil es una ley en la que figura un capítulo destinado a la interpretación de todas las demás leyes -el Título Preliminar es una auténtica *Lex legum*⁹²- inclusive para la interpretación de sí mismo, porque aporta las reglas y principios hermenéuticos cuando requiere ser interpretado, siendo un sistema *autoreferencial*. Añade el Maestro que si suprimimos los microsistemas “el Código sigue siendo aplicable; pero sin el Código todo el resto de la leyes queda a oscuras, en un apagón jurídico”, puesto que “no podrían funcionar sin los principios, las categorías y los conceptos indispensables que aporta el Código”.

⁸⁶ Gamarra, “*Código Civil*”, p. 61.

⁸⁷ Santoro Passarelli, Francesco, “*Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali*”, *Rivista di Diritto Civile*, Parte I, 1980, Cedam, Padova, ps. 85 y 91.

⁸⁸ Piga, “*Tramonto del Codice Civile? (Codice Civile e istituti del Diritto Pubblico nella realtà del nostro tempo)*”, p. 78.

⁸⁹ Gambaro, “*L’XI Congresso Mondiale di Diritto Comparato*”, *Rivista di Diritto Civile*, Parte II, 1983, Cedam, Padova 1983, N° 3, p. 89.

⁹⁰ Schlesinger, Piero, “*Codice Civile e sistema civilistico: il núcleo codicistico ed i suoi satelliti*”, N° 8, ps. 411 y 412. También Santoro Passarelli, “*Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali*”, ps. 87 y 90, expresa que el Código continúa siendo la ley general, la ley orgánica de las relaciones privadas.

⁹¹ Gamarra, “*Código Civil*”, ps. 60 y 61.

⁹² Cfme. Guodong, Xu, “*La codificación Civil en la China actual y el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina*”, Conferencia pronunciada el 29 de septiembre de 2003 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en <http://www.alterini.org/tonline>).

La dispersión normativa debe encontrar en el Código un punto de referencia sistemática, por ser la sede común que permite interpretar e integrar la diversa normativa extracodicial, la fuente de principios generales y construcciones técnico metodológicas susceptibles de garantizar la unidad dogmática del sistema civil. Será siempre “el punto de la regulación del pluriforme mundo de la persona humana y los criterios interpretativos de la normativa civil”; por eso “el Código es insustituible, ya que coordina y complementa el sistema uniforme del Derecho Civil”⁹³. Constituye el reservorio de los conceptos generales y el telón de fondo de toda la legislación especial, pues es a la vez -según la expresión de Giorgio Cian- el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna inteligibles, la *lingua franca* de todo el Derecho Privado incluido en las leyes especiales⁹⁴.

En suma, “*el viejo rey todavía conserva su corona y sigue colocado en el vértice del sistema*”; “*basta consultar un repertorio jurisprudencial para comprobar que en la solución de las controversias prevalece el Código Civil*”⁹⁵.

Lejos estamos -afortunadamente- de aquella inquietante advertencia de Irti, de que el Código Civil y las leyes especiales se parecían a cuerpos errantes, carentes de toda relación y conexión.

En la civilística nacional Groisman⁹⁶, al referirse a la incidencia de la Ley de Relaciones de Consumo, ha señalado sin embargo la “*crisis del sistema jurídico*”, por la “imposibilidad de pretender seguir hablando de un solo sistema”, ya que “la realidad indica la existencia de dos sistemas (...) operando con principios y valores incompatibles”; una verdadera “fractura de nuestro sistema jurídico”, con dos sistemas “*con principios y valores inconciliables*”.

Pues bien; que el Código Civil ha dejado de ser la disciplina exclusiva de las relaciones privadas no puede ponerse en duda, como tampoco puede dudarse de la irrupción de un régimen especial para las relaciones de consumo, de un microsistema asentado en ciertos principios y valores diversos a los contenidos en aquél. Principios y valores que pertenecen a planos distintos, pues como dice Habermas⁹⁷, mientras los primeros tienen un sentido deontológico, los segundos tienen un sentido teleológico. Pero a pesar de la mutación operada la coordinación o conciliación entre régimen general (Código Civil) y régimen especial (LRC) sigue siendo posible y está asegurada por el propio inciso 2º del artículo 1 de la Ley 17.250, verdadero cordón umbilical de este microsistema como ha dicho Gamarra⁹⁸, que en todo lo no previsto hace que opere el sistema del Código, la gran sede de los principios, conceptos y categorías fundamentales. Y a pesar de que consagra excepciones, según el Maestro las directivas principales de la ley no están en contradicción o antagonismo frente al Código Civil, sino que más bien operan en el sentido de la modificación o desarrollo de los principios generales. El reenvío realizado marca la especialidad de la disciplina y remacha la unidad del sistema, evitando la fractura y desconexión absoluta entre ambos, puesto que se reconoce que el Código es la sede de los principios y reglas generales, que en las relaciones de consumo en algunos casos son especificados o excepcionados, cuando así lo exigen los in-

⁹³ Castañeda Muñoz, “*Avatares del Código Civil en el último tercio de siglo. Historia de la propia descodificación*”, ps. 45 y 48

⁹⁴ Rivera, “*La recodificación. Un estudio de Derecho Comparado*”, p. 7.

⁹⁵ Son palabras de Gamarra, “*Código Civil*”, p. 60 (cursivas de nuestra autoría).

⁹⁶ Groisman, Carlos, “*Crisis del Sistema Jurídico*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXV, ps. 719 y 722.

⁹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 328, introducción y traducción de Manuel Jiménez Rondo.

⁹⁸ “*Código Civil*”, p. 61.

tereses a ser tutelados. Los vacíos de este “microsistema” no se integran apelando a sus propios principios orgánicos, sino a las reglas y principios del Código Civil.

El problema no es realmente la pérdida de centralidad del Código Civil⁹⁹, dado que las grandes reglas y principios que conforman la Responsabilidad Civil, la Teoría General de las Obligaciones, la Teoría General del Contrato -entre otros- comportan núcleos normativos indesplazables, que siguen conservando una persistente centralidad en el sistema del Derecho Privado, siendo posible mantener la unidad del sistema a través de labor de interpretación, coordinación y adaptación de la “legislación especial” a la normativa codicial, que como ha dicho Alpa¹⁰⁰ “sigue siendo el tejido conectivo de las relaciones de derecho común”. Y la Constitución no puede, suplantando al Código, estar en el centro de las relaciones jurídico privadas¹⁰¹, relegándolo a ser sólo “*una parte del sistema del Derecho Privado*”, como propone Irti¹⁰². Sucede que en Italia la Constitución Republicana es posterior al *Codice Civile* en seis años, encontrándose allí el germen de la denominada descodificación (polisistema vs. monosistema) en la que el desarrollo legislativo de la misma dio lugar a la proliferación de leyes especiales que modificó profundamente el panorama del Derecho tradicional; la Constitución “asumió el cometido de diseñar el programa que debería llevar a cabo la República por intermedio de las leyes especiales”¹⁰³. Según Irti esta Constitución no consolida la sociedad del pasado, sino que proyecta la fundación de una nueva; no se limita a garantizar las antiguas libertades civiles y políticas, sino que penetra dentro del Derecho Privado, reconociendo la autonomía originaria de la familia y de las comunidades menores, asignando a la propiedad una función social, regulando el ejercicio de la iniciativa económica de los particulares. En España, como revela Castañeda Muñoz¹⁰⁴, la Carta Magna incorpora materias civilmente tradicionales, como persona y personalidad, derecho de propiedad y función social, matrimonio, tipos de filiación, ejercicio de la patria potestad y herencia, o da entrada a nuevas materias, como el Derecho de los consumidores. Y a la incidencia de las normas constitucionales en el proceso descodificadorio, en estos países hay que añadirle el influjo de las normas comunitarias en los respectivos Derechos nacionales, en especial de las Directivas.

En nuestro país -bien lo destaca Gamarra¹⁰⁵- no tenemos esa peculiaridad de un Código seguido por una Constitución programática que requería leyes especiales que la actuaran, incorporando nuevos principios que no se encontraban en aquel y que, por consiguiente, no podrían ser concebidas como sus especificaciones o desarrollos.

Por otra parte, como advierte De Cupis en su recensión crítica a Irti, el que la Constitución asuma la protección de algunos intereses particulares, de los que se ocupaba el Código comporta

⁹⁹ Como lo entiende, por ejemplo, Rodolfo Sacco, “*Codificare: modo superato di legiferare?*”, p. 120. Para el doctrinario italiano “*il declino del Codice è un fatto compiuto; il diritto civile stesso ha perduto la sua posizione centrale nel sistema*”. Ello derivaría a su juicio de una serie de circunstancias: el nuevo sistema normativo, las nuevas fuentes, las nuevas características de las normas civiles y particularmente el contenido de las mismas.

¹⁰⁰ Alpa, Guido, “*Modificazioni del Codice Civile e nuove leggi speciali*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, 1997, p. 791.

¹⁰¹ Enseña Gamarra que en materia de contratos es imposible que la Constitución sirva de guía, al carecer de definiciones, conceptos y categorías que se encuentran en la Parte General del Contrato; sus principios, de gran amplitud, como los de libertad e igualdad, no están destinados a disciplinar las relaciones concretas entre particulares, como las que emergen de los contratos. “*Código Civil*”, p. 65.

¹⁰² *La edad de la descodificación*, p. 98.

¹⁰³ Gamarra, “*Código Civil*”, p. 65.

¹⁰⁴ “*Avatares del Código Civil en el último tercio de siglo. Historia de la propia descodificación*”, p. 42.

¹⁰⁵ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, p. 164.

solamente una duplicación o reforzamiento de la tutela, no su completa sustitución¹⁰⁶. Los principios establecidos por la Constitución, dice Busnelli, se encuentran llamados a iluminar y a orientar el sistema, y no a fundar ellos mismos un sistema, ni menos aún un *contrasistema*¹⁰⁷. Una descodificación verdadera supone un vacío del contenido fundamental de un Código, una sustitución o reemplazo de su ideología y de sus principios cardinales por otros distintos¹⁰⁸.

Y no pueden dejar de señalarse tampoco las objeciones realizadas en torno a la dificultad para inferir principios generales de las leyes especiales que actúan el diseño constitucional y la fragmentariedad y ausencia de coherencia interna de los denominados microsistemas¹⁰⁹. Los principios que revelan los distintos microsistemas poseen una limitada generalidad, dada la propia variedad y autonomía de estos pequeños grupos de normas independientes, por lo que es de dudar seriamente que puedan ser considerados sistemas; en realidad el “sistema policéntrico” no es sino un amontonamiento de fragmentos diversos¹¹⁰.

No es dable pensar en la crisis del Código Civil, en la absoluta pérdida de centralidad del mismo en el Derecho Civil de nuestro tiempo. Lo que está en crisis -si de crisis prefiere hablarse- es una determinada concepción: la idea iluminista de que el Código Civil es la disciplina exclusiva de las relaciones jurídicas entre particulares, conformando un ordenamiento sistemático y completo que contiene una respuesta adecuada para todos los casos posibles¹¹¹. Ya no es la única disciplina aplicable a todas las relaciones, en todos los casos y para todas las situaciones. Lo que ha cambiado es la manera de ser central, puesto que ahora, siendo la única Ley general en la órbita del Derecho Civil, está destinado a ser la sede de los grandes núcleos conceptuales, reglas y principios que no son especificados o excepcionados por una norma particular o de sector. Al expresarse mediante reglas generales le está vedado, como dice Gamarra, ocuparse de lo particular y distinguir según el status de los sujetos; son las leyes sectoriales las encargadas de aportar en los casos necesarios la igualdad sustancial¹¹².

Pero estas leyes especiales, que realizaron una *desmitificación* del Código como disciplina completa y exclusiva, no conducen a la pérdida de importancia del Código, sino por el contrario, lo reafirman como Código central, “responsable por la unidad de todo el sistema jurídico del Derecho Privado, actuando en respaldo de los diversos microsistemas que carecen de cualquier ligamen ente sí, al menos si se pretende mantener a salvo la idea de sistema”¹¹³.

El problema de la dispersión legislativa -decíamos- no es realmente la pérdida de centralidad

¹⁰⁶ De Cupis, “*A proposito di Codice e di decodificazione*”, p. 51. Ver también Díez-Picazo, “*Codificación, descodificación y recodificación*”, ps. 480 y 481.

¹⁰⁷ “*¿Cómo codificar? El Método*”, p. 3.

¹⁰⁸ Tapia R., Mauricio, “*Codificación: entre pasión y desencanto por las Leyes*”, Revista Crítica de Derecho privado, N° 5, Editorial Carlos Álvarez, Montevideo, octubre 2008, p. 258, nota 66.

¹⁰⁹ López y López, Ángel, “*Constitución, Código Civil y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación*”, en Centenario del Código Civil (1889-1989), T. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1172.

¹¹⁰ De Cupis, “*A proposito di Codice e di decodificazione*”, p. 49.

¹¹¹ Michele Giorgianni anotaba en los ochenta que lo que estaba muerto era la idea del Código decimonónico, no la idea de Código. “*Tramonto della codificazione. La morte del codice ottocentesco*”, Rivista di Diritto Civile, Vol. 26, Parte I, Cedam, Padova, 1980, p. 52.

¹¹² Gamarra, “*Código Civil*”, p. 64.

¹¹³ Benetti Timm, Luciano, “*Descodificación, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el Código Civil?*”, in The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, The Berkeley Electronic Press, Vol. 3, N° 1, 2008, p. 24 (versión electrónica en <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art2>).

del Código. El problema es otro. Radica más bien en los *desajustes del sistema* -cada vez más complejo- producto de la técnica y el número creciente de las leyes “especiales” que progresivamente comienzan a erosionar la coherencia, la consistencia y la armonía interna del mismo, normas que ya no son formuladas, ni aprobadas, con los mismos criterios, ni con la misma técnica, ni con el mismo lenguaje, ni con el mismo rigor con que se elabora un Código¹¹⁴.

Las leyes que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias y ocasionales, al decir de Zagrebelsky, distan mucho de la Ley por excelencia que era el Código. En éste se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la Ley: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio y a todos los ciudadanos, el carácter deductivo del desarrollo de sus normas, *ex principiis derivaciones*, la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud¹¹⁵.

Hay un marcado deterioro de las características de generalidad y abstracción de las leyes. La “pulverización” del Derecho legislativo, ocasionada por la multiplicidad de leyes de carácter sectorial y temporal produce una reducción de la generalidad y abstracción, a lo que se suma la cada vez más marcada “contractualización” de sus contenidos, producto de un proceso político en el que participan numerosos actores sociales (grupos de presión, sindicatos, partidos políticos, etc.). Y a esta pulverización se añade la *heterogeneidad* de sus contenidos; el pluralismo de las fuerzas sociales y políticas conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes¹¹⁶. Irrumpen así distintos tipos de leyes: leyes incentivo, leyes marco, leyes programa, leyes medida, y hasta leyes que cumplen las veces de cómodo cajón de sastre, como las presupuestales¹¹⁷. Leyes que carecen de esa racionalidad jurídico-formal de la que habla Atienza¹¹⁸, vale decir, la exigencia de que la nueva ley deba insertarse armoniosamente en un sistema jurídico dado. Para este autor la contraposición entre esta racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica es manifiesta en los trabajos de elaboración de las mismas, “*en los que cada vez más participan economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica*”, proceso que “*ha ido acompañado de una pérdida de sistematicidad y coherencia de las leyes que no siempre lleva consigo un aumento de su eficiencia, por la sencilla razón que los aplicadores del derecho (...) siguen siendo juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal*”¹¹⁹.

Se produce, según Mauricio Tapia, una permanente tensión entre la pasión por legislar y el desencanto proveniente de la inflación legislativa que es su consecuencia. Pasión que obedece a una pluralidad de causas (burocratización de la actividad legislativa, diversificación del objeto de las leyes, renovación de las funciones de la ley, confianza en sus virtudes cual “remedio má-

¹¹⁴ Schlesinger, “*Il tramonto del Codice Civile*”, N° 3, p. 81.

¹¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 32, traducción de Marina Gascón.

¹¹⁶ Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, ps. 36 y 37. Gema Marcilla Córdoba, “*Sobre la necesidad de una nueva Ciencia de la Legislación*”, en *Elementos de Técnica Legislativa*, p. 97, destaca que la Ley ha perdido en los actuales ordenamientos su primacía jerárquica, en cuanto su calidad técnica padece un agravamiento en el deterioro de sus clásicos atributos racionales de generalidad, abstracción, simplicidad, sencillez, claridad, etc. En el mismo sentido Fernando de Trazegnies, *Postmodernidad y Derecho*, Temis, Bogotá, 1993, p. 39.

¹¹⁷ Tomás y Valiente, “*La codificación, de utopía a técnica vulgarizada*”, p. 123.

¹¹⁸ Atienza, Manuel, “*Contribución para una teoría de la Legislación*”, en *Elementos de Técnica Legislativa*, p. 19. El autor propone cinco modelos de racionalidad (lingüística, pragmática, jurídico-formal, teleológica y ética) partiendo del proceso de producción de las leyes como resultado de una serie de interacciones entre distintos elementos: editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores.

¹¹⁹ Atienza, “*Contribución para una teoría de la Legislación*”, p. 25.

gico”) y que trae consigo inexorablemente un exceso abrumador de normas, una sensación de hastío. Este proceso de hipertrofia legislativa torna cada vez más difícil la comprensión y aplicación de las mismas, oscureciendo la ordenación civil creada por el Código, provocando un desencanto por la legislación. El Derecho pierde así sobriedad y deviene abundante, opaco, e inestable¹²⁰.

A los desajustes del sistema, producto del pluralismo legislativo, del aumento incontrolado de la legislación -con normas que tienen su propia ratio, su propia técnica, su propio y específico ámbito de aplicación, su propio lenguaje- se suma la circunstancia que algunas de las soluciones del Código ya no se adecuan a la realidad actual, como sucede por ejemplo con la disciplina de la prescripción extintiva, el Derecho de las garantías, la inadmisibilidad de la lesión calificada, la excesiva onerosidad superviniente y la reducción judicial de la cláusula penal excesiva, por citar tan solo algunos extremos de relevancia en la órbita del Derecho Civil patrimonial.

Recientemente hemos abordado el tema de la prescripción extintiva¹²¹, manifestando la conveniencia de la reforma de la normativa en la materia, de manera de acompararla a las actuales exigencias. La aceleración del tiempo en el orden social en las últimas décadas, con una nueva dinámica en el tráfico económico y jurídico, pone de manifiesto las deficiencias de la regulación de la institución. La excesiva duración de los plazos “tiene por consecuencia una paralización o estancamiento de la actividad humana”¹²². Señala Patti¹²³ que los Códigos Civiles fueron concebidos para disciplinar un mundo distinto del de hoy; el mundo de ayer era “*el mundo de la seguridad*” (Stefan Zweig), caracterizado por un ordenado desarrollo de las relaciones sociales y de la previsibilidad de los distintos acontecimientos en las distintas fases de la vida. Una seguridad objetiva que nacía de la estructura misma de la sociedad, en la que los Códigos, recogiendo y fijando los valores dominantes, constituían un marco de referencia cierto y seguro, en base al cual todo individuo sabía lo que cabía esperar de los demás individuos y de la autoridad pública¹²⁴. En ese contexto de regularidad y certeza, y de lento desarrollo de las relaciones sociales, se justificaban los largos plazos ordinarios de prescripción (de treinta y de veinte años), que en esa instancia representaban una buena parte de la vida de la persona humana. Hoy dichos plazos se revelan inadecuados. La reforma en la materia debe ir dirigida a una abreviación de los términos, trazando con precisión los límites operativos de la autonomía privada, con un plazo general de tres o cinco años como máximo, como ha sucedido con las reformas de 2001 en Alemania o Francia en 2008, sin perjuicio de algunos pocos plazos más que contemplen las particularidades de ciertas relaciones jurídicas. Y dejar a la iniciativa privada la abreviación o extensión de los mismos dentro de ciertos límites razonables, a través de la fijación de topes mínimos o máximos, como lo ha hecho la Ley 2008-561 en Francia, que no permite acortar a más de un año, ni extender a más de diez (artículo 2254), o la Ley catalana 29/2002, que impide reducir el plazo legal a más de la mitad o ampliarlo a más del doble (artículo 121-3). La reducción de la extensión de los plazos deberá ir acompañada, además, de una simplificación y disminución del número de plazos especia-

¹²⁰ Tapia, “*Codificación: entre pasión y desencanto por las Leyes*”, p. 243 y ss.

¹²¹ *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil. Estudio de su régimen jurídico en el Código Civil y en la Ley de Relaciones de Consumo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, junio 2010, ps. 257-259.

¹²² Malaurie, Philippe, “*Exposé des motifs*” al Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription, París, 2005, p. 193 (http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/files/rapport_catala.pdf).

¹²³ Patti, Salvatore, “*Certeza e giustizia nel Diritto della prescrizione in Europa*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Vol. 64, Nº 1, Giuffrè, Milano, 2010, p. 21 y ss.

¹²⁴ Cfme. Faralli, Carla, “*¿Certeza del derecho o “derecho a la certeza”?*”, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 4, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 76.

les, que hoy existen en demasía a lo largo de nuestro Código Civil, con la completa supresión de las prescripciones denominadas “*presuntivas*”, que en ese contexto carecerían de toda razón de ser. La instancia de reforma debería ser propicia también para una orgánica disciplina de la caducidad de los derechos, con una regulación diferenciada según la naturaleza disponible o indisponible de la relación jurídica de que se trate -como lo han plasmado efectivamente los Códigos italiano, portugués, catalán y boliviano, entre otros- mediante una precisa delimitación de las normas de la prescripción extintiva que le resultarían aplicables, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en función de un principio de economía legislativa. Sin duda es preferible una disciplina diferenciada del instituto, en la medida en que no resulta adecuado someter a los derechos de naturaleza disponible al mismo régimen de los que no lo son, fundamentalmente en lo que respecta a la posibilidad de estimación de oficio por el Juez, renuncia, modificación convencional de los términos legales y suspensión de su curso por acuerdo de partes.

En suma, más allá de los matices, que sin duda siempre los hay, lo que parece necesario en el actual contexto es la exigencia de repensar el régimen de la prescripción extintiva y de regular con precisión la caducidad. Y también incorporar algunos institutos, como la lesión calificada y la excesiva onerosidad superviniente¹²⁵, que hoy carecen totalmente de una base legislativa, pero que no obstante han dado lugar a opiniones diversas en la civilística nacional, puesto que con diversos argumentos se ha pretendido viabilizarlos en el actual sistema codificado.

Para Molla¹²⁶ ha llegado el tiempo de actualizar el Derecho Positivo Privado patrimonial, coordinando los principios del Derecho de la Competencia con los del Derecho del Consumo, unificando el Derecho de las Obligaciones e incorporando, entre otros, los institutos de la lesión, la imprevisión y la categoría de los contratos por adhesión.

Paolo Grossi ha dicho que vivimos un tiempo de replanteamientos, de los cuales los juristas “no pueden sentirse eximidos: viejas certezas, en las cuales veían encarnadas determinados valores, aparecen ahora como ídolos caídos, mientras las nuevas exigencias desorientan a quienes se habían acostumbrado a una navegación tranquila. Posiblemente entre los juristas, sólo el historiador del Derecho se siente como en su casa, porque los tiempos actuales, que parecen conducirnos a un panorama incierto, han recuperado un tesoro inestimable: la historicidad del Derecho y, con ella, su “dinamicidad”, elasticidad y relatividad”¹²⁷. Señala que en las últimas décadas estamos contemplando la crisis del legalismo y del formalismo, y el triunfo de la historicidad. Un Derecho duro y rígido, voluntariamente impermeable a la realidad exterior, está siendo rápidamente sustituido por otro elástico y soft; un Derecho volcado de nuevo sobre la materialidad de la experiencia, que ha encontrado nuevamente en la praxis su motor de propulsión.

V. El desafío de una reforma, que responda a determinados paradigmas, que refleje ciertos principios y valores, basados en un renovado sistema de ideas, comporta una difícil y compleja tarea, que demanda con carácter previo el estudio de cuestiones tales como la conveniencia de la

¹²⁵ Cabe mencionar en ese sentido el Proyecto presentado al Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho: Jaime Berdaguer. “*Teoría de la imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo Proyecto de Ley presentado al Instituto de Derecho Civil*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXVII, Fcu, Montevideo, 2007, p. 537 y ss.

¹²⁶ “*Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250*”, p. 734.

¹²⁷ Grossi, Paolo, *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 343, estudio introductorio, traducción y notas de Rafael García Pérez.

unificación del Derecho Privado y la oportunidad de incorporar al Código normas sobre los consumidores, como ha sucedido con la sustancial reforma del Derecho Alemán de Obligaciones vigente desde 1º de enero de 2002 (*Gesetz sur modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001¹²⁸), que ha permitido modernizar a un Código -el BGB- con más de un siglo de vigencia, Código del que pudo decir Hans Dölle¹²⁹ que antes que abrir las puertas del siglo XX, más bien cerraba las del siglo XIX. Y si bien llevó por título “*Modernización del Derecho alemán de Obligaciones*”, según lo expresa Reinhard Zimmermann¹³⁰ “es la reforma más radical que jamás haya sufrido el Código”, donde la mayor parte ha quedado confinada al Derecho de los Contratos, más bien que al Derecho de las Obligaciones.

Para llevarla a cabo deben fijarse las Bases de la reforma, que permitirán vislumbrar el camino a seguir; una Ley de Bases que establezca las instituciones centrales, las grandes líneas y principios que deben orientarlas.

Según Busnelli las tentativas más recientes no son apasionantes. El nuevo Código de Quebec es muy largo (3168 artículos) para ser un Código moderno: es minuciosamente analítico. El nuevo Código brasileño de 2002 es demasiado “sabio”: no se desprende suficientemente de los conceptos del *Allgemeiner Teil* del BGB, y es demasiado “tímido” (así lo indica Joao Baptista Villela) en relación a los derechos fundamentales de la persona. El nuevo Código holandés es demasiado “eclectico”: “ya no pertenece por completo a la familia civilista francesa”, “la aproximación sistemática lo acerca más bien al grupo germánico”, pero “la influencia del *common law* es manifiesta” (Arthur S. Hartkampt).¹³¹

Manifiesta el doctrinario italiano que se debería más bien buscar seguir la lección de Portalis, que todavía es actual: “lo esencial es de imprimir a las nuevas instituciones ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles *el derecho a transformarse en antiguas*”¹³¹.

En 2001 Alemania, luego de un largo proceso, reformó sustancialmente su Derecho de las Obligaciones, incorporando nuevas soluciones a un Código con más de un siglo de vigencia, comportando una verdadera *recodificación*¹³² del Derecho Civil, pues persigue los objetivos propios

¹²⁸ Es bien significativo el proceso de reforma del Derecho alemán de Obligaciones, donde como consecuencia del estado de opinión el Ministerio Federal de Justicia, a finales de los 70, decidió encomendar una veintena de dictámenes académicos para analizar el Derecho vigente, detectar sus carencias y plantear soluciones, siendo publicados en tres volúmenes entre 1981 y 1983. En 1984 se constituyó oficialmente la Comisión para la reforma, que culminó su Informe final en el año 1991. El proceso culminó con la sanción de la Ley de modernización el 26 de noviembre de 2001. Cfme. Zimmermann, Reinhard, *El Nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona 2008, p. 31 y ss., traducción de Esther Arroyo i Amayuelas. Cañizares Laso, Ana, “*La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de las Obligaciones*”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Vol. 1, Civitas, Madrid 2003, ps. 409-411. Albiez Dohrmann, Klaus Hochen, “*La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado*”, Revista de Derecho Privado, N° 3, Madrid 2002, p. 189. Infante Ruiz, Francisco, “*Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de Obligaciones y la Gran Solución*”, Revista de Derecho Patrimonial, N° 8, Madrid 2002, ps. 155-158. Lamarca i Marqués, Albert, “*La modernización del Derecho alemán de Obligaciones: la reforma del BGB*”, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2001, Barcelona, abril 2001.

¹²⁹ Dölle, Hans, “*La codificazione civile del tempo presente*”, Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell’Economia i Diritto Sociale, Vol III, fasc. 1-4, Pisa, 1950, p. 25.

¹³⁰ *El Nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Introducción, p. XXV.

¹³¹ Busnelli, “*¿Cómo codificar? El Método*”, ps. 6 y 7.

¹³² Albiez Dohrmann, “*La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado*”, p. 188 y ss.

de la recodificación: la modernización del Derecho, la información y la transparencia interna, la expresión y garantía de un pensamiento que busca la sistematización del Derecho¹³³.

Se ha señalado que el objetivo de un proyecto neocodificador debe ser “sistematizar” y “racionalizar”; ofrecer un arquetipo estructural que exprese un orden interno, apelando al sentido racional teórico y práctico del sistema de codificación, a una forma de coherencia compleja que depende en amplia medida de criterios valorativos y de ponderación¹³⁴.

Pensamos que sin llegar a la elaboración de un nuevo Código que sustituya completamente al Código de Narvaja, es posible transitar por una reforma de algunos sectores, al estilo de lo sucedido en el sistema alemán, pues la modernización del Derecho -como ha dicho Albiez Dohrmann- continúa siendo un ideal perfectamente legítimo para seguir codificando¹³⁵.

Las voces que proclamaban el ocaso de la codificación, que había pasado y sido convertida en una técnica generalizada y vulgarizada¹³⁶, despojada de su carga axiológica y utópica, alejada de sus raíces, con la utilización cada vez mas frecuente de la técnica formal de los Códigos aplicada a las leyes generales, que había llegado la hora de “despedirse del Código Civil” -según la célebre expresión de Schlegelberger¹³⁷- parecen haberse apagado. Los hechos demuestran que a pesar de todo la codificación sigue plenamente vigente, pues en el Siglo XXI también continúan sancionándose nuevos Códigos Civiles, aprobándose nuevas y sustanciales reformas, modernizándose vastos sectores de los mismos. Sirvan como ejemplos el Código Civil de Rusia (2001), el de Brasil (2002) y el de Ucrania (2004); la codificación sectorial comportada por el Codice del Consumo italiano (2005) y el Código del Consumo de Cataluña (2010); las reformas del BGB (2001) y del Código francés (2008); el intenso proceso para la codificación de Derecho Privado llevado a cabo en China desde los ochenta, que representa sin duda un ejemplo bien significativo. El Código Civil de la República de China de 1929, modelado sobre el BGB de 1900 y el Código Suizo de las Obligaciones de 1911, fue abolido en 1949 con el establecimiento de la República Popular de China y solo se mantuvo en Taiwán. Pero a partir de 1982, con el éxito de la reforma económica, el legislador volvió a planificar la elaboración de un nuevo Código Civil. En 1986 se sancionan los *Principios Generales del Derecho Civil*, que consta de nueve partes y 156 artículos, estatuyendo los más importantes principios e instituciones, aplicables por igual al Derecho Civil y al Comercial. Desde el año 2000 ha habido un intenso debate entre los académicos chinos sobre la estructura de este futuro Código Civil. Así Jiang Ping, con una visión pragmática, sostiene que el modelo tradicional del Código Civil continental es muy rígido para satisfacer las necesidades del desarrollo de una sociedad moderna, por lo que debe ser más elástico en orden a comprender las ventajas del *Common Law*, siendo imposible disciplinar todas las relaciones en el Código, el que debería más bien regular los más importantes principios e instituciones civiles. Por su parte Liang Huixing y Wang Liming cuestionan radicalmente esa idea, siendo partidarios de que el nuevo Código adopte la sistematización del modelo alemán, reforzando la protección de los derechos de la personalidad, cuya carencia es un defecto del BGB, correspondiendo incluirla

¹³³ Albiez Dohrmann, “Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, Anuario de Derecho Civil, Vol. 55, Nº 3, Madrid, 2002, p. 1140.

¹³⁴ Suárez Llanos, “El sueño de la codificación y el despertar del Derecho”, ps. 240-241.

¹³⁵ Albiez Dohrmann, “La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado”, p. 191.

¹³⁶ Francisco Tomás y Valiente, “La Codificación, de utopía a técnica vulgarizada”, p. 124. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Neubearbeitete Auflage, 1967, p. 27 (citado por el primero).

¹³⁷ Schlegelberger, “Congedo dal Codice Civile”, 1937 (citado por Hans Dölle, p. 28, nota 10).

sistemáticamente en forma previa a las disposiciones sobre la propiedad. El 23 de diciembre de 2002 el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional estableció el Primer Proyecto de Código Civil, que consta de 1209 artículos, dividido en nueve partes (Parte General, Derechos Reales, Contratos, Derechos de la Personalidad, Matrimonio, Adopción, Sucesiones, Daños y aplicación de las normas civiles que conciernen al interés extranjero). El legislador y la mayoría de los académicos confían en que este Proyecto será efectivamente el nuevo Código Civil, que tendrá un carácter unificador, pues versará no solamente sobre el Derecho Civil, sino también sobre el Derecho Comercial. La Codificación ha sido planificada en 1998 por el Comité Permanente en tres etapas a culminar en 2010: una primera etapa con la sanción de varias leyes civiles especiales (Ley de Contratación de 1999, Ley sobre Derechos Reales de 2007, Ley de Responsabilidad Civil de 2009, etc.), luego la revisión de los Principios Generales del Derecho Civil y su conversión en Parte General del Código Civil; finalmente, la combinación de la Parte General con las leyes especiales de Derecho Civil. Se incorporan al futuro Código muchas instituciones y conceptos del *common law*, representando una mixtura de soluciones de uno y otro sistema, buscando construir un nuevo y moderno sistema de codificación en el mundo, en el que se equilibran todas las tradiciones jurídicas¹³⁸.

¹³⁸ Amplias referencias sobre el proceso de codificación en China en Lihong Zhang, “*Los últimos avances en la Codificación del Derecho Civil Chino*”, ps. 467-503. El tema ha estado recientemente en la agenda académica en la Conferencia celebrada en la ciudad Universitaria de Hong Kong los días 22 y 23 de octubre de 2010: “*Hacia un Código Civil de China: perspectiva histórica y comparativa*”.