

CAPÍTULO SEXTO
LA CODIFICACIÓN RACIONALISTA

I. Los antecedentes históricos	219
1. La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica	219
2. La Revolución francesa	222
II. La codificación constitucional	229
1. Principios y fundamentos del Estado liberal consagrados en las Constituciones a partir del racionalismo. El Estado de derecho	229
2. La Constitución: sus diversas concepciones	233
III. La codificación del derecho privado	236
1. Aspectos generales de la codificación del derecho pri- vado	236
2. Antecedentes de la codificación francesa	240
3. La codificación napoleónica	241
4. Características y consecuencias de la codificación	247
IV. La Escuela de la Exégesis	251

CAPÍTULO SEXTO

LA CODIFICACIÓN RACIONALISTA

Al contar con un sistema filosófico como sustento, el racionalismo, a diferencia del humanismo, provocó una revolución que afectó a todas las ciencias y a todas las estructuras sociales, políticas y económicas del mundo occidental.

La crítica racionalista provocó una auténtica revolución intelectual, que en el ámbito del derecho y la política condujeron a un cambio radical de las estructuras del poder y de las relaciones de los gobernados con el poder político. Las tesis desarrolladas por la Escuela del Derecho Natural influyeron decisivamente en estos cambios, al postular un individualismo que se propuso defender la libertad como un elemento esencial de la naturaleza del hombre, que debe ser reconocido y protegido por el Estado.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII las ideas revolucionarias del iusnaturalismo influenciaron buena parte de la ideología revolucionaria que plasmaría sus consignas en las declaraciones de derechos del hombre promulgadas por los independentistas norteamericanos y los revolucionarios franceses.

En el derecho se consagró la diferencia del derecho público y el privado; el desarrollo del primero condujo a otros cambios políticos importantes en el mundo occidental. A partir de la guerra de independencia de Norteamérica y de la Revolución francesa, las nuevas ideas se propagarían durante el siglo XIX desarrollando un importante papel en las independencias de los países americanos, el *risorgimento* italiano y la unificación alemana. En el ámbito del derecho privado las ideas racionalistas influyeron en los principios y en el método de aplicación de las normas, y en menor medida en el contenido de los códigos básicos, que fue derivado de las fuentes romanas y del *ius commune*.

El nuevo sistema jurídico creado por el racionalismo encontró expresión en dos fenómenos: el constitucionalismo (en el ámbito del derecho público) y la codificación (en el ámbito del derecho privado). Las Constituciones debían expresar los principios fundamentales sobre los que que-

daba construido el cuerpo político y los bienes fundamentales que debía tutelar el poder político, para después deducir de estos principios las normas generales abstractas que debían recoger los códigos, ordenando dichas normas conforme a un sistema lógico.

Constitucionalismo y codificación fueron los dos fenómenos jurídicos que surgieron con motivo de las ideas iusnaturalistas, al convertirse en uno de los objetivos fundamentales del nuevo Estado en construcción.

En íntima relación con el proceso de codificación así entendido tuvo lugar el proceso de constitucionalización del Derecho Político. Las Constituciones escritas son, en último término, Códigos, y Códigos políticos las llamaban con mucha frecuencia los juristas y los parlamentarios del siglo XIX. Por lo mismo el mejor historiador actual de la codificación en Europa continental, el italiano Giovanni Tarello, incluye las Constituciones dentro de la historia del fenómeno de la Codificación y distingue en el seno de ésta entre la del “Derecho privado” (entendiendo por tal en este contexto el civil, el penal, el mercantil y el procesal) y la “Codificación constitucional”.³³⁶

El Estado que emergió de la Revolución francesa fue en gran medida producto directo de las aspiraciones de la burguesía,³³⁷ que exigía la garantía del ejercicio de sus libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos:

Las raíces ideológicas y el soporte socioeconómico de la codificación y de las Constituciones son ciertamente comunes, a saber, la filosofía jurídico-política de la Ilustración y de la etapa ascendente y dominante de la clase

336 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 467.

337 Los burgueses constituían una clase social dedicada a múltiples actividades. Eran comerciantes, artesanos, fabricantes, constructores de barcos, hombres de negocios, empleados estatales, servidores públicos, banqueros, abogados y hombres de letras. Compartían una filosofía común que se puede calificar de burguesa, y que tenía una pretensión universal. Los derechos humanos reflejan esa filosofía que expresa en el lenguaje de los hombres de letras burgueses los principios de la burguesía del siglo XVIII. Los derechos humanos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre en Francia en 1789 tienen una pretensión universal, lo mismo que los contenidos, años antes, en la Declaración de Independencia norteamericana. Ambos documentos expresan los valores y principios de la burguesía; sin embargo, se expresan con pretensión universal: ambas declaraciones de los derechos humanos se refieren a los derechos del hombre, de la humanidad, no de los franceses o de los norteamericanos. “Esta universalización de principios e intereses específicos, alentaría un pretexto hipócrita de que lo que era bueno para los burgueses, era bueno para todos, pero también inspiraría y justificaría la demanda de que lo que se hace para mejorar la suerte de los burgueses debería hacerse para mejora de todos y este es otro principio que aún hoy influye en la política”. La cita es del profesor Eugen Weber, *The western tradition*, serie de Tv., a cargo de la Universidad de California, Los Angeles (UCLA).

burguesa. Si las Constituciones representan la organización del Estado liberal-burgués de Derecho, los Códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Es más: en buena política legislativa las Constituciones debieron preceder a los Códigos ya que significan respecto a ellos el presupuesto lógico y jurídico fundamental. El modo de creación de derecho del Estado liberal consiste, pues, en el Constitucionalismo y la Codificación.³³⁸

Muchos dogmas fundamentales del Estado liberal que aún se conservan como fundamento de los Estados democráticos surgieron con el constitucionalismo y la codificación, como la glorificación del Estado laico, la limitación interpretativa de los jueces, la división de poderes y el nacionalismo.

Como fenómeno de sustitución del pensamiento autoritario, el racionalismo supuso que “las leyes existentes y sus instituciones podían abrogarse y que otras nuevas, derivadas racionalmente de los primeros inculcados principios, podrían ser creadas en su lugar”,³³⁹ y que se podría construir un sistema jurídico cerrado valedero para todos los pueblos y todas las épocas. El tiempo demostrará lo lejos que el racionalismo estaba de crear este paraíso y como sus ideas darían paso al positivismo jurídico, que, cuando se le ha permitido fundarse sobre tesis naturalistas, ha sido artífice de los capítulos más terribles de la reciente historia de la civilización occidental.

A continuación se expondrán los acontecimientos históricos que llevaron a la codificación y al triunfo de ciertas tesis iusnaturalistas en la constitución de los nuevos Estados que surgirían a finales del siglo XVIII y que se impondrán como modelo a imitar para el siglo XIX. Posteriormente se analizarán los fenómenos del constitucionalismo y la codificación y sus resultados.

I. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. *La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica*

Las trece colonias inglesas de Norteamérica presentaban rasgos heterogéneos en cuanto a su población y formas de gobierno. Desde su fundación,

338 *Ibidem*, p. 467.

339 Merryman, *op. cit.*, p. 38.

las colonias quedaron sometidas a la Corona inglesa, que repartía la tierra colonizada a magnates y compañías, otorgando la propiedad de la misma a cambio de una participación en los beneficios de sus rentas. La Corona sólo se reservaba un cierto derecho de fiscalización, otorgando amplia libertad en la forma de organización política de las colonias. Desde la revolución inglesa del siglo XVII las colonias recibieron a los disidentes y vencidos que configuraron un mapa religioso que imprimirá rasgos particulares al pensamiento norteamericano posterior. Católicos vivieron en Maryland; en Massachusetts predominaron los puritanos, y en Pennsylvania los cuáqueros.³⁴⁰

Las colonias inglesas se diferenciaban de las colonias francesas fundamentalmente por el tipo de organización política; mientras que las primeras se caracterizaron por la constitución de asambleas y una seria tendencia democrática, las segundas presentaban un tipo de organización política que podríamos llamar feudal de tendencia aristocrática. Para el siglo XVIII las colonias francesas e inglesas comenzaron una guerra por el predominio de las rutas de navegación interna del río Mississippi, que culminó después de cuatro años en 1759 con la cesión de los derechos franceses sobre el Canadá.

La guerra de independencia norteamericana comenzó por la protesta realizada por los puritanos de Massachusetts en contra del impuesto del timbre que pretendía cobrar la Corona inglesa. La disputa se centró en la afirmación de la imposibilidad de fijar impuestos por parte de la Corona sin contar con el consentimiento de las colonias, tal como ocurría en In-

340 El puritanismo fue la religión que aportó más a la ideología política de la Independencia norteamericana. El puritanismo surgió en Nueva Inglaterra como una corriente calvinista que se opone a los católicos y los anglicanos y que se caracteriza por su intolerancia, basada en la creencia de que los puritanos son el pueblo elegido de Dios, y por la estricta observancia de la Sagrada Escritura. Esta confianza les dotó de una extraordinaria iniciativa para defender ideales de libertad política, lo que por otra parte es comprensible porque la mayoría de los puritanos pertenecen a la burguesía. Al fundar la colonia de Nueva Inglaterra, los puritanos, henchidos de religiosidad, crearon una sociedad cuya concepción partía del voluntarismo propio de los calvinistas y abierta a una importante influencia del iusnaturalismo. De hecho, la fundación de las colonias parte de un pacto al que se considera el fundamento de la organización social. Al pacto que se suscribió antes del desembarco de los puritanos en costas norteamericanas se le llamó Mayflower, como el barco que los transportaba, y es un contrato fundacional de la sociedad política de Massachusetts: "Los presentes, solemne y recíprocamente, en presencia de Dios y de cada uno de nosotros, nos constituimos y unimos en un cuerpo político civil para nuestro mayor orden y seguridad. En virtud de esto actuaremos, estableceremos y constituiremos poco a poco leyes, decretos, normas, estatutos y funciones justas e iguales, tales que sean consideradas las más idóneas y convenientes para el bien general de la colonia y a la que prometemos todos debida sumisión y obediencia". *Documents of American History*, I, según cita de Fassò, *op. cit.*, p. 206.

glaterra, donde el establecimiento de cualquier impuesto requería de la aprobación del Parlamento. Éste había aprobado el impuesto al timbre, pero en el Parlamento no existía representación de las colonias de ultramar; por lo tanto, el impuesto era ilegítimo y se ponía en duda la pertenencia ciudadana de los colonos norteamericanos. El conflicto estalló con el boicot de los productos importados de Inglaterra, siendo el asalto de un barco cargado de té, cuya carga fue arrojada al río, el acontecimiento que marcó el inicio de las hostilidades el 16 de diciembre de 1773.

El 4 de julio de 1776, con la Declaración de Independencia, se proclamaba la separación de las trece colonias de la Corona inglesa. La guerra se prolongó hasta 1783, año en que Inglaterra firmó la paz con la nueva nación. El texto de la Declaración de Independencia estuvo inspirado en gran medida en las ideas filosóficas y morales del racionalismo, especialmente en las tesis revolucionarias de los pensadores franceses y en el modelo iusnaturalista, y en la tradición liberal británica, especialmente en el pensamiento de John Locke.³⁴¹ La transcripción de algunos párrafos de la Declaración de Independencia evidencian estas influencias:

Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación.

Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad.³⁴²

341 Estas influencias no se dan de forma sistemática: "...la doctrina política americana de la revolución no sólo carece del sistema, sino que tampoco existe como teoría propiamente dicha; más que de una doctrina debe hablarse de una atmósfera político-cultural, de un clima de pensamiento que es común a un pueblo". Fassò, *op. cit.*, p. 208.

342 Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, p. 107.

Sirva la siguiente apreciación de Alfred Coban para valorar el enorme logro que significó la inclusión de los derechos inalienables del hombre en la Declaración de Independencia norteamericana:

Por mucho que haga falta matizar, la Revolución americana constituyó un fenómeno nuevo. Creó en el mundo moderno el primer Estado que, con cierto grado de autenticidad, podía llamarse democrático. Sus ideales eran aún más importantes que sus logros. Quedarían registrados para el mundo contemporáneo y para las futuras generaciones en la Declaración de Independencia, aprobada el 4 de julio de 1776. Admitamos que muchos de los “Padres Fundadores” apenas advertían toda la importancia de lo que habían hecho, y que muchos de sus sucesores lo habrían deshecho si hubiesen podido. Pero nadie negaría el significado de sus palabras, ni se evadirían las implicaciones últimas de sus ideales. La reivindicación para todos los hombres del derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, es una reivindicación que lleva en sí la marca del genio. Una vez formulada, tan sólo podía olvidarse destruyendo la civilización que la había establecido. Bastaría, por sí sola, para conferir grandeza al siglo XVIII.³⁴³

2. *La Revolución francesa*

Una de las principales dificultades para analizar uno de los acontecimientos históricos más relevantes del mundo occidental, la Revolución francesa, es el del problema de sus causas. Diversas teorías se han desarrollado con los años para llegar, en el siglo XX, a dos teorías causales fundamentales.

En primer lugar se encuentra la marxista, cuyos principales representantes son Georges Lefebvre y Albert Soboul, que presentan a la revolución como la conclusión del sistema feudal, que abre paso al capitalismo moderno. Partiendo de un análisis de las clases sociales en sus determinaciones económicas y sociales, Lefebvre, por ejemplo, sostiene que los cauces por los que la revolución transitó, supusieron el entrecruzamiento de diversos movimientos autónomos, al principio el aristocrático antiabsolutista, después la reivindicación de la igualdad y la libertad buscada por la burguesía y, finalmente, los movimientos populares urbanos y campesinos. Albert Soboul emprende el estudio de la revolución y analiza sus principios fundamentales: libertad, igualdad y propiedad, para

343 Coban, *op. cit.*, p. 438.

pasar después al análisis de los medios (demográficos, técnicos, políticos, económicos). Soboul es el último representante de la tesis marxista y comparte con sus predecesores las líneas fundamentales de pensamiento:

Por consiguiente, según el mismo testimonio de los hombres que vivieron y dirigieron el combate revolucionario, la revolución aparece como un proceso más o menos prolongado que implica cambios profundos y mutación, destrucción y reconstrucción. El Antiguo Régimen debe ser destruido hasta sus fundamentos, para que sea construida sobre unas bases nuevas la ciudad del porvenir. La violencia engendra la historia a través de las luchas de clases.³⁴⁴

La segunda ortodoxia sobre las causas de la revolución llega a poner incluso en duda la relevancia de la revolución como acontecimiento histórico, ya que los cambios económicos profundos que abrieron paso a la sociedad capitalista e industrial francesa se registraron años después de la revolución. Rechaza la idea de la sustitución del feudalismo por un orden capitalista burgués. “Este énfasis de los historiadores, y en concreto de François Furet, sobre la continuidad del período revolucionario, ha hecho que se preste más atención a la trascendencia ideológica y política que al impacto económico”.³⁴⁵

Por el objeto de nuestro estudio, sin inclinarnos históricamente al mayor o menor peso de lo económico, al derecho, ciertamente, le interesa mucho más la trascendencia ideológica y política, de un acontecimiento que resultó de particulares y trascendentes consecuencias jurídicas. Haremos un breve recuento del transitar revolucionario hasta Napoleón, para ubicar los fenómenos jurídicos y políticos que se desprendieron del entorno revolucionario, para analizar después un fenómeno fundamental de la historia del derecho: la codificación.

Para 1786, la crisis financiera que enfrenta la monarquía francesa era muy grave. El nuevo ministro de Hacienda, Calonne, informa la situación a Luis XVI y propone un plan de reformas para rescatar al Estado de tan profunda crisis. Entre las reformas se proponía que un impuesto llamado “veintavo”, del que estaban exentos la nobleza y el clero, se pagara según la propiedad de las tierras sin ninguna excepción. Para lograr su propósito se decidió, dada la segura resistencia de los privilegiados, convo-

344 Soboul, Albert, *La Revolución francesa*, Barcelona, Editorial Crítica, 1987, p. 17.

345 Price, Roger, *Historia de Francia*, Madrid, Cambridge University Press, 1998, p. 81.

car a una asamblea de notables para que votase el tributo territorial. Los notables se reunieron el 22 de febrero de 1787 en Versalles y, como era de esperarse, rechazaron el impuesto, afirmando que sólo los Estados generales (Asamblea similar a los parlamentos ingleses) podían votar semejante contribución.

Los Estados generales no habían sido convocados en más de dos siglos, hasta su primera reunión el 5 de mayo de 1789, cuando se instalaron integrados por representantes de la nobleza, el clero y el Estado llano. Desde la primera reunión se debatió sobre la pretensión de que la nobleza y el clero deliberaran por separado, para evitar la mayoría numérica del brazo popular, con el resultado final de la separación de tercer Estado en franca rebeldía. El 17 de junio los rebeldes se constituyen en Asamblea Nacional haciendo un solemne juramento de no separarse hasta lograr la elaboración de una Constitución (este hecho recibe el nombre del juramento del Juego de Pelota, pues la reunión se celebró en el trinquete de Versalles). El efecto producido por la rebeldía fue, dada la influencia de la filosofía de las Luces, la adhesión de buena parte de la nobleza y el clero, que aspiraban a un pacto que diera origen a una Constitución. Fue tal el entusiasmo, que Luis XVI tuvo que reconocer a la Asamblea Nacional. El 9 de julio la Asamblea cambiaba su nombre de “Nacional” a “Constituyente”.

Hasta este momento los dos actores principales del drama revolucionario son la aristocracia y la burguesía. Esta última tiene aspiraciones muy concretas, que expresa en los *cahiers*, memorias en que se denunciaban los abusos y se proponían mejoras que se presentaba a los Estados generales. En las cláusulas de estos *cahiers* se encuentran establecidas las nuevas ideas y aspiraciones de la clase burguesa.

De estas cláusulas pueden inferirse con toda seguridad conclusiones generales, pues con gran frecuencia, son eco una de la otra. De ellas cabe deducir las doctrinas sociales y políticas de un Tercer Estado relativamente acomodado, el cual, en su propia opinión, constituía la nación política de Francia. En primer lugar, queda de manifiesto que no había republicanos. Todos confiaban en el rey para que diera a Francia las reformas que tan urgentemente necesitaba y se enfrentase con la aristocracia, que para ellos era el enemigo natural. En segundo lugar, deseaban un monarca constitucional, que gobernase, pero sólo de acuerdo con las leyes promulgadas por los representantes de la nación, cuyos ministros fuesen, a este respecto, responsables ante dichos representantes. En tercer lugar, deseaban una separa-

ción de poderes, no por razones abstractas, sino para evitar abusos tales como la injerencia del ejecutivo en la justicia, o los obstáculos que los *Parlements* habían levantado constantemente en el camino de las reformas legislativas. La idea de “nada de impuestos sin representación” suele aparecer, a menudo con estas mismas palabras. Se pedía una constitución, de modo que todo el mundo pudiera saber cuáles eran sus derechos. Sobre todo, predominaba la idea de la soberanía del pueblo o nación. Este era el principio fundamental y el más difícil de definir. No se trataba de una soberanía en el sentido rousseauiano de la soberanía legislativa de la Voluntad General de todo el pueblo. Significaba la transferencia de los poderes legislativos del rey *in toto* a los representantes del pueblo; pero el pueblo no quería decir todo el mundo, ni tan siquiera todos los varones adultos, sino que se limitaba a la clase de propietarios contribuyentes.³⁴⁶

Algo que no cabría esperarse sucedió el 14 de julio de 1789, motivado por la terrible carestía de alimentos, provocada por años de malas cosechas. El pueblo de París, convertido en una turba, se levantaba en armas y saqueaba el Hospital de los Inválidos y asaltaba la Bastilla. Formalmente se iniciaba la revolución.

Los trabajos para redactar la Constitución continuaban. Como prefacio de la Constitución se decidió declarar solemnemente una Declaración de los Derechos del Hombre. A la revolución política se añadía la revolución social. “En principio, sin embargo, el Antiguo Régimen había llegado a su fin, y la Asamblea redactó su acta de ‘defunción’, al votar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue terminada el 26 de agosto de 1789”.³⁴⁷

Transcribiremos algunos de los artículos de la Declaración, precisamente, los más representativos de las ideas iusnaturalistas, que se han expuesto en el presente trabajo:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin

346 Coban, *op. cit.*, p. 457.

347 Lefebvre, Georges, *La Revolución francesa y el imperio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 59.

de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 1o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2o. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3o. El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4o. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por ley.

Artículo 5o. La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

Artículo 6o. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.³⁴⁸

La abolición de los privilegios feudales, el fin del antiguo régimen, se consolidó con la Constitución de 1791, que estuvo en vigor sólo un año.

348 Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 113-115.

Fue jurada por el rey en el Campo Marte. Consagraba los principios fundamentales del nuevo orden. La soberanía se convertía en uno de sus dogmas indiscutibles: residía inalienablemente en la nación, que a su vez la delegaba a un cuerpo legislativo. La Constitución abolió los títulos de la nobleza, prohibió la venta de cargos públicos, impedía los votos religiosos, declaraba al matrimonio como un contrato civil y establecía un registro civil para tomar cuenta de los nacimientos y las defunciones.

A los miembros de la Asamblea Constituyente les quedó prohibido conformar la Asamblea Legislativa encargada de aplicar la Constitución. En la nueva Asamblea predominaban dos grupos de la izquierda radical, defensores a ultranza de la República: los girondinos, que era un grupo de diputados compuesto por jóvenes abogados y periodistas originarios de la Gironda, y los jacobinos, liderados por Danton y Robespierre, que a la sazón habían quedado fuera de la Asamblea por haber sido constituyentes. Ambos grupos deseaban la abolición de la monarquía.³⁴⁹ Tras el veto del rey de dos leyes, que castigaban a los nobles emigrados y al clero que no había jurado la Constitución, girondinos y jacobinos declararon al rey enemigo de la nación. Danton y Robespierre, al quedar fuera de la Asamblea Legislativa, habían pasado a formar parte del consejo municipal de París, llamado la Commune. Desde ahí conspiraron impunemente hasta que provocaron diversos disturbios populares que culminaron con la destitución del rey y la convocatoria para redactar una nueva Constitución. Una Convención heredaría los poderes de la Asamblea Legislativa y se encargaría de preparar la nueva Constitución. Danton y Robespierre, junto a una mayoría de sus correligionarios jacobinos, fueron elegidos para formar parte de la Convención. Se avecinaba el “Terror”. La Convención se reunió el 21 de septiembre de 1792, y declaró abolida la monarquía. El rey fue guillotinado el 21 de enero de 1793; la reina, seis meses después.

Desaparecida la monarquía, se acrecentaron las diferencias entre girondinos y jacobinos, que terminaron con la caída de los primeros, que fueron guillotinado. Después vendría la caída de los jacobinos, la ejecución de Robespierre, la disolución de la Communa de París y el cierre del

349 Los girondinos, llamados así por provenir del departamento de la Gironda, en la región de Burdeos, fueron los defensores de la gran burguesía de los negocios, partidarios del federalismo y se les considera como la parte conservadora de la Asamblea Legislativa. Al Club de Amigos de la Constitución se le nombró después como el Club de los Jacobinos, que son llamados así porque se reunían en un convento de la orden jacobina. Fueron los representantes de la pequeña burguesía y los profesionistas liberales y afirman el centralismo parisino y se les ha considerado como extremistas y precursores del socialismo.

Club de los Jacobinos. En esta época se gestó la idea de que la revolución debía ser exportada y difundida por toda Europa; sus grandiosas ideas debían ser aprovechadas por el mundo entero.

Así, pues, la revolución estaba compuesta de fuerzas intelectuales tales como derechos naturales, la separación de poderes, racionalismo, antifeudalismo, liberalismo burgués, estatismo y nacionalismo. Todos estos conceptos, como ideas que son, son respetables, pero siempre que se mantengan dentro de lo razonable, porque durante y después de la revolución prevaleció una atmósfera general de exageración. El odioso pasado era pintado con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaron y se dio como hecho que habían de cumplirse. Los problemas encontrados en la reforma o se pasaron por alto o se consideraron demasiado simples. La pasión ideológica sobrepasó a la razón; las ideas revolucionarias se convirtieron en dogmas; la revolución se convirtió en una utopía.³⁵⁰

En septiembre de 1795 se promulgaba la nueva Constitución, que consagraba un doble propósito: impedir todo tipo de dictadura personal o de algún grupo político y asegurar el ejercicio pacífico del poder. En octubre del mismo año, la Convención se disolvió y encargó el gobierno al Directorio, conformado por cinco miembros que se turnaban el poder cada tres meses, y en dos asambleas legislativas. El Directorio no recurrió al “Terror” de la guillotina para gobernar; acudió a la guerra. La idea de exportar la revolución sirvió de pretexto, y Francia se anexionó Bélgica y ocupó los Países Bajos. La coalición de Inglaterra, Austria y Nápoles enfrentarían a la Francia revolucionaria. El terreno estaba abonado para la aparición de un gran caudillo: Napoleón Bonaparte.

Durante los cuatro años que gobernó el Directorio se desarrollaron las primeras grandes campañas de Napoleón en Italia y Egipto. Mientras Napoleón estaba en Egipto, un ejército ruso desbarató los logros del corso en Italia. Se culpó al Directorio. Un antiguo revolucionario, el ex abate Sieyès, había iniciado la conspiración pretendiendo fundar una República como la romana, donde el Poder Ejecutivo recayera en dos cónsules. Sieyès proponía un cónsul civil, puesto que se reservaba para él mismo, y un cónsul militar, que recaería en la persona de Napoleón. El 9 de noviembre de 1799, 18 Brumario del calendario revolucionario, tuvo lugar el golpe de estado que terminó con el Directorio e instauró el Consulado. Uno de sus

350 Merryman, *op. cit.*, p. 41.

primeros propósitos fue redactar una nueva Constitución, que la historia conoce como la Constitución de Sieyès. El consulado permitió a Napoleón dedicarse a una de sus más grandes obras: la Codificación.

Napoleón fue nombrado cónsul vitalicio, y posteriormente fue coronado emperador de los franceses. Sus éxitos militares encontraron finalmente la derrota. Primero: después de la campaña rusa, Europa entera se pone en su contra e invade Francia. Napoleón abdica y se convierte en rey de la isla de Elba. Segundo: Napoleón escapa de la isla de Elba, regresa a Francia y, cien días después, Waterloo. Quedará su obra:

En primer lugar, la división territorial de Francia en departamentos, al tiempo que terminaba con unas provincias ficticias, herencia de los tiempos feudales, daría a la nación gran estabilidad, por huir de arbitrariedades y adaptarlas a regiones naturales. En segundo lugar, el Código napoleónico, obra de su gran capacidad como legislador y administrador, servirá de pauta a todos los códigos civiles redactados en la Europa del siglo XIX. Por último, los movimientos de fronteras que provocaría con sus acciones militares tendrían honda trascendencia: se puede decir que Suiza, Holanda y hasta cierto punto Italia son obra de Napoleón.³⁵¹

II. LA CODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Principios y fundamentos del Estado liberal consagrados en las Constituciones a partir del racionalismo. El Estado de derecho*

Producto del siglo XVIII y especialmente de la Revolución francesa, destinada a exportar las ideas revolucionarias por toda Europa, surgió una nueva forma de concebir el Estado. La caída del antiguo régimen mediante la abolición de todos los privilegios feudales por la vía legislativa constitucional abrió paso al Estado liberal, fundamentado esencialmente en el principio de que la soberanía reside inalienablemente en la nación, que decide sus destinos libremente a través de la delegación del gobierno en una asamblea legislativa.

Atinadamente el maestro Tomás y Valiente, al que seguiremos en la exposición de este apartado, distingue esencialmente la nueva forma de concebir el Estado de las monarquías absolutas, por cuanto el Estado libe-

351 Pijoan, *op. cit.*, t. 10, p. 137.

ral se convierte en un Estado de derecho. “No todo Estado es Estado de derecho”, y las monarquías absolutistas, al igual que los modernos totalitarismos, no lo son. La monarquía absolutista consideraba que el rey era el único facultado para dictar las leyes y que éstas no le obligaban personalmente, sino sólo a sus súbditos; consagraba la desigualdad jurídica y social al proteger un régimen estamental basado en los privilegios de la aristocracia, y consideraba que el Poder Judicial emanaba del rey directamente, lo que hacía que los jueces gozaran de gran independencia, que propiciaba que la aplicación del derecho se tornase arbitraria.

La crítica racionalista al Estado monárquico absoluto y a la sociedad estamental por aquél protegida llevó, en la teoría del Estado, basada en las ideas de Montesquieu, a la formulación de tres principios fundamentales del Estado liberal: “...principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo en el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes positivas deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación)”.³⁵²

La primera Constitución francesa producto de las ideas iusnaturalistas promulgada en 1791 reconocía, en su artículo tercero, que no existía autoridad superior a la ley.

Con ello, la revolución francesa creaba un Estado de derecho. Frente al poder de un soberano individual, el monarca absoluto, se quiere establecer el poder de la ley, la nomocracia. Los ciudadanos, puesto que en virtud del pacto social (más supuesto que históricamente acontecido) han decidido vivir en sociedad, se someten a las leyes. Pero también el Estado, como aparato de poder, está sometido a las mismas leyes: sometido y, como en seguida veremos, conformado y organizado por una ley. Y todos los órganos colegiados (Tribunales, Consejos, Cámaras representativas...) o individuales (autoridades, funcionarios...) que componen el aparato de poder estatal deben actuar con arreglo a las leyes. Esto es, en principio, un Estado de Derecho.

La característica del Estado de derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal.³⁵³

352 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 421.

353 *Ibidem*, p. 421.

Tomás distingue un tipo de Estado de derecho que ocurre, por ejemplo, en algunas dictaduras (la sociedad y los funcionarios cumplen estrictamente el orden legal impuesto por la voluntad del dictador), al que llama positivista formalista, del Estado de derecho del liberalismo radical y del actual democrático, por cuanto debe plantearse dos problemas fundamentales: “a) quien hace las leyes; b) que garantizan las leyes a los ciudadanos”.

Al primer problema se responde con el dogma de la soberanía nacional, principio consagrado por las Constituciones liberales, al afirmar que la soberanía reside en la nación. Los ciudadanos reunidos directamente o a través de representantes hacen uso de la soberanía y deciden como organizar el Estado. Forman un “poder constituyente” y crean un documento, llamado Constitución, donde se sientan las bases de la organización del Estado y los derechos fundamentales que dicho Estado reconoce a los ciudadanos.

Al segundo problema se responde con la necesidad fundamental del Estado creado por el uso de la soberanía nacional de proteger y garantizar el ejercicio de ciertos derechos que se consideran inviolables y sagrados. El liberalismo radical reconoció tres principios fundamentales que el Estado debe proteger: la propiedad (garantizar la defensa de cualquier interposición violenta y la libertad de disposición), la libertad individual (entendida como la posibilidad de hacer todo lo que no perjudique a otro) y la seguridad (entendida como “la paz y tranquilidad en el ejercicio de los más fundamentales derechos”).³⁵⁴

Las declaraciones de derechos se convierten en una forma de particularizar los tres principios básicos, detallando los principales derechos humanos. Con el tiempo se convierten en la parte inicial de las Constituciones, como la parte dogmática. En México se les denomina garantías individuales.

354 Nicolo Lipari caracteriza con dos notas al Estado liberal burgués: “De esta forma el garantismo y el estatalismo han sido considerados como dos aspectos de la organización burguesa tendentes a tutelar los intereses de la clase recién llegada al poder, revolucionaria primero pero inclinada en seguida a la conservación del orden establecido. El Estado se presentaba sobre todo, en la nueva organización política, como el garante de una esfera de libertades de las que se establecían sólo los límites externos dejándose en cambio indeterminados los contenidos y las modalidades posibles de las acciones para permitir así que el particular pudiera perseguir libremente sus fines egoístas. Pero al mismo tiempo el Estado reestructurado sobre la base de la separación de poderes y de la representación popular (aunque el derecho al voto se reconocía tan sólo a los propietarios), venía a considerarse como la única fuente de derecho y por lo tanto como el único legitimado a legislar”. Lipari, Nicolo. *Derecho privado. Un ensayo para la envejanza*, Bolonia: Real Colegio de España, 1980. p. 53

A estos tres principios se añade otro: la igualdad, que presenta en el tratamiento constitucional menor evidencia. En un primer momento se asume como pretensión de igualdad de la burguesía frente a los privilegios estamentales. “Pero una vez lograda esta conquista con la caída del Antiguo Régimen, la burguesía ya no se esforzó por mantener el mismo principio aplicable a la igualdad entre ella y las clases populares”.³⁵⁵

Por ahí, precisamente por la no realización de la igualdad ni en el plano económico-material, ni siquiera en el jurídico-político, hizo quiebra el Estado liberal y la sociedad burguesa montada sobre el modo de producción capitalista. La igualdad material y jurídica será en adelante la gran meta perseguida por el pensamiento socialista y por los partidos socialistas, en especial a partir de Marx (1818-1883).³⁵⁶

Tomás y Valiente añade una cita de Rousseau que nos parece especialmente pertinente:

Si se indaga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, el cual debe constituir el fin de todo sistema de legislación, se encontrará que se reduce a dos objetivos principales: la libertad y la igualdad. La libertad porque toda dependencia particular (es decir, la de un ciudadano a otro) es fuerza que se resta al cuerpo del Estado; la igualdad porque la libertad no puede subsistir sin ella... Si queréis, pues, dar al Estado consistencia, aproximad los grados extremos todo lo posible, no toleréis ni gentes opulentas ni pordioseros.³⁵⁷

Otro dogma consagrado por el liberalismo radical fue el de la división de poderes, que combatía la concentración del poder propia del Antiguo Régimen. “El artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 establecía que ‘la sociedad en la que la garantía de los derechos (individuales) no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución’”. Dentro del espíritu iluminista la división de poderes no sólo consagra la propia división, sino que afirma la superioridad del Poder Legislativo, porque se considera a la facultad de dar leyes como la máxima atribución del Estado y porque es el poder donde se encuentra representado el pueblo. El dogma surgió de las ideas de Montesquieu,

355 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 425.

356 *Idem.*

357 *Idem.*

quien sostuvo la división de los tres poderes: Legislativo, Judicial y Ejecutivo.

La separación de poderes respecto al Poder Judicial incidió fundamentalmente en la limitación que la legislación impuso a su autonomía y capacidad de crear derecho. La división de poderes dio al traste con la actividad jurisprudencial, que en adelante sólo podría aplicar estrictamente las leyes, quedando prohibida toda interpretación que no se ciñese al espíritu de la legislación. La desconfianza al Poder Judicial se justifica en la época por la quiebra del *ius commune*, que se ha convertido en un derecho arbitrario y disperso que solapa y favorece a la aristocracia. “Antes de la Revolución francesa, los cargos judiciales eran considerados como propiedad que cualquiera podría comprar, vender o dejar en herencia a la hora de la muerte”. “Los jueces eran un grupo aristócrata que daba su apoyo a la aristocracia de los terratenientes en contra de los campesinos, los trabajadores urbanos y las clases medias e incluso contra la centralización del poder en París”.³⁵⁸

Del Poder Judicial y el papel que se le atribuyó se ha hecho suficiente mención, y con el capítulo de la codificación del derecho privado se establecerá claramente su ulterior destino. Resta hacer mención del Ejecutivo:

El poder ejecutivo, mal definido en los textos de los teóricos clásicos y reducido casi sólo a la organización del aparato militar, diplomático y represivo, tuvo que abrirse para dar cabida en él al creciente aparato gubernativo. El Estado liberal de la primera etapa era el Estado gendarme, el Estado del “laissez-faire, laissez-passar”, y se pensaba que su maquinaria gubernativa había de ser mínima. El cambio de postulados del liberalismo como cuerpo de doctrinas económicas, y las exigencias de todo tipo provocadas por la dinámica interna de la sociedad capitalista, obligaron al crecimiento constante del poder ejecutivo, de manera especial a partir del neocapitalismo. El desequilibrio entre los poderes de la sencilla esquematización formulada por los primeros teóricos del liberalismo ha desembocado en la prepotencia progresiva del ejecutivo.³⁵⁹

2. La Constitución: sus diversas concepciones

Como hemos visto, uno de los primeros objetivos de la Revolución francesa fue dotar a la nación de una Constitución donde se consagraran

358 Merryman, *op. cit.*, p. 37.

359 Tomás y Valiente, *op. cit.*, pp. 426 y 427.

los principios y aspiraciones revolucionarios, se abolieran los privilegios feudales dando fin al Antiguo Régimen y se establecieran los dogmas fundamentales del nuevo Estado. La Constitución de 1791 estuvo precedida por la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, cuerpo dogmático donde se detallaban los derechos inalienables de todos los hombres.

Elemento esencial del nuevo Estado liberal era la soberanía, que es ejercida por los representantes del pueblo, que tienen como primera misión, constituir el Estado, mediante una ley que estructure y delimite los órganos del poder y fije los derechos individuales de los ciudadanos. A esta ley creada por una asamblea que detenta el poder constituyente se le denomina Constitución.

A partir del racionalismo, el constitucionalismo se convierte en un fenómeno común a los Estados liberales europeos del siglo XIX y a los Estados democráticos actuales. A continuación se explica cómo surgen las Constituciones; es decir, cuáles son las concepciones que las conforman. La exposición es del maestro Tomás y Valiente, quien la ha tomado, a su vez, del maestro Manuel García Pelayo:

Las Constituciones, según la división propuesta por García Pelayo, surgen de acuerdo con tres enfoques: el sociológico, el racional-normativo y el histórico-tradicional.

El concepto sociológico de Constitución es el de ser “una ley fundamental que «constituye el verdadero fundamento de las otras leyes»”.³⁶⁰ Este concepto, tomado del sociólogo alemán Fernando Lassalle, es confrontado por el autor con otra acepción que da al término, distinto al jurídico o normativo, y que llama Constitución real, y que define como “la suma de los factores reales de poder que rigen en ese [determinado] país”. La sociología sería la ciencia que efectuaría el análisis de las características de dichos factores de poder. La teoría sociológica de Lassalle sostiene que no debe haber divorcio entre la Constitución real y la jurídica, y que la jurídica sólo se podrá mantener firme y duradera en la medida en que, efectivamente, constituya una correspondencia con la real.

El concepto racional-normativo de Constitución es, en palabras de Tomás y Valiente, fundamental para entender el Estado de derecho:

360 *Ibidem*, p. 427.

Hay que comprender la idea de sistema normativo y de Constitución como ley suprema, porque en buena medida tal concepción ha trascendido su función social (la de servir a la burguesía revolucionaria) y ha pasado a ser doctrina válida para explicar todavía en nuestros días qué es el Estado de Derecho. Entre otras razones, porque ese concepto racional-normativo de Constitución es el más acorde con una ideología política democrática.³⁶¹

Esta concepción arranca de los pensadores iusnaturalistas y llega hasta Kelsen.

...según esta orientación doctrinal, la Constitución es una ley suprema en la que de manera total y sistemática se establecen los derechos individuales de los ciudadanos, concebidos al mismo tiempo como fines y como límites del poder del Estado, se fijan las funciones fundamentales del Estado, y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos (García Pelayo). Entroniza la idea del Estado de Derecho en cuanto que el poder político residente en el pueblo o la nación queda organizado jurídicamente. Una vez redactada y promulgada por los representantes elegidos *ad hoc* (Asamblea Constituyente, Cortes Constituyentes), la Constitución es la norma suprema contra la cual nadie puede actuar. El soberano ya no es el *Rex* sino la *Lex*. La soberanía popular o nacional queda objetivada en la Constitución.³⁶²

La tercera concepción, histórica-tradicional, es propia del segundo liberalismo, al que Tomás y Valiente llama doctrinario. Producto de la política posrevolucionaria hasta 1848, profesa una línea intermedia entre el liberalismo radical y democrático y los partidarios del absolutismo. Entre sus principios fundamentales está la limitación a la soberanía del pueblo por medio de instituciones políticas y la idea de que la Constitución debe reconocer e incorporar ciertas tradiciones históricas de un pueblo; por ejemplo, la monarquía como poder moderador.

En la actualidad, el concepto más aceptado de Constitución deriva de Kelsen, que la sitúa en la cúspide de su pirámide normativa.

Decía Kelsen que “el grado superior del Derecho positivo es la Constitución”, y que la función esencial de ésta consiste en designar por medio de qué órganos y por qué procedimientos pueden crearse las demás normas generales del sistema, es decir, las llamadas leyes ordinarias. El superior

361 *Ibidem*, p. 428.

362 *Idem*.

rango normativo de la Constitución trae consigo que ninguna ley ordinaria pueda contradecir precepto alguno constitucional y asimismo implica que las leyes ordinarias deben desarrollar positivamente los preceptos constitucionales. De este modo, las normas se enlazan unas con otras, pero no como las cerezas de un cesto, sino como los sucesivos enunciados de un teorema: es decir, por medio de la lógica deductiva y sistemática. Por eso suele emplearse la imagen geométrica de la pirámide para aludir al sistema normativo, cuya cúspide, de la cual emanan todas las demás leyes generales, es la Constitución.³⁶³

III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. Aspectos generales de la codificación del derecho privado

Como hemos visto hasta aquí, el Estado que emergió de la Revolución francesa fue en gran medida producto directo de las ideas jurídico-políticas de la Ilustración y de las aspiraciones de la burguesía, que exigían la garantía del ejercicio de sus libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos. El nuevo Estado liberal depositó la soberanía en la nación y encomendó el gobierno a las leyes: las Constituciones debían crear las estructuras generales del poder, y a los códigos se les encomendaba contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Veremos a continuación qué es un código, cómo se procedió para realizar la codificación y cuáles fueron sus principales características.

La palabra “código” había sido usada desde la antigüedad para designar cuerpos de leyes, no importando necesariamente que sus preceptos estuviesen ordenados de acuerdo con algún sistema. A partir de las aspiraciones iusnaturalistas de contar con una legislación ordenada de acuerdo con un sistema racional, el sentido de la palabra “código” cambió:

Desde finales del siglo III o comienzos del IV el término “codex” se aplica a compilaciones jurídicas, públicas o privadas, de las “leges” imperiales. El Codex era en este sentido no una ley, sino una compilación de leyes y eso fueron el *Codex Gregoriano*, el *Hermogeniano*, el *Teodosiano* o, después, el de *Justiniano*. Como los materiales jurídicos reunidos en un *Codex* poseían una cierta homogeneidad, si no en razón de su contenido, sí por su procedencia; y como por otra parte tales materiales aparecían dentro del

363 *Ibidem*, p. 433.

Codex ordenados con arreglo a ciertos criterios, en las lenguas románicas medievales las palabras derivadas del latín “codex” o “codicus” se aplicaron normalmente a obras jurídicas dotadas de una cierta unidad de elaboración y de una considerable ordenación formal.³⁶⁴

Adoptaremos para facilidad expositiva la definición liberal de “código” señalada por el maestro Tomás y Valiente:

Pero en la Europa ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII y desde entonces hasta nuestros días se ha generalizado un significado mucho más preciso del término “Código”. Dentro del pensamiento jurídico de la Ilustración y, todavía más, con arreglo al pensamiento liberal, *un Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada.*³⁶⁵

Tomás y Valiente analiza la definición transcrita explicando sus diversos elementos y resaltando sus diferencias con una recopilación.

Un código es una *ley de contenido homogéneo por razón de la materia*. Todo él se refiere a un mismo sector del ordenamiento jurídico y sólo a él. Las Recopilaciones trataban de todo y esa misma heterogeneidad de su contenido las hacía desordenadas y monstruosas... El Código es una obra breve, un libro de bolsillo. Como trata de una sola materia (el Derecho civil, el penal, el mercantil, el procesal) puede tener orden y medida. La homogeneidad de contenido es garantía de claridad y de coherencia.³⁶⁶

La idea de codificar las normas jurídicas en Europa se encuentra claramente vigente desde el siglo XVI, pero es hasta el siglo XVII cuando las aspiraciones racionalistas comienzan a gestionar intentos serios de dar sistemática al derecho privado. La codificación ilustrada buscó como principal objetivo la ordenación racional de los códigos de forma sistemática y articulada, y ante su elaboración se encontró ante dos opciones: crear un código totalmente nuevo derivado de los principios fundamentales de la razón, o aprovechar el antiguo derecho, siempre y cuando respondiera o estuviera acorde con los principios racionalistas y los fines de la Ilustración.

364 *Ibidem*, p. 465.

365 *Idem*.

366 *Ibidem*, p. 466.

En el marco del pensamiento racionalista que buscaba eliminar al pensamiento autoritario, la primera opción se presentaba como la única. Las exigencias iusnaturalistas sólo admitían un derecho racional universalmente válido para todos los hombres en todas las épocas, además de que el derecho tradicional, el *ius commune*, no respondía ya a las nuevas exigencias de la época, se había vuelto corrupto y era el principal generador de la incertidumbre jurídica, que la legislación estaba llamada a superar. La idea ilustrada de la reducción del derecho a la ley estaba ampliamente difundida, y dio ocasión a que antes de las jornadas revolucionarias, los monarcas ilustrados desearan dicha reducción e intentaran lograrla mediante la codificación. La Ilustración repudió el abigarrado sistema normativo existente compuesto de costumbre, opiniones de jurisconsultos, estatutos de las ciudades y de las corporaciones. La ley prometía unificar el derecho y solucionar, como claro producto de la razón, de una vez para siempre el problema del derecho.

El impulso eficaz y directo para las reformas legislativas tuvo su origen en la crisis del Derecho común. Téngase presente que la legislación justiniana, que constituía su núcleo fundamental, por sí misma no podía adaptarse a una sociedad tan alejada en el tiempo de aquella a la que había sido destinada, por lo que al Derecho Justiniano se le fueron incorporando en el curso de los siglos —desde que los glosadores comenzaron a adaptarlo a las necesidades de sus tiempos— opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales a las que se les otorgaba validez como fuentes del Derecho; a ellas se unieron el Derecho canónico, feudal, “Derecho propio” de los Estados particulares desde hacía tiempo soberanos, costumbres locales, estatutos de las ciudades y de las corporaciones que, al derogar privilegios y autonomías, complicaron todo todavía más. La oscuridad y la incertidumbre eran muy grandes y, por ende, la posibilidad de arbitrariedades, de cavilaciones, de contradicciones. Precisamente por todo ello, acentuó la necesidad de una nueva codificación.³⁶⁷

La creación de un nuevo derecho producto de los immaculados primeros principios de la razón no fue posible, y la codificación tuvo que optar por el aprovechamiento del antiguo derecho. En algunos autores ilustrados surgió la idea de una reelaboración doctrinal del Corpus Iuris, que se presentaba a la época, no sólo como arbitrario y contradictorio, sino como carente de orden racional. Los principios de la época exigían ante nada de

367 Fassò, *op. cit.*, pp. 17 y 18

cuerpos legislativos ordenados con escrupuloso rigor lógico y sistemáticamente. Sin embargo, persistía la idea de la reelaboración del Corpus Juris, considerado durante siglos como la razón escrita y por tanto susceptible de dar contenido a la nueva legislación que preparaba el ideario racionalista. El derecho romano se había presentado como la materialización del derecho natural desde que los comentaristas lo introdujeron a Europa como derecho común. Esto indica que la codificación no sólo partió de los principios iusnaturalistas, sino también de la idea de la identificación del derecho positivo vigente, a través del derecho común, con el derecho natural y la posibilidad de que se entendiera a ese derecho natural como sujeto de nueva positivización por medio de la legislación. La racionalidad intrínseca del derecho romano se volvía imponer al pensamiento jurídico europeo:

Para una gran parte, los códigos fueron compilaciones y “consolidaciones” de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, que el legislador integró, coordinó y declaró estables, y no cierta innovación a la luz de las teorías iusnaturalistas, pero satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica misma demandaba en el ámbito técnico jurídico, y en primer lugar la de la estabilidad y la certeza del Derecho.³⁶⁸

Desde el siglo XVII se habían realizado trabajos encaminados a dotar de orden y sistemática al derecho tradicional, especialmente al romano. Una de las obras más significativas al respecto fue la realizada por Pufendorf, Leibniz y Wolff y, como antecedente de la codificación francesa, se encuentra el trabajo de Jean Domat.

La codificación fue el resultado de la combinación de las ideas iusnaturalistas que aportan sus principios fundamentales y su sistemática y la unión de los diversos estratos jurídicos del derecho tradicional, que mientras no se interpusieran con los principios racionalistas eran adoptados como el contenido normativo de las leyes. El método que se utilizó en las diversas codificaciones fue variado, pero se puede decir que en general influyó de manera decisiva la pirámide de conceptos de Cristian Wolff, que afirmaba la posibilidad de definir el derecho positivo, deducido de la ley natural.

368 *Ibidem*, p. 18.

El método de Wolff, por el que los juristas iusnaturalistas deducían la solución de los casos concretos mediante un sistema cerrado de premisas que sin solución alguna de continuidad, se exteriorizaba después en nociones generales y en reglas concretas, de forma lógica y sucesiva, constituye en su concepción fundamental el sustrato común de la actual ciencia del Derecho.³⁶⁹

La familia romano-canónica que nos rige surge de la vinculación que sucede a finales del siglo XVIII y principios del XIX del *ius commune* y el sistema racionalista. La codificación es su síntesis.

2. Antecedentes de la codificación francesa

Durante el siglo XVIII se hicieron en diversos lugares de Europa, proyectos de códigos; sin embargo, la primera codificación auténtica ocurrió en Prusia en 1794 (ALR). Por encargo de Federico Guillermo I de Prusia, monarca ilustrado, se iniciaron los trabajos para la elaboración de un Código que debía consagrar un sistema territorial de normas que fuera estable y para todos los tiempos. El trabajo se encargó a Samuel Cocceius, que en la tradición del *usus modernus pandectarum* identificaba al derecho romano con el natural, y cuya misión consistiría en dar sistematización al derecho común recibido en Alemania.

Federico II sucede a su padre en el trono de Prusia en 1740 y continúa con la promoción de la codificación con renovado impulso. Su principal objetivo es reducir todo el derecho en leyes, para, por una parte, consolidar su poder absoluto, y por otra, aplicar los ideales iluministas de contar con un derecho estable realizado conforme a los dictados de la razón. La labor codificadora fue ahora encomendada a Juan Enrique Casimiro von Carmer, quien aborda el estudio de las fuentes locales y el derecho romano, consagrando en su redacción final, muy pocos preceptos fundamentales del iusnaturalismo: la idea de que el código era completo, la limitación máxima a su interpretación por parte de los jueces y la prohibición de interpretación independiente en casos de laguna, donde se debe acudir a los principios generales del código y a la analogía.³⁷⁰ En reali-

369 Molitor-Schlosser, *op. cit.*, p. 58.

370 Wieacker indica que el método fue tomado de Wolff dentro de la línea iniciada por Pufendorf: "aa) El sistema, que a través de Cristian Wolff se remonta a Pufendorf: 1: Derecho de cosas (= Derecho patrimonial del individuo): 1, modos inmediatos de adquirir la propiedad; 2, modos mediatos (incluyendo el derecho de obligaciones; 3, modos de adquirir *mortis causa* (derecho hereditario); 4, conservación

dad, el código prusiano omitió muchos principios fundamentales iusnaturalistas, especialmente el de la igualdad de la ciudadanía, que se conmutaba por la consagración de la división estamental del Estado, como era lógico en una codificación ordenada por un monarca ilustrado.

La siguiente apreciación de Wieacker resulta interesante:

De la creencia propia del Derecho racionalista en la posibilidad de un Derecho absolutamente justo (en una determinada situación histórica) proviene la noble presunción del legislador de poder reglamentar todas las conductas imaginables. Con lo cual no se hizo más que recargar el peso de la prolijidad agotadora y de las previsiones para el futuro y cortar el activo desarrollo posterior en el que una gran ley tan a menudo desenvuelve sus inopinadas reservas. A lo que correspondió un escepticismo frente a la jurisprudencia científica, fundado no sólo en las opiniones personales de los soberanos, en trance de caducar, y en sus ideas, muchas veces retrasadas con respecto a los mejores talentos de su tiempo, sino en la tendencia pedagógica de la época, que, como ilustración propiamente dicha, rechazaba el hermetismo de los doctos.³⁷¹

En Austria ocurrió otra codificación (ABGB) ordenada por María Teresa en 1753 y finalmente publicada el 1o. de junio de 1811, como un Código civil en el que se excluyeron cualesquier principios políticos y administrativos. La codificación austriaca fue más bien una exhaustiva recopilación de normas civiles tendente a eliminar el particularismo jurídico.

3. La codificación napoleónica

En Francia, la codificación napoleónica estuvo precedida por una serie de ordenanzas reales, desde las que ordenaban las costumbres de París en el siglo XVI hasta las del siglo XVII, Ordenanza de Saint Germain (1667), Ordenanza de Comercio (1673) y Ordenanza de la Marina (1681).

y pérdida de la propiedad común: 5, propiedad común; 6, Derechos reales y personales sobre las cosas. II: Agrupaciones (la *consociatio* de Grocio): I, "Derechos de los diversos estamentos en el Estado"; 3, "Derechos y obligaciones del Estado para con sus ciudadanos" (derecho constitucional y administrativo). bb) La predominante Etica jurídica material, que organizó en nueva forma espiritual la materia del derecho común. Aceptó especialmente la doctrina (material, prekantiana) de los deberes de Cristian Wolff...". *op. cit.*, pp. 303 y 304.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 305 y 306.

Para 1681 se realiza el primer intento de unificación del derecho francés a cargo del jurista Henri François Daguesseau.

Es necesario hacer referencia a la situación jurídica francesa antes de la revolución para comprender los antecedentes de la codificación napoleónica. En Francia, como en muchos otros países europeos, se presentaba particularmente grave el problema de la coexistencia de dos sistemas normativos.

En la parte meridional regía el “Derecho escrito” (*Droit écrit*), que era el Derecho justinianeo, solamente alterado parcialmente por normas consuetudinarias o estatutarias locales; en el norte existía, en cambio, el llamado *Droit coutumier*, constituido por costumbres procedentes de la época franca y carolingia, y que, como todo Derecho de estirpe germánica, se fundaba en principios totalmente distintos de los del Derecho romano.³⁷²

En los siglos XVII y XVIII es cuando se dan los más importantes antecedentes, que servirán de inspiración y trabajos preparatorios para la codificación napoleónica. Los principales trabajos se deben a dos ilustres juristas: Jean Domat (1625-1696), quien realizó un intento de sistematizar el derecho romano influenciado por las ideas racionalistas, y Roberto José Pothier (1699-1772), que siguiendo las mismas teorías racionalistas intentó una reforma legislativa que fuera expresión de la razón.

Jean Domat estuvo influido por las tesis iusnaturalistas y fue defensor de la idea de que el derecho privado debería reducirse a principios racionales. Bajo esta premisa inició un trabajo de sistematización del derecho romano.

El resurgimiento del derecho privado romano en la fase final de las investigaciones desarrolladas según los métodos del derecho de la razón no sabría sorprendernos. Sobre todo en materia de derecho privado, los juristas utilizaban los instrumentos conceptuales provenientes del derecho romano (contrato, pacto, obligación, modos de adquirir la propiedad, etcétera) y de hecho el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podía ser romanista. El defecto del derecho romano que molestaba a los juristas de derecho natural residía en la ausencia de sistemática o más bien de todo orden en las fuentes romanas. Ello dio lugar a varios intentos de sistematización influidos una vez más por las fuentes romanas y que consistían sobre todo en una revisión de la división romana en

372 Fassò, *op. cit.*, t. III, p. 21.

ius quod ad personas pertinet, ius quod ad res petinet y ius quod actiones pertinet, que los juristas del Derecho natural conocían a través de las Instituciones de Justiniano (I. 1,2,12) que la habían adoptado. Esa actitud, que era fruto no sólo de las exigencias doctrinales y filosóficas de los juristas del Derecho natural sino también de las preocupaciones prácticas con vistas a garantizar la seguridad jurídica, puede por tanto resumirse en estas palabras: el Derecho romano es la más rica reserva de Derecho natural; sus colecciones (*Corpus iuris*) adolecen de orden y necesitan una sistematización para poder ser utilizadas. Fue adoptada por dos de los más grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, que más que ningún otro influyeron en la codificación francesa y, a través de ellas, en las principales codificaciones europeas (incluido, parcialmente, el código alemán): se trata, claro está, de JEAN DOMAT y de JOSEPH POTHIER.³⁷³

Pothier se convirtió en el tratadista que más influyó en la codificación napoleónica. Su trabajo se concentró en la sistematización del derecho consuetudinario y en la unificación del derecho escrito y del derecho consuetudinario. Al igual que Domat, aspira a una sistematización racional de las normas del derecho privado.

El intento de unificación de los dos sistemas normativos en Francia sentó las bases para que la codificación francesa, al elaborar los contenidos de las normas, recurriera tanto al derecho romano de la tradición del derecho escrito como al septentrional consuetudinario. Es importante, además, para una comprensión general de la codificación francesa, hacer una cita sobre las particularidades del derecho del antiguo régimen, que consagraba un orden estamental que complicaba aún más la vida jurídica francesa de cara al cambio que planteaba los nuevos anhelos legislativos.

Por todo esto la situación jurídica resultaba extremadamente complicada: por una parte no existía un criterio único de imputación subjetiva de los efectos jurídicos, dada la diversidad de los sujetos y el diverso ámbito de capacidad jurídica reservada a cada uno (en el sentido de que podían ser titulares de algunos derechos solamente los sujetos pertenecientes a una cierta clase, grupo o posición social: los nobles, por ejemplo, podían ser titulares de algunos oficios o gozar de determinados derechos y estaban sujetos a una jurisdicción particular; los no nobles podían ejercer el comercio; los siervos estaban sometidos a un régimen distinto... y así se podría continuar), y por otra parte había enormes diferencias en el régimen jurídi-

³⁷³ Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 178.

co de los bienes (se distinguía según se tratara de bienes muebles o inmuebles; edificios urbanos o rústicos; tierras libres o sujetas a un señor). Para los comerciantes existía además un derecho especial que estaba inspirado en gran parte en razones de política fiscal o de control del tráfico basadas en los principios de la economía mercantilista.³⁷⁴

A los antecedentes que pretendieron la unificación jurídica francesa y a la complicación normativa provocada por la fragmentación y estratificación del derecho se añadió otro elemento influyente al momento de realizar la codificación: el derecho revolucionario. En derecho privado, al periodo revolucionario se le conoce como el derecho “intermedio”, por encontrarse entre el derecho del antiguo régimen y el nuevo de la codificación. Durante este periodo el jurista Juan Jacobo Régis de Cambacérés elabora tres proyectos de Códigos, que no prosperaron. Es importante hacer notar que del primer proyecto, influido por las ideas iusnaturalistas, se va atenuando la tendencia racionalista para abrir paso a la aceptación del derecho antiguo, romano y consuetudinario. “El Derecho privado revolucionario, el llamado *droit intermédiaire*, fue publicado en forma de leyes singulares. Esta legislación, motivada por los objetivos políticos del momento y poco sistemática, pudo servir mejor a la agitada praxis revolucionaria que una codificación, la cual habría planteado un sinnúmero de problemas puramente técnicos”.³⁷⁵

Vistos los antecedentes y esbozado un panorama de las complicaciones jurídicas de la codificación, podremos entender por qué las ideas iusnaturalistas que pretendían hacer tabla rasa del pensamiento autoritario tuvieron que ceder ante la valía del derecho tradicional y a la imposibilidad de formular un derecho completamente nuevo.

En efecto, tras las primeras llamaradas de iusnaturalismo iluminista, tendente a hacer tabla rasa de todas las instituciones creadas por la historia, para sustituirlas por las dictadas por la razón, el criterio que prevaleció fue, como en Prusia, el de racionalizar, a la luz del Derecho natural, el Derecho vigente, hasta el punto que gran parte de la obra de Pothier fue recogida por el Código Napoleón. Lo que no es óbice, sin embargo, para que el espíritu del iluminismo y del iusnaturalismo se encuentre presente en el código (sobre todo teniendo en cuenta la inspiración claramente individualista del

374 Lipari, *op. cit.*, p. 42.

375 Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998, p. 253.

mismo), y que la acción innovadora de las ideas iluministas fuera decisiva en la preparación de la obra de reforma legislativa que fue realizada después por Napoleón.³⁷⁶

Wieacker precisa que el contenido románico del Código francés es menor al vertido en el alemán de 1900:

Materialmente está influido por su consideración de la razón, esto es, de aquella etapa del Derecho natural de las circunstancias históricas con fuerte tendencia hacia el *Droit Contumier*, al que los redactores en todas partes se remiten con gran libertad de espíritu. Y así la participación “románica” en el código nacional francés fue antes bien más débil que la recibida por el alemán de 1900.³⁷⁷

Inspirado en los principios revolucionarios, Napoleón Bonaparte nombra en 1800, una comisión integrada por cuatro miembros: Tronchet, Premenau, Maleville y Juan Estéfano María Portalis, para la elaboración de la codificación. El propio Napoleón participó en los trabajos y redactó algunos preceptos; estaba consciente y orgulloso de la magnitud de la obra que emprendía. La comisión trabajó sobre derecho común, derecho consuetudinario, derecho real (ordenanzas) y con la legislación revolucionaria (derecho intermedio y Constituciones francesas de la revolución). Destacó en especial el trabajo de Portalis, gracias a quien se acogió el antiguo derecho, románico y germánico, que prevalecieron dejando al racionalismo la orientación general de la obra. “‘Libertad’ y ‘propiedad’, que resumían las ‘libertades civiles’, fueron precisamente los conceptos que Napoleón colocó como fundamentos del *Code civil*”, cuyo objetivo era “consagrar las conquistas de la revolución, realizar una conciliación entre el Derecho romano y las *coutumes* y «unir el presente con el pasado»”.³⁷⁸

El Código Civil fue promulgado el 21 de marzo de 1804. Le siguieron en 1807 el Código de Procedimiento Civil, en 1808, el Código de Comercio y el de Procedimiento Penal, y, finalmente, en 1810, el Código Penal.

El Código Civil, que tomó el nombre de Código Napoleón, se estructuró según la vieja clasificación romana de las Institutas. Consta de 2,281

376 Fassò, *op. cit.*, p. 21.

377 Wieacker, *op. cit.*, p. 136.

378 Lipari, *op. cit.*, p. 51.

artículos y se divide en una introducción (donde se recogen los principios iusnaturalistas de libertad e igualdad) y tres libros:

Se compone de un título preliminar (“De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general”) y de tres libros. El primero, titulado “De las personas”, trata, además, del matrimonio y del divorcio (institución introducida por la revolución y mantenida a pesar de algunas limitaciones) así como de la tutela. El segundo y tercer libros, cuya sistemática se inspira en los mismos principios que la ALR (Código prusiano), están consagrados a las relaciones patrimoniales organizadas en torno a la noción de propiedad. El libro segundo (“De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad”) se ocupa de las cosas, de la propiedad, así como de los derechos reales sobre cosa ajena. En cuanto al libro tercero, se titula “De los distintos modos con los que se adquiere la propiedad” y agrupa las reglas sobre sucesiones, donaciones entre vivos y los testamentos, los contratos y las obligaciones convencionales en general, los compromisos que se forman sin convención (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos), las relaciones patrimoniales entre cónyuges, las diferentes clases de contratos, las garantías personales de las obligaciones (fianza), las transacciones, el apremio por cuerpo en materia civil (derogado por una ley de 22 de julio de 1867), la garantía (prenda y anticresis), los privilegios y las hipotecas, la expropiación forzosa y el concurso de acreedores, finalmente la prescripción. Esta sistemática es propia del Derecho natural y proviene de la de las Instituciones de Justiniano tal y como Domat y Pothier las habían reformulado. El Código civil puede ser considerado, en suma, como el resultado de un trasplante (realizado según el método de Pothier) de algunos principios extraídos de las costumbres sobre un substrato romanista que no sólo determina la estructura terminológica y dogmática del Código, sino que también está en la base de su contenido y domina toda la parte concerniente al derecho de obligaciones.³⁷⁹

La codificación francesa fue la que tuvo mayor importancia histórica porque se convirtió en modelo de las legislaciones de muchos países y porque significó un cambio fundamental en los estudios de ciencia y filosofía jurídicas.

La codificación se exportó en la medida en que se exportaron las ideas revolucionarias de la Revolución francesa. Las tropas napoleónicas llevan el código que es aceptado incluso en lugares que era de esperarse oposición, como en Alemania. Encontramos las siguientes recepciones:

379 Cannata, *op. cit.*, pp. 184 y 185.

1810: Baden, Varsovia y Bélgica, 1830; Holanda hace su propio código, que es una auténtica copia. En Italia, el Código Civil de 1861 estuvo bajo la influencia de las codificaciones napoleónicas, hasta el Código Civil de 1942, que abandona la familia francesa para aproximarse al sistema del derecho civil de la ciencia pandectística. España, Portugal y los países iberoamericanos fueron receptores (el primer Código civil mexicano fue el de Oaxaca de 1828). En los Balcanes, Rumania (1865) y en el África, Egipto (1867). Su influencia no cesó sino hasta la codificación alemana (BGB) del año 1900:

Sólo el influjo de la ciencia pandectística alemana y de ambos códigos modernos de la “familia jurídica alemana” que de ésta proceden (el B.G.B. de 1900 y Z.G.B. suizo de 1907-1911) han detenido, o casi reprimido, la difusión posterior del Code civil, especialmente en el sudeste de Europa (Hungría, Grecia, Turquía), en el lejano oriente (China, Japón, Siam) y en algunos Estados sudamericanos.³⁸⁰

4. Características y consecuencias de la codificación

Entre las características y finalidades de la codificación podemos encontrar las siguientes:

- a) La codificación fue la expresión final de los propósitos del iusnaturalismo, síntesis final que significa el fin del derecho antiguo (como un derecho disperso) y el surgimiento de un nuevo derecho igualitario. Lo que más penetró de las ideas iusnaturalistas fue la tendencia individualista, sancionando positivamente lo que el iusnaturalismo había proclamado como “derechos innatos del hombre”: libertad, propiedad e igualdad. La influencia del iusnaturalismo fue, más, que en el contenido normativo, en su estructura formal.
- b) La aspiración de formular positivamente las normas emanadas de un derecho natural derivado de la razón supuso que la codificación lo había logrado y que se había conseguido un derecho universal válido para todos los hombres en todos los tiempos.

El triunfo del iusnaturalismo en el terreno político y legislativo cierra un período de la historia con la conclusión de que el Derecho natural ha sido concretado en el Derecho positivo, y por tanto, que el problema de las rela-

380 Wieacker, *op. cit.*, p. 320.

ciones y contraposiciones entre ambos derechos había dejado de tener sentido. Sólo quedaba, aparentemente, a la filosofía del Derecho el problema del método de la ciencia del Derecho vigente positivamente, única forma de Derecho pensable.³⁸¹

- c) El contenido normativo de la codificación fue obtenido del derecho tradicional; los códigos fueron una síntesis del derecho consuetudinario, el *ius commune* y las ideas racionalistas. La codificación fue la concreción definitiva de la tradición romanista europea. El derecho romano se advierte sobre todo en obligaciones y contratos; el derecho consuetudinario, en familia, cosas y sucesiones; el derecho natural racionalista, en los principios que orientan la codificación, principios de igualdad, propiedad y libertad.
- d) La codificación se convirtió en la forma jurídica de organización de las aspiraciones de la burguesía que ordenan una nueva sociedad basada en el respeto a las libertades individuales. El dogma de la igualdad no supuso el de todos los hombres, sino la equiparación política de la burguesía como clase social.
- e) Se consagra el principio de la limitación de los poderes de los jueces, mediante la formulación de las tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, que significa que no es admisible ninguna interpretación ajena al texto de la ley, debiendo, en caso de laguna, recurrir a la intención del legislador como única posibilidad hermenéutica. Se sacrifica todo en aras de la certeza y la seguridad que proporciona la abstracción y generalidad de las leyes.

Como consecuencias de la codificación podemos enumerar las siguientes:

- a) La reducción del derecho a la ley tuvo como consecuencia la supresión de la costumbre como fuente del derecho. Se agota la costumbre como fuente de derecho. De la codificación en adelante la costumbre *contra legem* ya no tiene validez. Los ilustrados mostraron una desconfianza desdeñosa hacia la costumbre, que fue vista como el fruto de un pasado irracional, una obra de una voluntad anónima, casi siempre popular y carente de las luces sólo poseídas por los filósofos cultos y por legisladores ilustrados.

381 Fassò, *op. cit.*, p. 15.

- b) Con la separación de poderes y la imposibilidad de interpretación autónoma de la ley se terminó con la jurisprudencia como fuente del derecho. En adelante la función del juez debería limitarse exclusivamente a la aplicación de las leyes sin ninguna posibilidad de interpretarlas fuera del propio contexto legislativo. Se consagra el principio de la plenitud hermética del derecho.
- c) El gran mérito de la codificación fue la certeza y seguridad jurídica que se lograron con la legislación.
- d) La codificación sólo se interesó por algunas materias: derecho civil, derecho mercantil, derecho procesal, civil y penal y derecho penal. Esas cuatro materias han sido las únicas que dieron lugar a otros tantos códigos, si bien la codificación del derecho procesal ha cristalizado en dos códigos formalmente separados concernientes, respectivamente, al proceso civil y al penal. Quiérese decir con esto, pues, que no todas las materias del ordenamiento jurídico se codificaron, sino sólo aquellas que el advenimiento del Estado liberal eran consideradas como básicas y al mismo tiempo estaban dotadas de una clara madurez doctrinal.³⁸²
- e) En derecho civil se consagró al matrimonio como un contrato, y se admitió el divorcio, se protegió a la libertad contractual y se creó un sistema que privilegió a la propiedad. “Por ello no es casual que, en el *Code Napoléon*, la propiedad ocupe el lugar predominante y que todos los demás institutos, desde el contrato hasta las sucesiones, pasando por el Derecho de familia, giren en torno a ella”.³⁸³
- f) El dogma de la igualdad de todos los ciudadanos fue inconsistente y significó únicamente una ventaja para la burguesía. Con la ética pactista se cometieron excesos e injusticias para las clases obreras y campesinas.

El derecho que surgía del sistema codificado se presentaba así de manera conforme a las necesidades de una sociedad que se desarrollaba en un sentido liberal y capitalista, pues privilegiaba a los intereses pecuniarios y a las fortunas adquiridas por las clases medias ampliamente beneficiadas por la Revolución. Es significativo, por otra parte, que al contrato de trabajo se dedicara un solo artículo (el 1780) y eso para prohibir los contratos de tra-

382 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 467.

383 Lipari, *op. cit.*, p. 43.

bajo por tiempo indeterminado; también lo es que en el artículo 1781 se contuviera una regla extraordinariamente favorable a los patronos y comitentes que eran “creídos con base en su sola palabra” en cuanto a los salarios pagados a sus trabajadores (el art. 1781 fue derogado en Francia por la Ley de 2 de agosto de 1868). Resulta por ello indudable que, con el *Code* de 1804, los legisladores de la época, al hacer suyas algunas conquistas de la Revolución —la igualdad jurídica de las personas, la desvinculación de la propiedad—, no quisieron conservar de ninguna forma todas aquellas disposiciones del Derecho intermedio que protegían a las clases más pobres, campesinos y obreros (no debe olvidarse con todo que el Derecho intermedio tampoco regulaba el contrato de trabajo ni el salario de los obreros), sino que más bien se intentó proteger los intereses del dinero. Con la abolición de los antiguos privilegios feudales se limitaron a sancionar la igualdad y libertad formales y se concedió a todos la posibilidad (aunque sólo en abstracto) de actuar libremente, de trabajar y de enriquecerse.³⁸⁴

- g) Dentro del derecho penal, el Siglo de las Luces significó la supresión de la tortura, la derogación de los delitos de magia y brujería y la abolición de la pena de muerte.³⁸⁵
- h) El efecto esperado de las tesis iusnaturalistas era el de la consecución de un derecho universal; sin embargo, triunfaron las tesis nacionalistas, y la unidad jurídica europea basada en el *ius commune* se perdió en codificaciones particulares de cada Estado.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

³⁸⁵ Es pertinente recordar el trabajo de Beccaria como uno de los juristas que más influyeron en la humanización del derecho penal. “Por lo expuesto resulta obvio que los logros de la época de renovación bajo el lema de la igualdad fueron limitados. Su concepto fundamental más bien sería el de humanidad. Aparte la guerra, el más notable ejemplo de inhumanidad radicaba en el derecho penal. La revolución ética implícita en el término utilitarismo no podía dejar de aplicarse en esta esfera. La obra clásica sobre este tema, y que merece ser recordada una vez más, es el tratado *Dei Delitti e delle Pene*, del italiano Beccaria, publicado en 1764. Difícilmente podría hallarse otro tema acerca del cual la Europa ilustrada estuviera más unida que en torno al de la reforma del derecho penal, ni tal vez otro libro que lograra un éxito tan rápido e ilimitado. Por una vez, un gran tratado reformador no se publicó antes de tiempo, según revelara una breve relación de fechas. Después de la Unión de los Parlamentos inglés y escocés, la abolición de la tortura se extendió a Escocia, por una ley de 1708. Federico II la abolió en Prusia excepto para casos muy graves, como el de traición, tan pronto como subió al trono, en 1740. Pese a los manifiestos de los *philosophes*, los *Parlements* franceses se resistieron con éxito a la abolición de la tortura legal hasta la víspera de la Revolución; pero es de notar que la Revolución, incluido el Terror, nunca volvió al empleo de la tortura judicial una vez que fue abolida. En Rusia, los juzgados de primera instancia fueron privados de la facultad de ordenar torturas en 1762, y los tribunales superiores, en 1801. La Inquisición suprimió en España la tortura hacia 1816. Mucho quedaba aún por hacer para humanizar los procedimientos de la justicia y las mentes de los juristas, pero con el humanitarismo se había introducido un nuevo principio en el mundo”. Cobban, *op. cit.* pp. 430 y 431.

Por ello también las codificaciones que se promueven no son universales, no son europeas, sino nacionales. Sucedió lo que no había previsto la Ilustración, determinada por las ideas iusnaturalistas y sin duda no había deseado: el Derecho del continente perdió su unidad; fue nacionalizado. La zona geográfica del *ius commune* se disgrega en zonas jurídicas particulares determinadas nacionalmente.³⁸⁶

IV. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

La Escuela exegética francesa surge con posterioridad a la codificación napoleónica, que se convierte en su condición y causa. Será la Escuela dominante en Francia y en buena parte de los países receptores de la codificación francesa, durante prácticamente todo el siglo XIX (1820 a 1888) hasta las críticas de Francisco Geny (1871-1938) en su libro *Método de interpretación de las leyes civiles*. Crítica, por demás tardía, pues en Alemania la Escuela Histórica del Derecho ya había elaborado una importante revisión crítica de la Escuela de la Exégesis.

Los principales representantes de esta escuela son Teodoro Troplong, Florencio Demolombe, Francisco Laurent, Aubry, Rau, Baudry Lacatinerie, cuya actividad fundamental se centró en explorar y exponer el contenido del Código de Napoleón en diversas y voluminosas obras de derecho civil.

Podemos intentar enumerar las principales convicciones y principios de la Escuela de la Exégesis francesa, de la siguiente manera:

- a) El derecho está en los códigos; el derecho se reduce exclusivamente a lo que contienen los códigos.
- b) Los códigos significan un sistema de pretensión universal donde no hay lagunas. El orden jurídico positivo es completo y no tiene lagunas; se autointegra.
- c) La Escuela exegética responde a una visión predominantemente pragmática y estática del derecho, en clara oposición a la visión histórica: todo intento de construcción del derecho debe ser sacrificado a la exigencia de la certeza jurídica; por lo tanto, toda fuente ajena a la legislación que procure la adecuación del derecho a las circunstancias históricas y a la evolución de la sociedad es rechazada.

³⁸⁶ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 22.

- d) La visión de la Escuela de la Exégesis, finalmente, se convierte en una posición dogmática, entendiendo por ésta, que sus principios fundamentales son incontrovertibles y que la visión técnica del derecho de la Escuela rechaza toda perspectiva histórica.
- f) El principio fundamental de la Escuela se enuncia como el principio de la plenitud hermética del derecho. Este principio corresponde a la visión de orden jurídico cerrado, donde la función del juez se limita a aplicar las disposiciones de los códigos. Dichas disposiciones constituyen ese orden hermético y representa auténticas órdenes del legislador al juez. El juez no puede crear derecho; por lo tanto, en casos de laguna, oscuridad o silencio de las leyes, debe encontrar en esas mismas leyes la solución del caso.

Es así como la exigencia fundamental del Iluminismo, para cuya satisfacción se había emprendido la codificación, la de la certeza del derecho, condujo al positivismo jurídico. Fuera de la ley positiva no se reconocía ningún principio jurídico válido. Sólo es derecho lo que el legislador crea. Se llega a creer que la fuente del derecho es la voluntad, y el derecho natural que durante algún tiempo se entendió como esencia misma del Código fue pronto olvidado. El orden jurídico se autointegra a sí mismo.

- g) El jurista se limita a interpretar en forma textual el Código Napoleón para clarificarlo y para deducir consecuencias o soluciones prácticas.

La Escuela exegética obtuvo mucho éxito en una época en que se convirtió en un instrumento de primera necesidad para el logro de las aspiraciones del Estado liberal burgués. Jurídicamente facilitaba enormemente el trabajo de interpretación y de aplicación del derecho, además de lograr la tan ansiada certeza y seguridad jurídicas. El único método de interpretación admisible era la interpretación auténtica o legislativa (limitada a indagar la intención del legislador sin la menor referencia histórica; los cambios sociales no son considerados). Los estudios de derecho se transforman en un estricto comentario de la codificación (artículo por artículo). La interpretación literal resuelve todo problema; por tanto, niega la filosofía del derecho. Es una escuela de juristas dogmáticos no filósofos. Se suprimen las enseñanzas del derecho natural y hasta las de teoría del derecho que podían dar ocasión a discusiones y críticas del orden imperante, procurándose enseñar únicamente el Código Napoleón.

La gran crítica que puede hacerse a la Escuela exegética francesa es precisamente su dogmatismo y ahistoricismo. Crítica que emprende la Escuela histórica del Derecho, para después caer en Alemania, un siglo después, también, en el positivismo jurídico. En el caso francés, el iuspositivismo fue una consecuencia del iusnaturalismo, al creer que sus principios habían quedado plasmados en la legislación de una vez y para siempre. El papel del Estado será, en adelante, de sancionador y protector del derecho, hasta llegar a la idea de que sólo es derecho lo que el Estado crea como tal. ¿Qué quedó? Se pregunta Francisco Carpintero:

A finales del siglo XVIII desapareció el prestigio del iusnaturalismo y, con él, la construcción teórica de la convivencia basada en pactos entre hombres iguales. La ciencia jurídica, en este momento, resucita tímidamente, pero ahora como una sirvienta del legislador estatal: ordenación, aclaración de conceptos contenidos en las leyes emanadas del Estado... Quedó, el Estado, apoyado por la policía y el ejercito, y éste era el único dato real. Más allá de él, todo pareció una quimera propia de filósofos, y llamar filósofo a un universitario alemán era, hacia 1830, un insulto, tal como muestran tantos testimonios.³⁸⁷

Triunfó el positivismo ínsito en las tesis iusnaturalistas. El racionalismo creó un sistema igual de totalizador y rígido como el que había pretendido destruir. Su pretensión totalizadora en el campo del derecho pronto demostró ser un fracaso; no es posible un derecho válido para todos los hombres en todos los tiempo. Durante el siglo XIX se dejó, por dicha pretensión totalizadora, a un lado todo pensamiento metajurídico y toda referencia a la justicia como virtud y valor supremo del derecho. Se preparaba el drama del siglo XX, donde el positivismo formalista legitimaría cualquier ideología. La posibilidad de destrucción del hombre por el hombre se legitimó en un sistema de derecho que cumplió con todos los requisitos para convertirse en un derecho positivo. La tesis naturalista de la superioridad de una raza culminó con el acontecimiento destructivo más grande de la historia. Sólo a partir de una adecuada comprensión de las ideas que dieron origen a la visión totalizadora del derecho positivo se puede arribar al entendimiento de los problemas actuales del derecho y el Estado.

387 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 231.