

## CODIFICACIÓN

por  
Luis Moisset de Espanés

Revista del Colegio de Abogados de Villa María, Año 2, N° 4, agosto de 1999, p. 13 y ss.<sup>1</sup>

---

La idea de las codificaciones nacionales responde a necesidades de estructura del mundo de Occidente en el momento del nacimiento del moderno Estado occidental a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. En ese instante, para afianzar la soberanía de los estados nacionales, se considera indispensable fortalecerla con codificaciones propias, es decir legislación nacional propia, diferenciada de la de los otros Estados, para reforzar la individualidad o personalidad del Estado naciente.

Es cierto que esta manera de proceder provoca un fraccionamiento en la idea de derecho, como ciencia, que se había mantenido durante la Edad Media, tomando como eje al Derecho Romano como paradigma de la Ciencia del Derecho, desde que se redescubrió el Digesto y la Escuela de Bolonia difundió su enseñanza. Todos los juristas de Europa, a partir de ese momento, hablaban un lenguaje común, fundado en el Derecho Romano, y podían sin dificultad trasladarse de un país a otro, sea para enseñar, sea para practicar el Derecho, que era esencialmente el mismo, por sus raíces y su contenido.

El Estado Moderno, al sancionar los derechos nacionales, por la vía de las codificaciones, quebranta la idea de un derecho común, y da lugar incluso a que llegue a afirmarse que la modificación de una ley puede borrar de un plumazo toda una biblioteca.

En realidad esto no es cierto, porque en lo profundo

---

<sup>1</sup>. Conversación mantenida con miembros de la Comisión Directiva, quienes la grabaron y publicaron.

subsiste la necesidad de que las normas respeten la naturaleza de las cosas, es decir la naturaleza de las relaciones sociales y atiendan a regularlas con "justicia". Vemos así que, aunque haya diferencia en los textos, por lo general en todos los países se llega a soluciones similares, porque la solución justa no puede diferir sustancialmente, aunque se marquen algunos pequeños matices diferenciales.

Esas diferencias, sobre todo, se dan en normas que son de "pura técnica jurídica", en especial aquellas que tienden a hacer prevalecer el valor "orden"; por ejemplo, en materia de circulación de automotores, por una razón de orden se dispone que los vehículos circulen por una mano, y así vemos que en Inglaterra circulan por la izquierda, mientras que en el continente europeo, o en Argentina, lo hacen por la derecha. ¿Cuál es la norma justa? ¿Circular por la izquierda o circular por la derecha? La elección parece indiferente; se trata de una norma técnica que establece el orden: circular por una mano, para evitar colisiones.

Las normas que procuran establecer el "orden" pueden ser más o menos perfectas, debemos advertir, además, que algunas de ellas no son puramente técnicas, sino que se entremezcla en ellas en alguna proporción lo que es técnica, con lo que responde a la naturaleza de las cosas. Por ejemplo, en la transmisión de la propiedad, ¿qué es más justo? ¿Exigir como modo constitutivo la entrega de la cosa, la tradición, como lo hacía el Derecho romano, y lo hace nuestro Código? ¿Transmitir la propiedad por vía de la inscripción registral, como lo exige el derecho alemán? ¿Transmitir la propiedad por el solo consentimiento como establece el Código francés?

Son tres técnicas distintas; quizás con cualquiera de ellas pueda establecerse un orden suficiente para que haya justicia, pero ninguna de las tres puede desprenderse totalmente de un hecho, que es natural: que el propietario tenga el poder efectivo sobre la cosa. Vemos así que en el derecho francés, donde la propiedad se transmite por el simple consentimiento, es

menester que después se haga entrega de la cosa; y en el derecho alemán, aunque la propiedad se transmite por medio de la inscripción, no se tiene real y efectivamente poder sobre la cosa si el adquirente no la recibe; y en el derecho argentino, donde la propiedad se obtiene mediante la entrega de la cosa, quizás no hay una adecuada oponibilidad de esa transmisión mientras no se la publicite.

En todos estos casos la técnica elegida debe conjugarse con la naturaleza de las cosas, para obtener el resultado justo, y el legislador prudente debe atender estos aspectos al seleccionar las normas que regularán su legislación interna.

Resulta interesante destacar que en un momento histórico dado, a comienzos del siglo XIX, la labor de codificación se extiende a todos los países del mundo occidental por necesidad de hacer efectivos los postulados del naciente Estado moderno. A lo largo del siglo XX, siguiendo esa concepción ideológica que predominó en el XIX, se prosigue la labor de codificación, con el carácter de renovación y puesta al día, por el hecho de que los cambios sociales que se iban produciendo exigiendo retoques mayores o menores en la legislación interna de derecho privado, para adecuarlas al cambio social e, incluso, a algún cambio producido en la naturaleza de las cosas, que deben reflejarse en las normas vigentes.

Procuraré dar un ejemplo ilustrativo; en el siglo pasado, mientras algunas legislaciones mantenían la propiedad horizontal, en otras había desaparecido porque no se sentía necesidad de esa figura. A mediados de este siglo, sea porque no se la había legislado, sea porque las normas vigentes resultaban anticuadas, fue necesario regular de manera totalmente nueva la propiedad horizontal porque se había producido un cambio en la realidad social, el fenómeno de la urbanización, es decir la marcha de la población rural hacia las ciudades, que crecen desmesuradamente, a punto tal que un gran historiador inglés contemporáneo, Toynbee, escribe un libro que titula "Ciudades en marcha". Esa nueva forma de vida social, de carácter urbano, con

grandes aglomeraciones de población en las ciudades, crea la necesidad de regular de nuevo la propiedad horizontal, para incorporarla en aquellas legislaciones que la habían dejado de lado, o adecuarla a ese cambio que se había producido en la "naturaleza de la vida social".

La renovación total de los Códigos, en este siglo, solamente se produce en aquellos países que no habían tenido códigos propios. Como ejemplo podemos citar el caso de Paraguay, cuyo Código era simplemente el Código Civil argentino, adoptado en bloque a fines del siglo pasado; o en Bolivia, cuyo Código era una traducción al castellano del Código civil francés, o en Quebec, donde también se tenía un Código que prácticamente era el Código Napoleón; o en Holanda, cuyo cuerpo de leyes fundamental era también la traducción al holandés del Código francés. Me limito a citar los principales ejemplos de países que han procedido en los últimos años a cambiar totalmente su Código. Podemos sumar a ello lo sucedido en Italia, que en 1942 sanciona un nuevo código Civil para reemplazar al de 1865, que era prácticamente el código Civil francés traducido al italiano.

Quede en claro que la principal causa de reemplazo total de un Código fue el deseo de contar con un "derecho nacional", pero en todos los ejemplos que mencionamos es notable que el legislador prudente, aunque elabore una renovación total de las estructuras metodológicas y de gran parte del articulado, sobre todo para poner al día las soluciones que en él se contemplaban, mantiene el lenguaje tradicionalmente empleado en cada uno de esos países, que ya se había consagrado como una forma de hacer justicia. En efecto, cada norma jurídica contempla un determinado "supuesto de hecho", dando la solución que considera adecuada. Esa norma contiene un mensaje que debe ser correctamente interpretado y, a veces, aunque el lenguaje empleado por la norma no sea gramaticalmente el más puro o correcto, cuando con su interpretación se ha obtenido un resultado justo, el legislador prudente no considera necesario cambiarlo, porque cualquier cambio puede provocar nuevas

interpretaciones, discordantes con la justicia.

En todos estos Códigos nuevos se advierte que una gran cantidad de sus normas -por lo general la mayoría- reproducen sin cambios, aunque con otra ubicación o numeración, las leyes que ya se encontraban. Esto es lo que sucede, para dar un ejemplo, con el Código peruano de 1984, que reemplazó al de 1936, donde más de la mitad del articulado reproduce las normas que estaban vigentes; o en el Código paraguayo de 1986, que procura ser un Código nuevo, inspirándose en ideas incorporadas al Código italiano de 1942, y también en gran medida en el Proyecto argentino de 1936, pero que mantiene más de una tercera parte de las normas con la redacción que tenía el Código de Vélez e incluso algunas que habían sido incorporadas posteriormente por la Ley 17.711, como las normas sobre mora, sobre lesión, sobre abuso del derecho, que no son tomadas del viejo Código de Vélez, sino de las reformas introducidas por la ley 17.711, y al mantenerlas se consagra una base común que facilita la tarea de uniformar el derecho vigente en los países que integran el Mercosur.

Esa prudencia en el obrar del legislador debe estar siempre presente, porque el cambio en el lenguaje lleva inconscientemente, a pensar que se están introduciendo soluciones diferentes y causa, durante algún tiempo, confusiones interpretativas, hasta que se produzca un asentamiento en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. El cambio innecesario de lenguaje en las soluciones que se proponen suele provocar algo de inseguridad y algo de injusticia.

Hasta hace una decena de años, aproximadamente, pensaba que era conveniente una reforma total del Código, respetando los parámetros a que me refería recién pero, además, consideraba indispensable que esa tarea se realizase ajustándola a los requerimientos de una adecuada técnica legislativa. En 1989 se me pidió opinión y elaboré un memorándum donde indiqué los pasos que, a mi entender, deben darse si se encara una obra tan ambiciosa como es la reforma total del código.

El primero de esos pasos es la sanción de una ley de "bases", en la que se establezca el pensamiento generalizado, o mayoritario sobre la orientación de la reforma, fijándose por anticipado lo que es necesario mantener, y lo que conviene modificar, de manera que el legislador no obre como un iluminado, imponiendo criterios personales, sino que atienda a lo que la sociedad reclama.

La ley de "bases" debe elaborarse por un pequeño grupo de juristas, y someterse a la consideración de la opinión jurídica general, antes de someterse a su aprobación por el Congreso. Luego quienes integren las comisiones redactoras deberán concretarse a dar forma a las propuestas que respeten esas "bases" que la opinión jurídica mayoritaria ha establecido, para que no suceda, como ha pasado algunas veces, que se incluyan en los proyectos soluciones "milagrosas" propuestas por sólo alguno de los redactores, y repudiadas o desconocidas en el resto del mundo, o por toda la doctrina nacional, como pasa en un proyecto reciente de Código de Derecho privado, en el que se procura incorporar como nuevo derecho real la inhabilitación voluntaria, pese a que la institución no está contemplada como tal en ningún otro ordenamiento jurídico, y los juristas argentinos, en su inmensa mayoría, la consideran innecesaria.

El segundo paso, luego de la aprobación de la ley de "bases", es la elaboración de los anteproyectos, que deben someterse también al un adecuado debate de toda la opinión jurídica con tiempo suficiente, haciendo llegar copias de esos anteproyectos -para que analicen sus posibles virtudes o defectos-, a todos los Tribunales de Justicia del país, a todas las Asociaciones Profesionales vinculadas con el Derecho (es decir, Colegios de Abogados, Colegios de Escribanos, Asociaciones de Magistrados), a las Universidades, a las dos Academias Nacionales de Derecho e incluso a instituciones sociales que pueden verse afectadas en su funcionamiento por la sanción de estas leyes que alcanzan al tejido íntegro social del país, para que se expidan con tiempo y formulen las observaciones

pertinentes.

Estos pasos no se han dado, y sin duda es menester que se den antes de la sanción de un proyecto integral de reforma del Derecho privado.

Pero estos aspectos, que se vinculan con la reforma integral de un código, me llevan a reflexionar sobre otro problema. En los últimos años he llegado al convencimiento de que la renovación total de los códigos nacionales es una labor anacrónica, fuera de tiempo. Y, ¿por qué digo que es anacrónica, o fuera de tiempo? Porque el mundo en estos dos últimos siglos ha cambiado sustancialmente, y los viejos Estados nacionales están marchando aceleradamente hacia las "integraciones regionales". Los primeros pasos positivos se dieron después de la segunda guerra mundial con el nacimiento de las comunidades económicas en Europa, que han ido llevando paulatinamente -en el curso de los últimos cincuenta años- a la conformación de la unión Europea.

En Europa, en estos momentos, ninguno de los países que integran la Unión Europea piensa en reformar totalmente sus códigos, aunque están preocupados por adaptarlos a las nuevas necesidades de la comunidad europea y para ello se están siguiendo dos caminos. El primero es el camino de las directivas dadas por el Consejo de Europa, directivas cuya aplicación es obligatoria para los países miembros, y que llevan a que esos países miembros formulen leyes especiales de modificación de su Derecho privado interno a los fines de lograr la uniformidad, o al menos la armonía, del sistema jurídico en todo el Mercado Común Europeo. Pero, además, la formación de la Unión Europea ha traído como consecuencia la abdicación de aspectos de la soberanía sumamente importantes, clara manifestación de ello es el "Euro" (la moneda común europea).

La moneda era considerada como uno de los símbolos clásicos de la soberanía nacional y, sin embargo, todos los países de la Unión Europea han aceptado el establecimiento de una moneda común que reemplazará a las monedas nacionales.

A más de esto, en algunos campos, las directivas de la comunidad europea tienen fuerza operativa aun cuando no se hubiera modificado la legislación interna y se encuentran por encima del derecho nacional, que deberá interpretarse a la luz de las directivas de la Comunidad.

El esfuerzo que se está realizando es muy serio y en él están empeñadas diversas instituciones -como la Academia de Pavía, y Unidroit- que trabajan en proyectos de legislación uniforme. Así, la Academia de Pavía está terminando de elaborar un proyecto de Código de contratos y obligaciones europeo, y el Unidroit viene desde hace años trabajando en un proyecto de código de contratos uniforme. Los juristas europeos, en la actualidad, marchan por el camino de dar un código común a Europa, sin preocuparse por renovaciones totales de los códigos internos, ya que un trabajo enfocado de esa manera sólo sería un obstáculo a la Unión Europea. La modificación total de la codificación interna está en franca discordancia o choque con el camino que está siguiendo el mundo.

¿Qué pasa en América?

En Latinoamérica hubo unos primeros intentos con la ALALC, la Aladi, o el Pacto Andino, que se han frustrado de manera total o parcial y recién, con más de cuarenta años de retraso con relación a Europa, vemos que empieza a funcionar de alguna manera el Mercosur, con cuatro países que lo integran (Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina) y dos que han pedido asociarse (Bolivia y Chile). Creemos que el actual Mercosur, en su expansión, debería llegar a cubrir todos los países de habla luso-hispana, es decir todos los países de Iberoamérica.

En el Mercosur se han dado pasos muy importantes en el camino de unificación económica, pero están faltando los pasos de la unificación jurídica, tanto en sus aspectos de legislación como de aplicación del derecho.

La visión del jurista hacia el siglo XXI no es la de diversificar los derechos nacionales, sino la de unificar los derechos regionales. Entonces, antes de sancionar un nuevo código

nacional que reemplace al vigente, y cree una pugna mayor y diferencias más grandes con los derechos internos de los socios del Mercosur, el esfuerzo debería centrarse en armonizar la legislación del Mercosur.

Por ejemplo: Paraguay sigue teniendo en muchos puntos contacto entre su legislación interna con la legislación argentina, porque, aunque hoy ya no tenga el mismo código, la renovación de hace 13 años (1986) mantiene una cantidad de normas que son similares.

Por otra parte, Uruguay ha mantenido siempre grandes semejanzas, desde el tiempo en que nació su Código Civil, o en las posteriores legislaciones complementarias, en las cuales se han hermanado las ideas que imperaban en una y otra margen del Plata.

¿Por qué digo desde que nació su Código civil? El principal autor del Código civil uruguayo, que presidió su comisión redactora, fue Tristán Narvaja, jurista nacido en Córdoba y radicado en Uruguay, a quien se le otorgó la ciudadanía uruguaya por haber realizado la obra de codificación. Ya en el mensaje que envía la Comisión de codificación, acompañando el proyecto, antes de que en nuestro país se sancionase el Código Civil (porque el Código civil uruguayo es anterior al Código argentino) se dice que, sobre todo en la parte de derechos patrimoniales, en materia de obligaciones, una de las fuentes era el proyecto de Don Dalmacio Vélez Sársfield, que ya se había difundido en Argentina y fuera de ella.

Recordemos que el proyecto de Vélez, antes de transformarse en ley, fue difundido libro por libro para que fuese analizado por la entonces apenas incipiente comunidad jurídica, porque podemos decir que casi no había opinión jurídica, no existían más Facultades de Derecho que las de la Universidad de Córdoba y de la Universidad de Buenos Aires, que todavía no tenían un siglo de vida. Pero dentro de "ese país", con un reducido ambiente de juristas, desde el momento en que se elaboró el proyecto del Primer Libro y se elevó en 1865 al Poder

Ejecutivo, ese primer anteproyecto fue ampliamente difundido, como lo fueron los siguientes libros, y recién se llegó a su sanción cuatro años más tarde.

Hoy, por múltiples razones, no puede hablarse ni pretenderse una sanción a "libro cerrado", procurando trazar un paralelo con la época de Vélez, ya que las diferencias son notorias. En primer lugar, en el siglo pasado había urgencias que no existen ahora; el país carecía de legislación propia, y era urgente dotarlo de una normativa; ahora tenemos una legislación que, con sus virtudes y defectos, se aplica sin dificultades en la mayor parte de sus ámbitos.

Necesita modificaciones, necesita actualizaciones, pero aun sin esas modificaciones sigue funcionando, necesitando sólo retoques.

No hay urgencia de reemplazo total, y el reemplazo total, sobre todo en este momento, estaría a trasmano con lo que exige la visión completa del rumbo que toma el mundo en estas horas.