

# LECCIONES de HISTORIA de la CODIFICACIÓN

**Pio Caroni**



## Lecciones de historia de la codificación

The Figuerola Institute  
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:  
Carlos III University of Madrid

Book Series:  
Legal History

Editorial Committee:  
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*  
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*  
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at [www.uc3m.es/legal\\_history](http://www.uc3m.es/legal_history)

Lecciones de historia de la codificación

Pio Caroni

Edición de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2013

Historia del derecho, 20

© 2013 Pio Caroni

© 2013 Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, para la edición

Venta: Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9031-589-7

ISSN: 2255-5137

Depósito Legal: M

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/17310>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN . . . . .	9
PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN . . . . .	17
ADVERTENCIA A LA PRIMERA EDICIÓN . . . . .	19
LECCIÓN I. PARA ENTRAR EN MATERIA	
1. ¿Qué concepto de codificación? . . . . .	27
2. Una primera serie de elementos . . . . .	28
3. ¿Qué significa «unificar»? . . . . .	30
4. La ambivalencia de este concepto . . . . .	33
LECCIÓN II. LA HISTORIA DE UNA TEORÍA	
5. La contribución del humanismo jurídico . . . . .	37
6. Las fórmulas iusnaturalistas . . . . .	38
7. El viraje ilustrado . . . . .	40
LECCIÓN III. EL CÓDIGO PARA UNA NUEVA SOCIEDAD	
8. Un fruto inmaduro . . . . .	43
9. La necesidad de una revolución política y social . . . . .	44
10. ¿Dónde se esconden las desigualdades? . . . . .	44
11. La fotografía y la radiografía . . . . .	47
12. La violencia de la abstracción . . . . .	47
13. Qué es lo que produce y qué es lo que permite esta violencia . . . . .	49
14. Necesidad e importancia de la desigualdad . . . . .	52
15. El ocaso de la antigua seguridad . . . . .	54

LECCIÓN IV. LA CODIFICACIÓN Y SU CONTEXTO	
16. Codificación y derecho común .....	57
17. Codificación y legislación .....	62
18. Codificación y constitución .....	63
19. Codificación y renovación del derecho .....	67
LECCIÓN V. LAS CODIFICACIONES IUSNATURALISTAS	
20. Un calificativo desconcertante .....	71
21. El Código prusiano (1794) .....	71
22. El Código austríaco (1811) .....	74
23. El Código francés (1804) .....	79
LECCIÓN VI. UNA RÁPIDA OJEADA AL CÓDIGO CIVIL SUIZO DE 1907	
24. Introducción: una justificación .....	89
25. Un Código orgulloso y original .....	90
26. Un Código popular .....	92
27. Un Código social .....	93
LECCIÓN VII. PARA CONCLUIR: LA EDAD DE LA DESCODIFI- CACIÓN	
28. Algo está sucediendo .....	101
29. El desmontaje del código .....	102
30. Una nueva articulación social .....	103
31. Un valor todavía poco explícito .....	105
BIBLIOGRAFÍA .....	107
APÉNDICE DOCUMENTAL .....	129

## ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Por descontado, yo suponía que, a medida que el libro avanzase, este designio se alteraría, porque los libros siempre acaban cobrando vida propia, y porque uno no escribe acerca de lo que quiere, sino de lo que puede...

Javier Cercas, *Soldados de Salamina*, tercera parte.

### 1

Como todos los medicamentos que se prescriben, también los libros tienen a veces necesidad de una advertencia que oriente para preparar al lector, disponerle a una lectura más adecuada, advertirle de las falsas expectativas, enumerar las contraindicaciones y explicar también quizá cómo *no* leerlos para no caer en las trampas que en ocasiones se tienden. Es pues auténtica prudencia la que me incita a escribir y a comenzar con estas líneas. Una prudencia doblemente aconsejada por este breve texto, porque vuelve a proponer, intactos y sin correcciones, materiales, precisiones o ampliaciones y reflexiones elaborados durante el verano del 1994, es decir, hace casi veinte años. Es realmente increíble. En efecto, si pienso que durante todos estos años se ha reflexionado y escrito con competencia y pasión sobre este tema, que se publicaron centenares de libros, artículos y ensayos, que incluso se crearon cátedras universitarias para cultivar preferentemente el discurso codificador ¿cómo justificar lo que estoy haciendo? ¿Cómo no mostrar perplejidad ante mi aparente desinterés?

Entiendo esta perplejidad. Incluso entendería, si existiera, la irritación de un lector quizá desilusionado por mi taciturno inmovilismo. Pero intento asimismo aplacarla, recordándole que también yo, durante todos estos años, me he visto asaltado continuamente por dudas y reticencias, por el deseo de reflexionar de otra forma o con mayor cautela sobre estos (y también otros) temas, por la voluntad de volver a tratarlos *ab ovo* para considerar nuevas sugerencias, o para construir partiendo de nuevas certezas. He tratado de hacerlo públicamente, aunque para un público al que no veía ni oía

pero que esperaba igualmente que fuera fiel y estuviera atento. Y he presentado el resultado de este ininterrumpido ir y venir en los *Escritos sobre la codificación* (Madrid 2012). No invalidan el texto de las *Lecciones*, no son su contrapunto. Pero tampoco lo confirman definitivamente. Más bien lo precisan, lo completan, ilustran algunos desarrollos (o algunas “variaciones”) e incluso lo corrigen en algunos puntos. Tengan por ello en cuenta, lectoras y lectores, que con esta invitación animo sobre todo a una lectura paralela de ambas publicaciones.

## 2

Tal como ha sido descrita a lo largo de estos últimos veinte años, la codificación provocó un cambio de época. Facilitó la clausura del reinado secular de la *consuetudo* y dio inicio al de la ley. Resumirla así es tan obvio como arriesgado. En efecto, tiene el peligro de minimizar su relevancia, esto es, de relativizar su influencia, por ejemplo destacando en este cambio una sola realidad, precisamente la jurídica: para entendernos, la realidad en la que actuaban las pocas personas directamente implicadas en la transición, sin tener en cuenta, por lo tanto, las repercusiones de todo tipo que, antes o después, delimitaron el tejido social. Esto sería un error imperdonable en el que me esfuerzo por no caer y que ruego igualmente al lector no cometer. Cerrar los ojos ante una realidad compleja, fluida y quizá insensible porque solo así surgen las líneas de una certeza cómoda y consoladora *no* es en absoluto la receta que quiero dar a quien me lee, porque la codificación *no* es una materia a la que el historiador pueda enfrentarse con el *habitus* del contador o contable; es decir, con la mentalidad de quien elabora *a priori* un estatuto ontológico del código, enumera sus premisas y requisitos y luego, fortalecido por esta certeza, se enfrenta a la historia concreta y analiza los códigos históricos uno a uno, examinando su perfecta realización (cuando concurren todos los elementos de la definición), o bien la transposición solo parcial y, por ello, irregular. Frente a este sesgo, que aún se practica, se recuerdan unas pocas y simples verdades. En primer lugar, la que considera la codificación como la expresión jurídica de un cambio *general* que, por ello, afectó a *toda* la sociedad. Una sociedad nueva por burguesa que, en esta nueva estructura del propio derecho privado, vislumbró la solución de sus problemas respecto al medio para conseguir y garantizar nuevos equilibrios. Esto es, una sociedad que, precisamente por

este motivo, nunca consideró estar sometida a una teoría codificadora específica ni siguió de buena gana lo que esta prescribía, sino que más bien la dominó y se la apropió para servirse de ella libremente. Esto explica por qué cada sociedad que codificaba realizó con total libertad y originalidad el programa codificador, dándole la orientación que mejor correspondía a sus exigencias a tenor de las circunstancias. La historia “jurídica” de la codificación debe tener en cuenta todas estas “irregularidades”. Si (como es de esperar) no trata de celebrar la codificación pura y perfecta para luego mofarse de lo que no se ajustaba a ella; si, en todo caso, prefiere descubrir en los códigos reflejos de las contingencias sociales; si aspira a comprender más que a condenar, entonces, en la duda, *incluye y no excluye*. Desde este punto de vista, todos los códigos tienden a ser irregulares. Esta es quizá una primera enseñanza que las investigaciones de estos últimos veinte años nos invitan a tener en cuenta.

## 3

La segunda nos la ofrecen los análisis del itinerario codificador, que tienen cada vez más afición a distinguir la historia de la codificación y la del código. La *primera*, que sería la de la elaboración del código, sigue cronológicamente el camino que recorrió desde el día en que la idea circuló por primera vez hasta aquel en que la autoridad política, y por ella la autoridad legislativa en un régimen democrático-parlamentario, lo sancionó y fijó su entrada en vigor. Resume en realidad lo que siempre hemos hecho: se entretiene examinando los proyectos, toma nota de los trabajos de las comisiones y analiza los debates parlamentarios. Podría decir, para simplificar, que es la historia que, en el caso del *Code civil* francés de 1804, se identifica con las colecciones canónicas de Fenet y de Loqué.

Pero hemos advertido algo tarde que precisamente cuando esta historia terminaba empezaba entonces otra, la *segunda*, menos espectacular pero no por ello opcional. Muestra cómo fue recibido el código ya en vigor por la sociedad que lo había querido; qué parte de su programa se realizó y en qué medida; si aconteció según los planes y los deseos del *pater legis*, es decir, fielmente, o si favoreció también maniobras y manipulaciones en las que el legislador no había pensado o que incluso había intentado impedir. Estas primeras reflexiones bastan para demostrar no solo la existencia, sino también la importancia de esta segunda historia. En efecto, solo ella descubre si el

mensaje del legislador alcanzó y cambió en realidad la sociedad y cómo lo hizo. Solo ella ofrece respuestas plausibles a quien aspira a conocer el derecho aplicado realmente en un determinado contexto histórico y, por consiguiente, no se contenta con registrar ecos, refracciones y reflejos. Pero sería asimismo incorrecto omitir que quien se pregunta por las reacciones autónomas de la sociedad a las demandas del código se enfrenta a un itinerario desagradable y demasiado difícil. Y es que esta segunda historia nos obliga a ampliar el número de fuentes, analizar sistemáticamente la jurisprudencia y considerar todo lo que influye en la conformidad de los destinatarios con las soluciones previstas en el código: por consiguiente, la economía y la cultura, las costumbres a las que nadie renuncia voluntariamente, las opiniones y los prejuicios que asediaron diariamente a los hombres y mujeres del pasado como nos asedian a nosotros.

## 4

Si normalmente me animo hablando y escribiendo de estas cosas –lo que quizá divierte a mis compañeros de viaje– no ocurre sin un motivo. En efecto, considero que la tendencia a descuidar esta segunda historia y, por consiguiente, la predilección unilateral de la que goza la *Entstehungsgeschichte*, es reflejo de una actitud típica, por desgracia, de muchos historiadores del derecho: contentarse con el mundo aséptico de las normas, de las reglas y de los artículos del código. Tras rodearlo, parece –y sigue pareciendo– fácil reconstruir la imagen histórica del derecho, como si una varita mágica hubiese transformado automáticamente esas normas, esas reglas y esos artículos en realidad efectiva. De ello se deduce que la interferencia fundamental es, una vez más, *hermenéutica*: si es cierto que el significado de un mensaje es decidido por el destinatario, la imagen histórica del derecho resultará no solo del tenor de las normas, de las reglas y de los artículos, *sino de cómo los transforma una sociedad concreta al aceptarlos*; podría decirse, incluso, de cómo es regulada, pero también, dialécticamente, de cómo se sirve de ellos.

Por eso no es casual que confirme también aquí, en el tema de la historia de la codificación (que es la primera historia) y de los códigos (que es la segunda historia), la importancia de este predominio hermenéutico. Lo hago intencionadamente, pues me he dado cuenta de que incluso los actuales demolidores de las grandes codificaciones burguesas se contentan generalmen-

te con reflexionar sobre las normas. Al ser sancionadas por los parlamentos y haber entrado en vigor formalmente, también las han considerado reales, compartidas y efectivas de forma automática. Y luego, partiendo de estas certezas, han lanzado una acusación tras otra, esto es, han imputado a los códigos las culpas, reales o totalmente imaginarias, que servían para justificar (o al menos corroborar) sus críticas. Percibo en ellas, sin embargo, si no manipulaciones del pasado intencionadas, sí al menos segos evitables y muy desagradables que un mayor conocimiento de esta segunda historia habría permitido moderar, cuando no impedir totalmente.

Trato de citar algunos ejemplos recientes solo para no ser mal interpretado. Así pues, me deja perplejo el intento típicamente neopandectístico de desacreditar los códigos, de dismantelarlos a placer, de alegrarse casi por sus lagunas. Pero ¿por qué? Porque evidentemente, es útil para negar la autonomía hacia la cual se dirigía históricamente el código y en la que luego quería reflejarse. Por eso, quien insiste sobre estos aspectos desconoce la realidad del nuevo sistema de fuentes. Reincorpora más bien, de manera consciente, el anterior, reduce el código a *ius proprium* y, lógicamente, favorece la interpretación (incluyendo, como nunca antes, la corrección y la integración) sobre la falsilla de las verdades dispensadas por la ciencia del derecho común. Nuestros críticos no albergan dudas respecto a ellas, como por lo demás tampoco las albergaba Savigny. Se remiten a él continuamente, se consideran sus legatarios más o menos exclusivos y, por ello, atentos guardianes de un mensaje que el tiempo sin embargo, guste o no guste y sin pedir permiso a nadie, ha alterado inexorablemente.

Disiento asimismo (aunque, en este caso, con las distinciones necesarias) de la actitud demasiado severa de los historiadores que, primero, enfatizan la exclusividad (y con ella la plenitud material) que reivindicaron esporádicamente los primeros códigos y, luego, les reprochan haber monopolizado la producción jurídica, haber cegado las fuentes normativas aún vivas y haber reprimido por ello brutalmente todo conato posterior de pluralismo normativo. Esta es una filípica que no me convence del todo. Y no obstante pienso que, *ante todo*, habría sido preferible comprobar la repercusión efectiva de esta presunta legolatría sobre la sociedad antes de criticarla duramente, porque atendiendo a la realidad de los hechos (lo que significa no fiarse mucho de las palabras y, por consiguiente, no sobrestimarlas) ningún código pudo renunciar a una colaboración normativa –comoquiera que fuera denominada–.

Entre las frases con las que se encuentra periódicamente un historiador del derecho, hay una que quiero recordar antes de concluir. Afirma que, bien mirado, la codificación del derecho, y más aún la del privado, al poner fin a la vigencia práctica del antiguo derecho y liberar así al jurista de la tarea (odiada o alabada pero siempre práctica, es decir, eficaz) de localizarlo, creó en realidad las premisas para un planteamiento histórico del derecho positivo *al fin autónomo*.

El tema es curioso por diversos motivos. En primer lugar, porque confirma la entidad del cambio provocado por la codificación: a la primacía de la *consuetudo*, tanto la popular como la sapiencial, opuso el predominio (plenamente ilustrado y iusnaturalista) de la ley sancionada por la autoridad y recogida en el código. Esto provocó consecuencias sin fin: simplificó (y por ello generalizó) el acceso al conocimiento del derecho positivo; tendió a acentuar el valor de la ciencia jurídica elaborada sobre el derecho común; reestructuró el punto de vista erudito y la función de juzgar (lo que, no obstante, a falta siempre de una comprobación más precisa, no puede llevarnos a hablar de expropiación); y eliminó también la urgencia de una mirada retrospectiva capturada ya por la ubicuidad temporal de la ley positiva.

En el fondo, aquí es adonde precisaba llegar: a esta última consecuencia, que algunos historiadores del derecho han querido interpretar como una condena definitiva y otros solo como una amenaza inminente, para decir que el código, aunque se despida de un planteamiento histórico *concreto* que ya está obsoleto, *no por eso se sustrae a la historia*. Nos toca a nosotros confirmarlo e irrumpir en su parábola, pero no para reivindicar, como se ha hecho hasta ahora, la utilidad práctica (aunque solo esporádica) de esta o aquella información histórica concreta; y aún menos para compartir los consoladores extremismos del neopandectismo, sino para acentuar la *temporalidad* que (también) posee el derecho, para recordar que vive en el tiempo, que el tiempo le es inherente, lo estructura y lo caracteriza. No lo embellece, no lo acompaña, no lo rodea ni lo condiciona: es más bien su *esencia*. Razón por la cual comparto la afirmación de que el derecho *no tiene* historia, sino que *es historia*.

Concluyo ahora así: las codificaciones liberaron a los historiadores del derecho del cometido práctico asumido hasta entonces, que era importante pero, bien mirado, contingente. Le obligan por ello a reflexionar sobre

la urgencia y sobre el contenido específico de su vocación *verdadera* (es decir, ni auxiliar ni instrumental). Esto significa que, desde este punto de vista, también han pasado página.

## 6

No puede, no debe faltar un gesto conclusivo para dar las gracias públicamente a los amigos, a quienes les pertenece en exclusiva el mérito de esta “reedición”: Aquilino Iglesia Ferreirós, que la ha facilitado con generosidad; Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, que han planteado de nuevo el texto, traducido la documentación, controlado, corregido y ordenado todo cuanto requería su competente y oportuna intervención (y era mucho). Un destino sin duda benévolo quiso que encontráramos placer no solo en reflexionar sobre los pequeños o grandes problemas que animan nuestra cotidianeidad, sino también en trabajar juntos. Estando así las cosas, este libro es un milagro de la amistad. En los tiempos difíciles que vivimos, milagros como este reconfortan y estimulan.

Berna, Pascua de 2013.

PIO CARONI

PS. Tanto en las páginas de estas *Lecciones* como en las de los *Escritos*, las lectoras y los lectores encontrarán fácilmente las referencias bibliográficas a las que remite tácitamente el texto de mi “Advertencia a la segunda edición”. Puede también leerse en los *Escritos* (“Quizás un epílogo”, pp. XI-XXV) un repaso a los problemas polémicos. Y para terminar: he explicado repetidas veces en *La soledad del historiador del derecho*, Madrid 2010, por qué, reflexionando como también he tratado de hacerlo en este libro, aun sin lamentarme por ello, me he quedado solo con frecuencia.



## PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

Cuando hace algunos años, Josep Maria y yo decidimos continuar con las publicaciones de la Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, empresa que desde hacía algún tiempo estaba interrumpida, no tuvimos duda alguna a la hora de seleccionar los trabajos que deberían formar parte de la colección. Dentro de la colección encontrarían acogida aquellas obras surgidas en el seno de las actividades del Seminario de Historia del Derecho –no me resigno a la nomenclatura oficial–. Tampoco la tuvimos a la hora de seleccionar, para abrir la nueva serie, la brillante y apasionada intervención del profesor Pio Caroni dentro de un ciclo de sesiones dedicado a la Codificación. El profesor Caroni no sólo aceptó amablemente mi sugerencia de dar a la luz pública su brillante intervención, sino que quiso redactarla de nuevo y presentarla como unas lecciones catalanas de Historia de la Codificación. Ni las dificultades surgidas a la hora de realizar la codificación suiza fueron las mismas que se dieron en la península para hacer realidad el mandato constitucional de 1812 ni la explicación de su tardanza es válida para explicar la tardanza a la hora de realizar el Código en la península, pero el título propuesto tiene su razón de ser profunda. Esta obra iba a ver la luz dentro de las publicaciones de la Universidad de Barcelona, pero entre tanto pasaron demasiadas cosas, entre ellas un misterioso cambio de opciones del Servicio de Publicaciones, que ha conducido a que esta nueva serie de publicaciones vea la luz dentro de una editorial privada, con el soporte económico del «Fondo Eugen Huber» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna.

El *pathos* que animó todas las intervenciones del profesor Caroni en aquellas inolvidables sesiones se mantiene en su contribución escrita, aunque no sea ya posible recuperar el entusiasmo que sólo la intervención oral puede dar. El autor insiste, una y otra vez, en presentar su exposición como un punto de vista sobre la historia de la codificación, reconociendo la posibilidad de que existan otros puntos de vista diferentes. Se manifiesta en esta insistencia una creencia, ampliamente difundida en la actualidad, que ha encontrado incluso una justificación teórica en el campo de la física gracias a las relaciones de incertidumbre descubiertas por Heisenberg, pero que había sido ya cla-

ramente sentida por los historiadores desde Vico y que encontró expresión poética en la afirmación goethiana de que cada generación tiene que escribir la historia. No hay más historia que la historia contemporánea.

Este reconocimiento no debe llevar a pensar, sin embargo, que sólo la historia contemporánea es historia; si la historia, realmente, sólo se puede contar una vez terminada, la historia contemporánea no es, precisamente, historia, al introducir en su narración una dimensión de futuro que sólo responde a los anhelos íntimos del autor. Mientras los juristas terminan por dar respuestas a sus anhelos con sus habituales propuestas de *lege ferenda*, los historiadores caen en la tentación de profetizar. La valoración crítica del derecho hijo de la Revolución francesa tiene como consecuencia una revalorización del derecho anterior. El derecho nacido de la Revolución puede así presentarse, en el fondo, como un derecho hipócrita, porque trata de esconder las reales relaciones antagónicas que marcan a la sociedad de su época, mientras que el derecho feudal las ponía en la base de su propio sistema. Y este mérito de la sociedad feudal, que también es un mérito de su derecho, parece llevar a augurar una nueva Edad Media, tal como hace años hizo Eco. Con esta afirmación se subraya el malestar actual de nuestra sociedad, que suele expresarse a través de la contraposición entre Estado y Sociedad. Frente al intervencionismo estatal ha llegado la hora de la espontaneidad social, que conducirá a una nueva Edad Media, en la que no se encubrirán los antagonismos. Bastaría tener presente el papel que incluso hoy se arrogan las grandes empresas y monopolios para subrayar la duda que, prudentemente, el profesor Caroni expresa: ¿No será esta nueva espontaneidad social un nuevo engaño de la burguesía? Si la historia no es, pese a lo que habitualmente dicen sus enemigos, *magistra vitae*, confiemos en que Vico tenga razón y sea realidad que lo hecho en el pasado por el hombre constituye un límite insuperable para lo que pretende hacer en el futuro.

Barcelona, 31 de octubre de 1995.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

## ADVERTENCIA A LA PRIMERA EDICIÓN

### 1

Poco más de una hora dura el vuelo de Ginebra a Barcelona. Algo así como un breve intervalo. Pero me ha bastado para darme cuenta, al fin, de cuán singular era la aventura que me esperaba. El amigo y colega Aquilino Iglesia me había invitado a impartir un curso de «Historia de la codificación», destinado preferentemente a un grupo de jóvenes historiadores del derecho activos en el territorio catalán. Había aceptado casi instintivamente, es decir, sin reflexionar demasiado sobre las contraindicaciones y fiándome, quizá, de la larga familiaridad con el tema propuesto; lo afronté por vez primera hace ya casi un cuarto de siglo y desde entonces no lo he abandonado, fiel y terco como soy. Lo había hecho porque me había dado cuenta rápidamente de que el tema era inacabable (y, por lo tanto, imprevisible). Si absorbía y reivindicaba asiduidad, seguía desvelando también, en compensación, nuevos aspectos y alentaba sin descanso otras interpretaciones diferentes. A lo largo de los años me ha atrapado literalmente y los lazos no parecen aflojarse, ni tan siquiera hoy.

Obviamente, debo admitirlo, los restantes historiadores del derecho no se han dedicado entre tanto a la contemplación. Muchos de ellos han escrito páginas muy hermosas e incluso convincentes sobre un tema tan inevitable de la historia jurídica continental. ¿Por qué no invitar a quienes se habían consolidado ya a nivel internacional y además –trabajando en los grandes Estados nacionales que circundan mi pañuelo– se movían con desenvoltura en horizontes de una amplitud muy diferente?

Al final, poco antes de que el avión llegase a su destino, conseguí identificar al menos dos razones plausibles para la invitación y justificar de esta manera el viaje y la consiguiente estancia –agradable y estimulante– que no podré olvidar fácilmente. Hablo en esta advertencia de esas dos razones por el simple motivo de que podrán orientar previamente al lector sobre cuál fue mi perspectiva y sobre las coordenadas en las que me coloqué cuando intento valorar de nuevo este episodio realmente crucial de nuestra común historia jurídica continental.

Cuando los cultivadores del derecho positivo hablan de la historia del derecho e insisten en la *indiscutible* necesidad de cultivarla, aunque *solo dentro de ciertos límites*, mis orejas se alzan de golpe como las de un perro lobo. Sigo con preocupación sus razonamientos, anoto sus perífrasis (que son tan interminables como elegantes, lo que traiciona en general cierto embarazo), incluso admiro en ocasiones la pericia utilizada para sortear los obstáculos. Todo esto antes me irritaba, hoy me hace sonreír; porque a fuerza de oír las mismas cosas me he dado cuenta también yo de que su deseo de prefijar, es decir, de trazar con mucha anticipación los límites dentro de los cuales ocuparse de la historia del derecho, podía (o puede) considerarse todavía razonable (por no decir deseable) y provenía no tanto de su clarividencia o competencia como de su miedo. Y, más concretamente, del miedo a que el historiador del derecho, de no ser oportunamente instruido (es decir, previamente domesticado), comenzase a fijar su espacio vital invadiendo quizá el ocupado ya por otros, anexionándose sin demasiados cumplidos y reivindicando así una competencia que hasta entonces siempre se le había negado por completo; con consecuencias fácilmente imaginables si se piensa en el destino poco tranquilizador al que podría exponerse un dogma jurídico dejado en las manos profanadoras y posiblemente disolventes de un historiador del derecho. Nada de esto sorprende, puesto que el civilista, al alimentar estos temores y, por consiguiente, al oponerse a cualquier ampliación indebida del campo de la investigación histórica, piensa solo en sus propias exigencias, que son por lo demás conocidas y obvias, y sobre todo en la de no discutir jamás las premisas dogmáticas de los propios razonamientos, no propiciar dudas y no favorecer inseguridades, lo que le induce a obstaculizar rápidamente todos los enfoques, todas las interpretaciones y todas las preguntas que podían (o pueden) concurrir a hacer vacilar certezas seculares, entre las que incluye también, lógicamente, una vigorosa excavación histórica en torno a los fundamentos del derecho privado. Por esto le debió parecer urgente intervenir desde el principio, desalentando investigaciones desestabilizadoras y eliminando por precaución todas las preguntas indiscretas y quizá –ya que hablamos de dogmas podemos decirlo– también blasfemias.

Todo esto me ha enseñado algo, y es que el historiador del derecho debe empeñarse por su propia iniciativa y sin esperar ayudas o estímulos externos si quiere *recuperar* finalmente un espacio funcional *no* para los mie-

dos de los cultivadores del derecho positivo, sino para la amplitud de sus propias investigaciones y para la especificidad de sus propias preguntas, donde el verbo *recuperar* tiene un valor semántico de singular riqueza. Ante todo muestra la necesidad de volver a apropiarse de cuanto legisladores y juristas suprimieron o excluyeron sistemáticamente desde hace doscientos años hasta hoy, es decir, transfirieron a ámbitos sustraídos públicamente a nuestras miradas. Además, indica también la voluntad de luchar contra la tendencia que considera este desplazamiento la lógica consecuencia de una devaluación preventiva de algunos elementos del orden jurídico. Es importante recordarlo si es cierto que los argumentos y las instituciones desplazadas de esta manera del área del derecho privado no lo fueron irreflexiva o casualmente, sino a causa de su presunta carga negativa para «purificar», «racionalizar», «limpiar» el resto, de forma parecida a como una vez se enviaban las personas peligrosas o consideradas tales a Nueva Caledonia.

No he perdido el hilo del discurso. Sigo hablando de la historia de la codificación y de mi manera de concebirla que deriva directamente de lo que acabo de recordar. Si debiera describir esta historia conforme a las directrices que me imparten los civilistas, debería atenerme exclusivamente a los resultados, es decir, a las fórmulas propuestas por los artículos del código y a los dogmas cuidadosamente vinculados a los mismos por los civilistas. Debería partir de ellos (y no de instituciones que el código no conoce o ha desplazado) para llegar de nuevo a ellos, después de haber trazado su historia vigorosa (y obviamente siempre triunfante) a lo largo de los siglos. Y al final, esta castísima historia de la codificación suministraría una homologación obvia del derecho vigente, pero no por eso menos agradable.

Una vez, hace muchos años –casi jugando–, tomé en realidad este camino y escribí un ensayo muy lógico, granítico y por eso «inatacable» sobre la historia de la responsabilidad común en el derecho suizo. Nuestros civilistas lo citan todavía hoy y quizá no se han dado cuenta de que he vuelto la espalda a aquel método desde hace tiempo, puesto que, entre tanto, me ha deslumbrado una verdad que, desde entonces, ha condicionado todas mis posteriores investigaciones: los artículos de los códigos (y en particular, como veremos, de los burgueses) son productos abstractos, arrancados de su ambiente natural y separados también de su historia y, por este motivo, intrínsecamente polisémicos. Desfilan ante nosotros asépticos y transparentes como el agua que sale de la depuradora, no traicionan ni muestran ninguna sociedad concreta pero se pliegan a las exigencias de sociedades estructuradas de manera

diferente e incluso opuesta. Su valor real debe entonces comprobarse caso por caso, recuperando precisamente cuanto la abstracción ha desplazado o dejado prudentemente en la sombra.

Sé muy bien que diciendo estas cosas no he descubierto América. También cuando trato de explicar a mis estudiantes que el derecho es un fenómeno social, casi enrojeczo de vergüenza porque, en realidad, les cuento – quizá con palabras complicadas– una vulgar trivialidad, pero el hecho es que los cultivadores del derecho positivo se olvidan normalmente de ello y nos corresponde a nosotros, historiadores del derecho, descifrar el mensaje abstracto del código a la luz de las expectativas concretas de la sociedad histórica a la que se dirige la codificación y que, por ello, quiere contribuir a regular.

Es verdad. Desde hace años trato de razonar precisamente de esta manera, es decir, de manera «diferente» –si se quiere–, sobre la historia de la codificación y, por lo tanto, desde hace años la «leo» como un fragmento cualquiera de historia social. Me doy cuenta de que no podría reconstruir jamás un marco social creíble limitándome a interpretar o a combinar entre sí las reglas de derecho privado; desde el momento en que he comprendido que son abstractas y fragmentarias, camino por otros senderos para llegar a explicarlas. Creo que es urgente, para conseguirlo, una verdadera «cultura de la sospecha». Llamo de esta manera a un comportamiento cultural que no se limita a anotar las soluciones del código, sino que siente inmediatamente la necesidad de integrarlas, de descifrarlas y de historiarlas, pues *sospecha* precisamente que, por sí solas, aisladas y autónomas, transmiten mensajes poco creíbles o incluso engañosos.

## 3

Tampoco yo he elegido nacer donde he nacido, en los márgenes de un pequeño Estado (Suiza), es decir periferia de la periferia, tanto en sentido propio como en sentido figurado. No lo digo para disculparme, porque más tarde, cuando pude elegir, elegí quedarme y trabajar en este país. Pero comprendí pronto que sí podía sobrevivir de forma excelente (a nivel cultural, naturalmente) a condición de dar la vuelta a las situaciones y, por ende, decidiendo considerar como posibilidades únicas y seculares todas las situaciones que normalmente también disgustaban o provocaban en todo caso embarazo, cuando no malhumor. Doy algún ejemplo de estas situaciones: su irremedia-

ble situación de provincia, la ineluctabilidad de librarse de la condición de «frontera», la crónica situación de minoría, la impotencia del pequeño Estado frente a los colosos nacionales, los desequilibrios que derivan de ello y las reacciones (a veces desproporcionadas) que provoca; la estructura federal y la serie interminable de problemas grandes y pequeños que hace surgir, no solo jurídicos, pero también; la atormentada búsqueda de un equilibrio entre las culturas difícil de alcanzar y aún más difícil de conservar, porque la cultura no se deja amordazar por nuestros precarios compromisos y, sobre todo, no se satisface con nuestro pragmatismo conciliador. Habría más que suficiente tanto para reducirnos a todos a la impotencia como para inducirnos a la resignación. Pero –como decía– pronto me di cuenta de que este país, tan disorgánico e imprevisible, es en realidad también un frecuentadísimo cruce de caminos que puede ofrecer al observador no superficial ni apresurado continuos estímulos y reservarle siempre nuevas sorpresas. Solo es necesario mirarlo con la curiosidad debida y elegir, además, los anteojos apropiados para comprender finalmente en qué medida puede estar justificado el considerarlo un instructivo y, por lo tanto, utilísimo microcosmos.

También en materia de codificaciones (y pienso sobre todo en las de derecho civil) fue la Suiza del siglo XIX un laboratorio fecundo y variado: produjo un poco de todo, algo así como una veintena de códigos cantonales siguiendo también, es verdad, tendencias y modas. Pero no sólo «copió» modelos ya vigentes en media Europa; supo inventar en el momento justo algo nuevo y abrir recorridos originales que se adecuaban más a la singularidad del lugar. De todas maneras no fue tanto la intensidad de esta producción que sugería indagar sobre este laboratorio, como el singular *contexto político* que la acompañaba. Quiero subrayar, con esto, que el excepcional valor didascálico de la experiencia codificadora helvética radica en el *particular ámbito constitucional* en el que pudo desarrollarse, que fue el *democrático y republicano*. Este ámbito construyó el itinerario codificador en el cauce, incómodo por ser difícil de ocultar, de los ritos democráticos y garantizó, por lo tanto, su singular transparencia, que más tarde ha permitido al historiador reflexionar sobre la historia de la codificación sin caer en las diferentes trampas de la ideología nacionalista.

Creo de verdad que esta tradición republicana, unida a la extensión en definitiva modesta de los Estados cantonales, desalentó providencialmente las descripciones hiperbólicas de la unificación legislativa, precisamente porque revelaba de manera a veces descarnada sus manejos ocultos. Era alérgica a las celebraciones, pero ofrecía en cambio al historiador los

elementos necesarios para penetrar en el corazón del fenómeno, para situarlo socialmente, para intuir su lógica y, finalmente, para desmitificarlo. Quien ha frecuentado con alguna asiduidad esta singular «escuela» ya no cree en las palabras. No se deja seducir por sus encantos, sino que excava con fuerza a su alrededor para comprender sobre qué terreno arraigan y qué quieren significar realmente.

Si tengo algún mérito en toda esta historia, creo que solo es el de intuir a tiempo la excepcionalidad de este laboratorio del siglo XIX y comprender lo importante que resultó utilizarlo para mirar y, posiblemente también, para ver más allá de las palabras, de las fórmulas, de las proclamaciones y de los programas y, por lo tanto, para conferir también a la epopeya codificadora (si convenimos en llamarla de esta manera quizá enfatizando un poco) una posición seguramente más creíble aunque más modesta. ¿Quizá por ello me ha invitado Aquilino a reflexionar sobre la codificación?

## 4

El texto que sigue resume temas y argumentos desarrollados en Barcelona en mayo de 1993, en el ámbito de un seminario de tercer ciclo dedicado al tema «Poder i dret a Catalunya», organizado por el Área de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad local. No es, obviamente, la reproducción fiel de todo lo que conté, puesto que en aquella ocasión hablé improvisando y sirviéndome únicamente de algunas notas. Es fruto, al contrario, de una paciente reelaboración que se atiene fielmente a las materias tratadas y a las tesis propuestas luego en aquel seminario. Al formular ahora de nuevo estas tesis he tenido en cuenta también las críticas que afloraron durante las animadas discusiones que siguieron a la exposición de cada uno de los temas. Estas críticas, que agradezco a los atentos destinatarios de mi curso, me han enseñado muchas cosas y me han animado ahora a continuar el viaje «on the Overgrown Path»: pues muchos senderos que recorren el bosque de la codificación permanecen todavía hoy escondidos tras la abundante maleza y, por lo tanto, son poco transitados. Con frecuencia pienso en los hombres a los que el destino obliga a vivir durante mucho tiempo en la oscuridad de una galería. Aunque sus ojos se entrenen constantemente en la oscuridad para ver cada vez mejor y para distinguir cada vez con mayor seguridad, tampoco pierden la esperanza de salir un día finalmente al aire libre y a la luz del sol.

Deseando permanecer fiel a la ocasión que dio lugar a estas páginas que presento, por esta razón, de forma deliberada con el modesto pero también singularmente comprometido título de *Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación*, propongo un texto carente de notas y de referencias concretas. Pero, a cambio, indico con cierta meticulosidad la bibliografía que me parece útil, aunque no siempre igualmente indispensable, tanto la más autorizada como la más reciente. Incluyo un amplio apéndice documental que intenta atenerse al distribuido con ocasión del curso. Deseo recomendar calurosamente su consulta al lector, que encontrará con frecuencia en él la comprobación concreta de las ideas expuestas (o también sólo bosquejadas) en las lecciones.

Por todos estos motivos es fácil intuir que este texto no pretende sustituir a ninguna de las tradicionales obras dedicadas tanto a la historia de la idea codificadora como a la historia de cada una de las codificaciones nacionales; a lo sumo, puede ser considerado como un texto complementario; ocupa alegremente espacios hasta ahora poco frecuentados, cuando no deshabitados por completo, puesto que arroja un poco de luz sobre los aspectos más sociales concretos de esta fascinante e intrincada historia.

Si estas páginas ven ahora la luz, se debe exclusivamente a la obstinación y a la generosidad del profesor Aquilino Iglesia Ferreirós, pues suya fue no solo la invitación para intervenir en el seminario de Barcelona –como he recordado antes–, sino también el deseo de publicar el texto del «curso» correspondiente y sobre todo el largo y complejo trabajo de traducción de mi versión italiana. Y si todo esto no fuese suficiente, ha llevado en primera persona los contactos para publicar este texto y para hacerlo en un ámbito que me honra y al que soy muy sensible. Ocupándose de esta serie interminable de compromisos, Aquilino me ha demostrado concretamente que la competencia profesional, la honestidad intelectual y la amistad (de la que todos necesitamos un poco para sobrevivir) pueden convivir de verdad y enriquecerse recíprocamente: para mi esta ha sido la revelación más agradable de esta espléndida aventura por la que le debo un gran reconocimiento.

Berna, noviembre de 1994.

PIO CARONI



## LECCIÓN I PARA ENTRAR EN MATERIA

### 1. ¿Qué concepto de codificación?

¿Qué sentido puede tener, al comienzo de una serie de reflexiones sobre la historia de la codificación, averiguar previamente su concepto? ¿No existe incluso una *contradictio in adiecto* entre la historia y su concepto, en el sentido de que la primera se *desarrolla* transformando y renovando sin cesar todo lo que encuentra, mientras el segundo desafía la historia y se opone a ella con la fuerza desesperada de la norma, intentando así librarse de su labor disolvente? ¿No sería quizá más indicado contentarse con los hechos, esforzarse por encontrarlos, ordenarlos y descifrarlos y prescindir de los conceptos?

Esta pregunta introductoria se justifica también por una segunda razón: en la historia del derecho se habla de código para aludir a muchos «productos» claramente diferentes y heterogéneos, lo que puede suscitar alguna perplejidad justificada. Cito algún ejemplo para demostrar que no exagero: el Código de Hammurabi (de 1700 a.C.), el *Codex Justinianus* (de 529), el *Speculum saxonicum* (*Sachsenspiegel*, de 1230), el *Code Napoléon* (de 1804) y el Código civil holandés que entró en vigor a principios de 1992. Se puede (y quizá se debe) preguntar, ante esta excepcional retahíla de ejemplos,

a) si aún tiene sentido reflexionar sobre el concepto histórico de código, dado que cosas tan distintas son llamadas de la misma manera;

b) pero también si, por el contrario, tiene sentido llamar cosas tan distintas de la misma manera; si esta actividad tiene todavía algo en común con lo que acostumbramos a llamar historiografía o no es, acaso, un nuevo juego de sociedad.

Estas consideraciones me hacen suponer que hay espacio para una reflexión crítica sobre el concepto de código, que debe desarrollarse quizá previamente para desvelar las reglas del juego que estoy comenzando, y que si lo hay, es no sólo deseable, sino incluso imprescindible ocuparlo. Pero no quisiera hacerlo sin confesar que comprendo bien el peligro al que me expongo, pues si ocupo este espacio en realidad impongo mi concepto, tiendo implícitamente a

considerar y a hacer creer que es más justo, creíble y verdadero que otros conceptos pues explica de manera más convincente o descubre de manera más radical. Así pues, me urge recordar que el concepto que trataré ahora de elaborar no es en manera alguna, objetivamente, más verdadero, lógico o apropiado que otros; es, simplemente, el que, en este momento y aquí, me parece más idóneo para arrojar luz sobre algunos momentos fundamentales de la evolución jurídica continental de los últimos trescientos años. Lo prefiero solo por esta razón.

## 2. Una primera serie de elementos

Intento pues aproximarme por etapas a este concepto partiendo de algunas premisas obvias, para llegar a rozar (más que examinar a fondo) algún aspecto más remoto y por eso raramente vinculado a la idea de codificación.

a) *Codex* evoca claramente (por su indudable etimología) la idea de *escritura*. Designa, en efecto, el tronco de un árbol y recuerda tanto las tablas sobre las que se escribía una vez, como el libro formado con cada una de las tablas. *Codex* se convierte así en sinónimo de colección de reglas jurídicas escritas y convalidadas puesto que son compartidas por la comunidad a la que se refieren. Por esta razón me parece importante no infravalorar el efecto inmovilizador y alienante de la escritura, porque es uno de los grandes temas de la cultura europea a partir del *Fedro* platónico, y se ofrece periódicamente también a la atención del jurista, si es verdad –como creo firmemente– que interpretar significa asimismo recuperar (y quizá incluso «restaurar») los valores perdidos en el momento de la fijación por escrito de una regla transmitida hasta entonces solo oralmente (*Verschriftung*).

Sea como fuere, este primer concepto se usa frecuentemente para designar todas las colecciones tan diferentes que acabo de recordar, porque, en última instancia, todas ellas se transmitían mediante la escritura. Por lo tanto, corresponde esencialmente al de fuente jurídica redactada por escrito. Pero si esto es así ¿por qué se habla entonces, haciendo referencia explícita a evoluciones concretas y recientes, de una «época de la codificación» e incluso –para designar un fenómeno que se está formando ante nuestros ojos todavía incrédulos y del que hablaré para terminar– de una «época de la descodificación»? ¿Se quiere quizá recordar de esta manera el inminente final de la transmisión escrita del derecho? No lo creo. Deduzco de ello que a esta primera observación debemos ahora añadir otras.

b) «Código» no designa entonces cualquier colección escrita de reglas jurídicas. Indica también y más cumplidamente un libro que aspira, de una manera o de otra, a la plenitud. Asociamos instintivamente al código la *idea la plenitud*, que puede ser concebida de distintas formas y puede, por lo tanto, alcanzarse siguiendo caminos diferentes. Pero sin ella el código sería como un desierto sin arena. En el fondo podría también decir que la aspiración a la plenitud es adecuada para el deseo del código de imponerse, de dominar y de considerarse por su naturaleza o vocación el epicentro del ordenamiento jurídico, lo que puede también realizarse de maneras distintas, demostrables todas ellas históricamente:

– o *bien* pretendiendo ser materialmente completo, esto es, resumir y agotar todo el universo jurídico y, de esta manera, resolver previamente todos y cada uno de los conflictos jurídicos;

– o *bien* considerándose como la fuente jurídica predominante, la que gobierna, domina y explica todas las demás, a las que tolera de forma subsidiaria pero al mismo tiempo supera, la que les da la luz necesaria obligándolas con ello a compartir su propia lógica.

c) Esta última hipótesis introduce un tercer y último elemento en nuestro discurso, pues indica, finalmente, la función a la que siempre ha estado destinado el código, es decir, *la función unificadora*, que se nos muestra como el corolario de la aspiración a la plenitud. Si insisto en este aspecto es porque me doy cuenta de que precisamente para la historia que trato aquí de exponer este es el elemento calificador o, mejor aún, constitutivo. No en vano permite aprehender de manera casi profética la vinculación entre la codificación y el programa social, jurídico y económico de la burguesía continental. Programa que se alimentaba literalmente de la idea de unidad y que, en este sentido específico, puede ser interpretado como la sistemática supresión de las diferencias, si no de todas, desde luego de todas las que, de un modo u otro, frenaban u obstaculizaban la plena realización de los ambiciosos planes burgueses.

Resumiendo antes de continuar: a partir de ahora, al hablar de código me referiré siempre a la colección escrita de reglas jurídicas que aspira a ser completa y por esta razón unifica en diferentes niveles aunque sin separarlos. Y se mueve en esta dirección, no tanto por corresponder a una tendencia atávica del espíritu humano o a un placer vagamente estético, sino porque solo así adquiere una naturaleza capaz de responder a las expectativas y a las reivindicaciones del grupo social que salió victorioso de las revoluciones liberales.

### 3. ¿Qué significa «unificar»?

De vez en cuando sugiero a mis estudiantes que sigan clandestinamente (es decir, sin que lo sepan sus profesores) un curso de «fantasía jurídica», o que mediten sobre el excelente ensayo de H. Dernburg, *Die Phantasie im Recht* (1894). Esto sucede normalmente cuando les oigo discurrir sobre la unificación del derecho, pues nunca como entonces me doy cuenta de los efectos devastadores de la falta de fantasía. Casi todos, quien más, quien menos, hemos reducido esta unificación a una pequeña operación cosmética, fundamentalmente aséptica, con un trasfondo exclusivamente ornamental y encaminada a suprimir una multitud de derechos locales mediante la emisión de una ley unificadora-única-uniforme. Pues bien, pienso que aquí se necesitaría un poco de fantasía para superar esta visión simplista y plana y, por ende, también groseramente falseada de uno de los fenómenos más turbadores (en el sentido «fuerte» de este adjetivo) de nuestro siglo XIX jurídico. Se necesitaría fantasía para ir más allá e intuir, comprender y valorar la extraordinaria riqueza semántica de este vocablo-clave, para entender que no puede reducirse impunemente a una hipótesis (la de la unificación territorial) pues resume por sí solo el sentido de la revolución jurídica que se realizó. «Unificar», por decirlo brevemente, significa muchas cosas, quizá distintas entre sí, pero todas se remiten a una misma estrategia: a la estrategia que llevó a la progresiva constitución de un nuevo orden jurídico-privado. Tratemos de examinar alguna de sus etapas.

a) Unificar significa, ante todo, modificar *el orden técnico-sistemático* del derecho, superando de esta manera el fraccionamiento legislativo que lo caracterizaba hasta ese momento. Esta operación se articula en diversos planos, puesto que si es verdad que el código reutiliza los contenidos de una legislación ocasional y, por ello desorganizada, sustituyéndola linealmente, no se limita en realidad a incorporar esta materia, sino que también la reordena inmediatamente y la dispone conforme a un plan predeterminado minuciosamente. Sustituye (o supera) una miríada indescriptible de fuentes jurídicas siguiendo un modelo teórico: expresa y estructura la materia jurídica según un «sistema» preciso, fiel también en esto –como veremos– a las intuiciones fundamentales del iusnaturalismo europeo.

Creo que es fundamental insistir en este primer aspecto y unirlo al deseo de «plenitud» que siempre había impulsado la idea de la codificación. Bajo este punto de vista, el código era completo, sistemático y unívoco; se

colocaba en el centro del ordenamiento jurídico, se consideraba autónomo o autorreferencial. Era portador de principios inspiradores de *todo* este ordenamiento y no toleraba, por tanto, ser leído, interpretado o integrado con criterios externos a él. Reconocía, es cierto, fuentes subsidiarias –porque en realidad tampoco podía prescindir de ellas– pero les imponía sus propias elecciones, una «filosofía» propia. Solo las toleraba si no discutían su primacía, si se plegaban bajo el peso de sus opciones y de sus orientaciones. En otras palabras, las dominaba y, precisamente por esto, porque no se limitaba a reordenaciones sectoriales sino que obedecía a una estrategia global, aspiraba a superar de golpe el «desorden» o, si se quiere, la «ingobernabilidad» e incluso la «irracionalidad» del derecho vigente.

Por lo tanto, el código no solo fue una ley bien conseguida, fruto (quizá) de una meditada elaboración doctrinal y sistemática, fue mucho más, pues se propuso como verdadero *epicentro* de un nuevo sistema de fuentes y, de modo más preciso, del sistema que tuvo la función histórica de sustituir el sistema del derecho común, ahora inapropiado políticamente y, por eso, insostenible. Por este preciso motivo, la historia de la codificación adquiere un valor específico: es también la historia del procedimiento concreto que sanciona, de manera diferente de un país a otro, la decadencia y la desaparición de un sistema de fuentes que, mejor o peor, había estado vigente en muchos países europeos del siglo XIII al XIX. Finalmente desaparece, no tanto por la gravedad de sus defectos o por la intensidad de su degeneración, sino porque desaparece el orden político y social sobre el cual se había instaurado, es decir, la estructura estamental del antiguo régimen de la que se hablará con más detalle. De esto debe inferirse, obviamente, que el nuevo sistema no se consolidó por sus propias virtudes, basándose en una supremacía intrínseca, sino únicamente como fiel reflejo de una nueva organización política y social. En este sentido tan concreto, puede afirmarse razonablemente que el *Code civil* de 1804 fue la consecuencia jurídica de la Revolución francesa.

b) Unificar significa también una operación que se desarrolla en un ámbito geográfico o territorial para suprimir las fuentes jurídicas locales de vieja y nueva data y sustituirlas por una regla única y uniforme. Describiéndola de esta manera no parece problemática, pero solo a condición de razonar con la lógica del contable o del agrimensor. Por el contrario, históricamente, ha sido con frecuencia, casi con regularidad, una operación difícil, compleja y traumática porque tras la fragmentación (o, si se prefiere, la pulverización) geográfica del derecho no solo se escondían, como a menudo se ha dicho,

miedos ancestrales o cómodos letargos. Los juristas del siglo XIX, que se permitían descalificar de esta manera poco sería siglos de historia «diferente» y que, obrando así, confesaban toda la debilidad de su propia aproximación teórica, no podían comprender ni tan siquiera imaginar que detrás de aquellas divisiones geográficas del derecho había en realidad fragmentos de historia real; que en las mismas se reflejaba la «diversidad» estructural de una sociedad (todavía e «inexplicablemente») inmóvil, de una economía natural, de un mundo aún sin destruir por el desafío de la movilidad, aún no traspasado por la lógica del mercado. Por no hablar del deseo de las minorías, de todas las minorías (étnicas, lingüísticas, religiosas y económicas) de no ser dominadas por un derecho unitario que las habría aplastado y obligado inevitablemente a ordenarse según esquemas y modelos extraños y, por consiguiente, ni deseados ni compartidos. Esto explica también que haya sucedido que, a veces, estas operaciones unificadoras hayan durado decenios, sobre todo allí donde, como en Suiza, un sistema político democrático-republicano permitía a las minorías articular su propio disenso y obstaculizar eficazmente las aspiraciones centralizadoras de los liberales del siglo XIX.

Queda por preguntarse, y la pregunta es ineludible, por qué ha sido tan intensamente deseada e impuesta con tanta frecuencia esta unificación territorial. No excluyo que se deba hablar, también en este caso, de una *convergencia de intereses* y, mejor aún, de una eficaz consonancia entre un proyecto político y un programa económico sobre cuya base era útil la unificación territorial del derecho

– tanto para los deseos de los políticos –que veían en ella un deseado reforzamiento del Estado nacional, y, mejor aún, un procedimiento que quería facilitar la integración de todas las partes y también de todas las minorías bajo el signo del nuevo Estado, como lo explica de modo excelente el ejemplo italiano (Código civil de 1865)–

– como para las aspiraciones de los economistas, a quienes la unificación del derecho privado se les presentaba como la última medida que había de llevarse a efecto para que el territorio nacional, ya unificado a nivel económico con la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercancías, pudiese ahora al fin comenzar a funcionar *como mercado*. Lo que explica por qué a menudo se pidió y se logró la unificación con mucha antelación en las materias referentes a los negocios y a las transacciones comerciales, también por eso las más claramente ligadas a las exigencias del mercado.

Finalmente, antes de concluir con este punto, necesito precisar que para simplificar las cosas doy por descontado un hecho, es decir, que la unificación territorial aquí a examen tuvo lugar por medio de la codificación. Aunque sé que a veces –pero de forma excepcional– una disposición del derecho geográficamente uniforme puede alcanzarse también recorriendo *otros caminos* (entre los cuales recuerdo aquí los convenios, la organización de una instancia judicial común, la reelaboración científica de principios unitarios subsidiarios, por lo demás ya puesta en práctica por los juristas del derecho común), la realidad es, sin embargo, que en el siglo XIX la burguesía demostró preferir normalmente la solución codificadora (lo que justifica mi simplificación), porque unificaba más global y radicalmente, reflejando con fidelidad también en esto las exigencias del mercado y, en todo caso, secundándolas.

c) Y, finalmente, unificar puede referirse a la operación previa de nivelación social que permite además imponer fácilmente la misma y única ley (es decir, el código) a todos los habitantes de un Estado sin tener en cuenta las diferencias aún muy marcadas que, más allá de la hipótesis igualitaria, subsisten todavía entre ellos. Obviamente, esta *unificación social* (podemos también llamarla de esta manera) sería un abuso insoportable si fuese solo hija de la ficción, si en realidad entre los destinatarios tan diferentes de esa ley no existiese algún rasgo común que justificase un trato igual por parte de la ley. En realidad, este rasgo común existe y se convierte por sí solo en el trompillon del edificio codificador. Lo recuerda solemnemente el *Code civil* cuando prescribe que «todos los franceses disfrutarán de los derechos civiles» (art. 8), lo que quiere decir que, previamente, la codificación registra la transformación de los habitantes en sujetos jurídicos; partiendo de esta premisa, les entrega el mismo programa e incita a todos sin distinción a valorar la autonomía indisolublemente ligada (y por ello en realidad inherente) a la subjetividad jurídica. No es en verdad poca cosa, como intentaré demostrar.

#### 4. *La ambivalencia de este concepto*

Así preparada una hipótesis conceptual que es corroborada regularmente por los hallazgos históricos pero que no pretende por ello ser la única pensable o plausible, ahora debería recordar la larga historia que desemboca primero en el arquetipo de la codificación burguesa y que continúa después entre aplausos, denuncias y repercusiones hasta desembocar en el presente. Pero

al comenzar a navegar descubro ante mí no uno, sino dos caminos e intuyo que habrá también dos historias de la codificación. Quiero señalarlo inmediatamente porque este descubrimiento no me produce ningún malestar. Mi estado de ánimo sería distinto si me obligaran a escoger y a decidirme por uno u otro camino, pero nada ni nadie me imponen esta decisiva elección y, por lo tanto, vale la pena recorrerlos ambos. Si debo elegir, elegiré más tarde. En el fondo, esta bifurcación problemática me recuerda también la necesidad de preparar anteojos diversos según los defectos que se trata de corregir: unos para présbitas, que permiten ver más nítidamente los objetos cercanos, y otros para miopes, que permiten distinguir mejor los objetos lejanos.

a) Hay ante todo una *historia dogmática* que describe la progresiva elaboración de una teoría de la codificación, por ejemplo, la que compartí implícitamente al decidirme por un determinado concepto. En realidad, esta primera historia es solo un fragmento de la que describe los acontecimientos aislados de la *ciencia jurídica*, atenta como está a la obra de los expertos, a lo que dicen y escriben juristas, filósofos, políticos y teólogos en materia de codificación. Doy por descontado que no se interesa mucho por los tiempos y por los lugares, y menos aún por los contextos políticos y sociales en cuyo ámbito tomaron cuerpo estas ideas. Solo se ocupa, precisamente, de estas ideas, las separa de su contexto natural para convertirlas en piezas de un mosaico que se compone lentamente, toma forma y se enriquece hasta desvelar finalmente el tema. Y, obviamente, considera a los expertos que se acaban de citar como *precursores* del concepto moderno de codificación. Considerada desde este punto de vista particular, la historia de la codificación describe la lenta epifanía de una idea, el fatigoso emerger de la luz desde el mundo de la penumbra. Comienza, como veremos, con el humanismo jurídico y concluye con la apoteosis de la ilustración.

b) Junto a ella corre paralela una *historia social* de la codificación que investiga no tanto la formación de los conceptos como su transformación en realidad social; analiza, por lo tanto, minuciosa y separadamente, el momento preciso en el que una teoría deja de serlo para convertirse precisamente en algo concreto y práctico que concierne, afecta a la sociedad y la transforma. Sabiendo bien que las teorías no se transforman automáticamente en realidad por el hecho de ser intrínsecamente «verdaderas» y «justas», sino que esto sucede solo cuando una sociedad las considera útiles, es decir, útiles para un determinado programa, esta segunda historia se interesa por la sociedad, por su evolución, por sus contradicciones, por sus antagonismos y por sus

proyectos. Está convencida (y no sin buenas razones) de que solo tras semejante análisis se podrán comprender y explicar las razones de la consolidación concreta del instrumento codificador, en función no tanto de su supuesta superioridad teórica o doctrinal como de su idoneidad para hacer realidad las aspiraciones fundamentales de una sociedad histórica concreta.

c) Intentaré como pueda recorrer ambos caminos paralelos sin desequilibrarme demasiado, pero sin esconder tampoco alguna preferencia. Si al final el lector quiere considerarme partidista, puesto que habré dedicado mayor espacio a la historia social, tendrá buenas razones para hacerlo. En cuanto a mí, solo le debo esta justificación: puede ser, obviamente, que esta inclinación esté enraizada en mi biografía y deba ser aceptada como tal, sin esperar una explicación ulterior. En todo caso, esto no excluiría presentar al mismo tiempo razones mucho más serias y finalmente (con)vincentes. Me parece, en efecto, haber comprendido que la historia de la codificación fue concebida hasta ahora, de preferencia, como una historia doctrinal y culta; solo a lo largo de los últimos veinte años nos hemos dado cuenta de lo unilateral (y, por ende, parcial) de esta aproximación y hemos intentado corregirla e integrarla, reflexionando ante todo sobre el destino de las sociedades que se sumaron con entusiasmo a la propuesta codificadora. También nosotros somos hijos de nuestro tiempo: quiero decir que en la base de la atracción ejercida hoy en día por la historia social se encuentran no tanto preferencias personales como una evolución política, cultural y social que nos induce a formular nuevas preguntas y premia nuestra curiosidad desvelándonos cosas nuevas.



## LECCIÓN II

### LA HISTORIA DE UNA TEORÍA

#### 5. *La contribución del humanismo jurídico*

El humanismo jurídico fue un periodo breve pero intenso de la ciencia jurídica continental, fecundo como pocos en intuiciones, proyectos y estímulos. Entre estos destacan inmediatamente las reflexiones destinadas a propiciar la nueva formulación de una materia tradicional y familiar (la romana), que muchos humanistas quisieron confirmar explícitamente en la sustancia, cuando no, precisamente, en el «ordo». Los humanistas consideraban este «ordo» fortuito, arbitrario, caótico, definitivamente indescifrable y, por eso mismo, también claramente antipedagógico. Esta fue la razón de sus reiterados llamamientos al emperador, a quien consideraron —con razón— un «nuevo Justiniano» y de quien se esperaba por ello una redacción más ágil y ordenada de aquel derecho, de cuya «positividad» y fuerza subsidiaria no dudaban lo más mínimo.

Otros humanistas fueron más allá; no se contentaron con desear la simple refundición del contenido del *Corpus iuris*, sino que se opusieron por completo a que el universalismo del derecho romano y su pretensión de condicionar la lectura, la interpretación y la aplicación de todas y cada una de las fuentes jurídicas fuese también externa al *Corpus iuris* y, por lo tanto, extraña a la tradición romanista. Son las ideas y propuestas de estos humanistas las que insisto en recordar aquí, pues habían intuido claramente que el rechazo concreto de soluciones romanistas particulares habría sido poco eficaz de haber conservado intacta la pretensión universalista que se acaba de recordar, y que este universalismo solo podía superarse contraponiéndole, casi cual reflejo, otro universalismo, por ejemplo el de una codificación cuyos contenidos y cuya forma estaban aún por inventar. Si el humanismo nos parece digno de ser recordado en este contexto preciso, no lo es, desde luego, a causa de las muchas propuestas concretas elaboradas poco a poco por los juristas (sobre todo los franceses), que variaban según los países, las épocas y la orientación política de sus autores, sino precisamente por esta intuición fundamental de

que un sistema de fuentes que ya no era compartido por todos podía ser vencido y destronado oponiéndole tan solo otro sistema de fuentes.

Hay una obra conclusiva y representativa del humanismo jurídico francés en la que la crítica historicista del derecho romano y, por consiguiente, su rechazo como epicentro de un sistema de fuentes, desemboca de manera previsible y casi necesaria en el postulado de la codificación. Se trata del *Antitriboniano*, escrito en 1567 por François Hotman pero no publicado hasta 1603. Concluye con la petición explícita de una obra que hiciese inútil el recurso al derecho romano, ya fuera como derecho subsidiario, ya fuera como modelo pedagógico. Hotman pensaba en una compilación global que reuniese todo el derecho vigente, tanto el público como el privado, que fuese redactada en lengua vulgar y en la que confluyesen materiales de diverso origen y proveniencia, todos, en cualquier caso, previamente adaptados «al estado y forma de la república francesa».

## 6. Las fórmulas iusnaturalistas

Debe subrayarse previamente que las reflexiones iusnaturalistas son todas ellas importantes para la teoría de la codificación, porque han propiciado *en general* análisis muy cercanos a nuestro tema y susceptibles por lo tanto, por diferentes títulos, de convertirse en parte integrante de él o, en todo caso, de enriquecerlo siempre. Recuerdo, al menos, dos etapas que me parecen fundamentales.

a) Ante todo, la contribución de una corriente de pensamiento contraria al absolutismo político. Si lucha contra los excesos del sistema y, en particular, contra la pretensión voluntarista del príncipe de representar la única fuente del derecho (por lo tanto exclusiva y completa), es ya en nombre de la *autonomía privada*, que pronto llegará a ser –como veremos– la columna sustentadora de las codificaciones burguesas y que, de esta manera, justificará también la generalización del sujeto jurídico. De este iusnaturalismo, seguido sobre todo por Samuel Pufendorf y Christian Thomasius, se puede decir que se anticipa en cierto sentido a Kant y a algunas de sus intuiciones jurídicas (la distinción entre derecho y moral, el carácter externo y, por ende, el formalismo del derecho), de las que desde luego no es aventurado afirmar que pronto llegarán a ser los fundamentos filosóficos de una nueva ciencia del derecho privado.

b) Por el contrario, debemos a una segunda corriente, *racionalista* para hablar con propiedad, algunas certezas con un carácter jurídico-político menos claro por estar ligadas al proyecto de un nuevo «ordo» jurídico estructurado a imagen y semejanza del (físico) que regía el mundo exterior. Los filósofos y juristas que compartían esta línea no discutieron el absolutismo político e incluso reconocieron explícitamente entre los diferentes «derechos de majestad» (*iura maiestatis*) el del soberano a legislar de modo exclusivo y a presentarse como símbolo de la ley animada (*lex animata*) que las fórmulas jurídicas posclásicas habían transmitido fielmente y que ahora eran descubiertas con satisfacción mal escondida. Pero insistieron a cambio en la urgente necesidad de racionalizar, es decir, de reorganizar o de reelaborar de forma más sistemática y completa el derecho existente. No lo deseaban por una mera ambición estética. En efecto, consideraban que solo esta nueva y más meditada disposición de las materias permitiría además deducciones ciertas e indiscutibles –como ciertas e indiscutibles eran las practicadas en los razonamientos de los matemáticos– para garantizar así la seguridad y la credibilidad del derecho. Por lo demás, también había sido este el antiguo sueño de Leibniz: la reducción del derecho a un modelo matemático, pretensión posteriormente asumida, compartida y llevada a sus últimas consecuencias por Christian Wolff. En el *Candide* Voltaire diseñó una feroz sátira de Wolff, alias «Pangloss», considerándolo un filósofo ingenuamente fiel al principio de la armonía necesaria y preestablecida, de la *ratio sufficiens*, etc. Pero este despiadado ataque no impidió, obviamente, la consolidación del deduccionismo wolffiano e incluso que tuviera prosélitos. En el siglo XIX lo compartieron tanto los primeros codificadores como sus antagonistas alemanes.

De estas primeras y fugaces observaciones surge ya una convicción de fondo: el iusnaturalismo *no* propuso su propia teoría de la codificación, y por eso es discutible (o por lo menos equívoco) llamar «codificaciones iusnaturalistas» a los tres primeros códigos promulgados en el continente entre 1794 y 1811 y de los que me ocuparé. Pero elaboró en cambio una serie de doctrinas y reflexiones que fueron recogidas más tarde por muchos autores de variada extracción ideológica y engastadas libremente por ellos en una doctrina de la codificación que resultó además claramente ganadora.

## 7. *El viraje ilustrado*

Comparando los episodios que se acaban de mencionar, la ilustración recuerda un espectáculo pirotécnico, tanto por la originalidad de las combinaciones como por la intensidad de la luz, porque la codificación se convirtió pronto en el postulado constitutivo de todo el movimiento. Los ilustrados le atribuyeron virtudes taumatúrgicas: la convirtieron en símbolo de una renovación radical y pensaron frecuentemente en realizarla, convencidos como estaban de percibir el reflejo, cuando no precisamente la prueba de la vitalidad de su programa. Entre todos los temas recordados hasta ahora, este ha sido ya abordado con constancia y perseverancia, por lo que considero que puedo limitarme a una breve alusión.

a) Bajo los golpes de la crítica ilustrada, irrespetuosa y mordaz, se derrumba en el siglo XVIII el mito de Justiniano y de su legislación. Parece ya superado un ordenamiento jurídico que se había enriquecido lentamente con nuevos elementos, todos ellos invadidos por igual por el predominio del derecho común, y no tanto porque muchas de sus reglas, sobre todo las de origen romano, estuvieran ya superadas e irremediablemente en desuso. Tuvo mayor peso en todo esto el rechazo decidido del sistema de fuentes como tal, es decir, de un régimen que siempre había preferido el jurista al legislador. En la particular coyuntura política y social del siglo XVIII, esta opción era cada vez menos compartida y provocaba dudas y perplejidades sin cuento. Se descubría así de golpe la falta de idoneidad, el desorden y las contradicciones de las fuentes, considerados como la causa de los males típicos de la administración de justicia (los «abusos» de los juristas, la «inseguridad» de los súbditos) contra los que se dirigía la cruzada de los ilustrados. Este primer episodio prelude y resume simbólicamente el gran cambio y convendrá volver a someterlo a nuestra atención.

b) Desmontado así el edificio del derecho común, libres finalmente de las cadenas seculares que la *auctoritas* y la *tradio* les habían impuesto, confiando en la fuerza creadora de la razón humana, los ilustrados reivindicaron el poder del hombre para generar, para crear su propio derecho sin tener que soportar pasivamente las reglas transmitidas por la historia. El derecho les parecía *factible*: podía ser pensado, inventado y reelaborado libremente, lo que permitía también adaptarlo a las necesidades del momento y, diríamos hoy, hacerlo más operativo. Lógicamente este derecho no debía ser el derecho abstracto y universal elaborado por algunos iusnaturalistas, sino el que

participaba con más fuerza en las realidades sociales concretas y, por lo tanto, adaptado a las necesidades concretas de una sociedad histórica. Si es casi obligatoria aquí la conocidísima cita de Montesquieu (*El espíritu de las leyes* I/3), es menos conocido que esta convicción fue compartida precisamente por uno de los grandes codificadores de la época de la ilustración, es decir, por Federico el Grande de Prusia.

c) Tampoco los ilustrados alimentaron grandes dudas respecto a la forma que había que darle al nuevo derecho: es conocida su común predilección por la *legislación*, que prefirieron a cualquier otra alternativa y, en particular, a las menos fiables en el plano de la seguridad jurídica. Por el contrario, puede añadirse que al hacerlo así favorecieron la concentración de fuentes, imponiendo la tendencia a suprimir todo el derecho concurrente (y en particular la costumbre), en beneficio enteramente de una identificación casi obsesiva y considerada intocable: todo el derecho se encontraba encerrado en la ley.

d) Esta identificación planteaba con nueva urgencia y de modo casi dramático la antigua pregunta referente a la *plenitud*, puesto que la ecuación así propuesta entre derecho y ley solo era sostenible si la ley (esto es, la codificación) era completa, cubría en seguida las expectativas jurídicas presentes y futuras y suprimía (por ser ya inútil) el recurso subsidiario a una fuente externa al código. Aquí es inevitable la cita de la obra de Jeremy Bentham, por la íntima convicción que la recorre: el código tenía que ser «omnicompresivo».

Ha de decirse –resumiendo– que el acuerdo sobre estos principios en apoyo de la indiscutible necesidad de realizar una legislación completa fue casi general, lo que puede también explicarse recordando la decisiva coincidencia, precisamente en este punto, entre las ambiciones estatistas del absolutismo y las reivindicaciones garantistas de quienes encarnaban, o por lo menos compartían, las aspiraciones humanitarias de la ilustración. Al reclamar esta plenitud luchaban en realidad contra el mismo enemigo, aunque lo hiciesen por motivos distintos e incluso opuestos. Precisamente por motivos distintos y a veces opuestos trataban de poner fin a una situación considerada por lo común dañosa porque se caracterizaba por la total disponibilidad del ordenamiento. Y, por consiguiente, la plenitud era útil para casi todos por la necesidad de librar el derecho de la libre disponibilidad de jueces y abogados, es decir, de todos los operadores a los que el viejo sistema había ofrecido regularmente amplios (y ahora odiadísimos) espacios de maniobra. Por ello parecía entonces urgente fijar y garantizar este derecho, trasladarlo a reglas

completas y unívocas y formularlo en la única lengua que podía facilitar su conocimiento concreto, es decir, en la lengua del país.

La amplitud (y la eficacia) de esta convergencia y la influencia que ejerció finalmente sobre la historia de la codificación imponen una descripción más detallada de los actores de aquella memorable batalla.

De una parte estaba el monarca absoluto, a quien le convenía incluir la legislación entre los derechos reservados a la Corona e insistir así en la exclusividad de esta fuente jurídica, lo que requería automáticamente la supresión de todas las otras fuentes jurídicas y, en particular, de las consuetudinarias, portadoras de ambiciones políticamente inoportunas (por su tendencia republicana).

En el frente opuesto actuaban los ilustrados (filósofos, juristas, teólogos) que, fieles al programa kantiano, se esforzaban en aplicar en la práctica la exigencia emancipadora. También concernía al derecho y podía contribuir a ello. Pero esto imponía unas opciones precisas: la formulación clara y accesible, la plenitud del contenido, la exclusividad de la vigencia y la promulgación pública y oficial. Y además de todo esto, una serie de recursos destinados a otorgar al código la estabilidad y la duración sin las cuales los súbditos habrían vuelto a caer en manos de los operadores del derecho: la prohibición de interpretar y comentar los textos legislativos y el recurso al *référé législatif* si por desgracia había lagunas.

Resumiendo, la teoría de la codificación que toma lentamente cuerpo en la época de las luces está ocupada en realidad por dos almas: una *estatalista* y otra *garantista*. La primera impulsa en gran medida la producción estatal del derecho por medio de la legislación como consecuencia de las aspiraciones del soberano absoluto y, en particular, de su deseo de reproducir en el plano jurídico-legislativo la plenitud (y, por lo tanto, la exclusividad) de su poder político. La segunda considera que la fijación del derecho es la premisa de la seguridad jurídica y, por lo tanto, de la emancipación del ciudadano frente al aparato burocrático. Dos almas que confluyen para sostener un proyecto de codificación cuya realización abre, paradójicamente (aunque no demasiado), la época del positivismo jurídico: en otras palabras, la codificación es la consecuencia de la muerte y la transfiguración del derecho natural.

### LECCIÓN III

## EL CÓDIGO PARA UNA NUEVA SOCIEDAD

#### 8. *Un fruto inmaduro*

La impresión provocada por nuestras reflexiones sobre el vigoroso debate ilustrado en torno al tema de la codificación es un poco la de una batalla animada sobre todo por los doctos, los eruditos y los sabios. Comenzada ya en la época del humanismo, a varias voces pero casi exclusivamente cultas, fue provocada por el estudio crítico de la situación jurídica real y llegó luego a exigir cambios sensibles, tanto formales como sustanciales, precisamente por medio de la codificación. Pero al fin toma cuerpo la sospecha de que falta inspiración, de que todo se bloquea en la fase de proyecto, de que falta la energía necesaria para convertir en realidad este ambicioso programa. Tradicionalmente, cuando debemos justificar la falta de realización o el fracaso de las reformas deseadas, casi todos preferimos salirnos por la tangente y recurrir a una explicación que es astuta y a la vez ingenua pero que no explica nada en realidad. Decimos entonces que la sociedad no está todavía madura para recibir y valorar el nuevo mensaje. Obviamente, yo también repito a veces esta frase sin sentido. Pero después me rehago y tengo que sonreír al pensar que muchas sociedades, respecto a los cambios considerados urgentes y proyectados por ello hasta los últimos detalles, nunca han madurado pese a que tenían a su disposición miles de años...

Sea como fuere, en el caso concreto del que me ocupo aquí, esta inocente justificación acierta de manera excepcional. En efecto, la sociedad del siglo XVIII no es la sociedad homogénea e igualitaria que desearía la codificación con su ímpetu reformador. Se sustrae a esta «simplificación», a esta «nivelación» generalizada contraria a su naturaleza. Es una sociedad subdividida en estamentos (*états, Stände*) y grupos diferentes (que la lengua de la época llamaba con clásica concisión, respectivamente, «ordines» y «corpora intermedia») que definen realmente, por su variedad, las estructuras constitutivas del Estado del antiguo régimen. Y sobre todo porque, entre otras prerrogativas, reivindican también la de un derecho propio. Por este motivo, la vieja sociedad

prerrevolucionaria se opone al movimiento codificador, no le concede espacio alguno y no puede darle libre curso sin renegar al tiempo de sí misma.

Me parece importante insistir en esta incompatibilidad congénita. Nos invita a creer que la codificación, tal como la hemos descrito, no es un modelo realizable en cualquier contexto político y social, no es una estrategia que pueda realizarse en abstracto, sino que está ligada a premisas y condiciones precisas de naturaleza tanto política como social contra las que luchaba el viejo estado aristocrático pues contradecían abiertamente los principios sobre los que se apoyaba. Tendremos que recordar estas cosas cuando tratemos de reflexionar sobre la codificación prusiana de 1794.

### 9. *La necesidad de una revolución política y social*

¿Cuál era la naturaleza de estas premisas? Para intuirlo basta con examinar los programas a cuya realización tendían las llamadas revoluciones burguesas, la primera de todas la francesa. Pedían reformas de naturaleza política y social destinadas a neutralizar la influencia política de los estamentos y a conferir el poder al tercer estado; el cual, al terminar la revolución, se aprovechó de ellas para organizar el Estado y la sociedad según sus propias decisiones y en consonancia con sus propias expectativas. Hay que insistir sobre este punto aunque parezca obvio, porque la burguesía se erigió en intérprete de *toda la nación* y de aspiraciones que se consideraban generales (con razón o sin ella), y supo por ello (pero esto es solo la otra cara de la moneda) dar vida a un modelo social aparentemente abierto e igualitario, capaz por lo tanto de obtener el consenso general. Tendremos ocasión de comprobarlo. Baste por el momento con recordar la importancia de este nexo: la revolución política, al eliminar los estamentos, animó a describir la sociedad de manera diferente, permitió descubrir (o valorar) su elemento igualitario y, por lo tanto, imponerle también la misma ley de modo uniforme, lo que sería como decir que solo con la codificación del derecho podía considerarse realmente concluida esta revolución.

### 10. *¿Dónde se esconden las desigualdades?*

Pero es útil no conformarse con esta comprobación, por lo demás visible-mente sumaria, e ir más al fondo, examinando con una mirada crítica *la*

*verdadera naturaleza* de esta sociedad posrevolucionaria que el código consideraba sin embargo igualitaria. Era *nueva*, de acuerdo, porque se estructuraba ya fuera del Estado y, más aún, había surgido en el espacio dejado libre por el Estado; por lo tanto, era formalmente autónoma respecto al poder político, libre de autorregularse sin temor a controles o a imposiciones. ¿Pero también era de verdad igualitaria, como podía sugerir el hecho de que había sido modelada siguiendo cánones unitarios? Y si era de verdad igualitaria ¿en qué sentido lo era y con qué límites? Me parece obvio destacar que, planteando estos interrogantes e intentando por consiguiente reflexionar sobre la naturaleza y la composición de esta nueva sociedad burguesa, solo deseo establecer el sentido exacto de la anterior afirmación mencionada de que a dicha sociedad se le impone ahora de manera uniforme el mismo código.

Si la miramos de cerca, descubrimos entonces claramente algunos detalles nada despreciables. Quiero recordar al menos dos de ellos:

a) Todavía existen, en realidad, los estamentos y los otros organismos intermedios que nosotros consideramos algunas veces (un poco apresuradamente) suprimidos por la revolución. No fueron liquidados por la revolución, sino solo *neutralizados*, es decir, «despolitizados». Como consecuencia de la oleada desfeudalizadora, que había conmocionado parte del país pero que no fue ni marginal ni casual, perdieron todas sus prerrogativas de naturaleza política. Fueron lógicamente excluidos por un Estado que se organizaba ahora, con dificultad y no sin recaídas, basándose en las coordenadas democráticas propuestas por Rousseau. Pero estos estamentos conservaban también su variopinto séquito, elementos a veces embarazosos para la nueva sociedad, en la que quizá vivían y trabajaban como cualquier burgués medio manteniendo sin embargo intacto el recuerdo de la violencia.

b) Pero aun queriendo prescindir de los estamentos, se ve de inmediato que la nueva sociedad surgida de la pesadilla revolucionaria y que consideramos apresuradamente igualitaria, *no es en realidad igualitaria*. Rebose literalmente de desiguales, es decir, de personas que, como consecuencia de una diferente definición social, viven destinos distintos y opuestos, como son distintos y opuestos los del rico y los del pobre, los de los campesinos y los de los ciudadanos, los de los obreros y los de los profesionales, los de los comerciantes y los de los rentistas, por no citar más que los ejemplos más triviales. Estas desigualdades macroscópicas de naturaleza social que subyacen tras la nueva sociedad formalmente igualitaria son absolutamente evidentes. Es im-

posible no darse cuenta de ellas; nuestra mirada, por muy fugaz o parcial que sea, es atrapada inmediatamente por ellas y las anota. Pero el historiador del derecho raramente se da cuenta de ellas, o bien infravalora estos fenómenos al considerarlos consecuencias de evoluciones imprevistas que se escapan de las manos de los políticos, aunque, en todo caso, sean rápidamente subsana- bles. Pero ¿por qué no ve lo que deslumbra a los demás? Hay una respuesta a esta pregunta y es casi obvia. Pero es una respuesta que plantea a su vez una serie de interrogantes ulteriores a los que, precisamente ahora, no podemos sustraernos.

Por lo tanto, la respuesta podría ser esta: dado que en general el historiador del derecho (por vocación o por deformación) mira la sociedad a simple vista aunque usando los anteojos del código, percibe solo lo que los anteojos le permiten ver. Pero el código es igualitario y uniforme y acredita, por consiguiente, una imagen igualitaria y uniforme de la sociedad. El código no registra las desigualdades, no habla de ellas explícitamente, se comporta como si no existiesen o fuesen insignificantes y, de este modo, induce al historiador a compartir su sorprendente miopía.

El problema se traslada así del historiador al código, a su reiterado rechazo a reconocer la evidencia. ¿Por qué evita hablar de ello? ¿Por qué considera que no le afectan estas desigualdades o por qué se avergüenza de ellas? Por el momento adelanto una hipótesis que intentaré desarrollar más adelante: dado que las descompensaciones sociales, las exclusiones económicas y las consiguientes y obvias diferencias de perspectiva que derivan de ellas son (también) situaciones *constitutivas* de la sociedad burguesa y, en este sentido, son fundamentales, es simplemente inconcebible que el legislador no las haya visto al elaborar el código. Es igualmente inconcebible que, una vez comprobadas, las haya considerado ajenas a su trabajo, es decir, que haya permanecido indiferente. Para mí solo es aceptable y plausible lo contrario, y quisiera formularlo así: aunque el código no hable explícitamente de estas situaciones e incluso evite nombrarlas, está desde luego al corriente de ellas, acepta «regular» una sociedad en la que todos las ven y, sobre todo, las viven. Por lo tanto, de una manera u otra, *se refiere a ellas*, casi siempre solo implícitamente (quizá callando o haciendo un guiño de complicidad), generalmente para confirmarlas y explotarlas y, excepcionalmente, para combatirlas o moderarlas. De una manera u otra están presentes en los razonamientos del legislador y entre los pliegues del código, aunque formalmente se silencien. No debería ser difícil aceptar este hecho tan característico si pensáramos en

lo que vivimos también con frecuencia en nuestras relaciones interpersonales: ¿cuántas veces nosotros mismos estamos ausentes, queriendo con ello manifestar una presencia especial?

### 11. *La fotografía y la radiografía*

Antes de continuar haré una breve reflexión provisional para intentar ser todavía más explícito. Al reflexionar sobre el silencio del código (que en realidad no es inexplicable, como veremos) descubrimos también por dónde corre la línea que limita el derecho feudal (en el que se reflejaban las estructuras del antiguo régimen) y el burgués. Sentando como premisa un hecho que casi nunca tenemos en cuenta aunque sea de una evidencia meridiana, esto es, que ambos regulaban una sociedad *antagónica* y, por ende, con una estructura recorrida por luchas, oposiciones y discordancias que se expresaban o dejaban en todo caso su huella incluso en el plano jurídico, en realidad la única diferencia fundamental que los distingue es la relación que mantienen con el mundo de las desigualdades:

– el derecho feudal se refería a ellas *directamente*, compartía su lógica, se estructuraba sobre ellas y, en este sentido tan específico, las reflejaba de manera fiel. Garantizaba así una transparencia absoluta, para cuya comprobación bastaba con una mirada fugaz, una rápida lectura de los textos, o bien una fotografía;

– el derecho burgués, por el contrario, *ya no refleja directamente* este antagonismo. Oficialmente no lo ve, por lo tanto no puede referirse a él. Pero en el mundo de los hechos, como sabemos y como veremos, está empapado de él hasta los huesos, solo que para darse cuenta de ello no basta ya con una simple lectura de sus reglas: la opacidad del mensaje esconde ahora aspectos constitutivos de este derecho. Y por lo que se refiere a la fotografía, saldría incolora y desdibujada. Para descubrir lo que cuenta realmente es necesaria ahora una radiografía.

### 12. *La violencia de la abstracción*

Queda, al final, un último enigma: ¿cómo puede imponerse una misma ley a una sociedad de «diferentes»? ¿Cómo debe ser formulado un código, sobre

qué deberá insistir, a qué podrá recurrir para ser aceptado de manera uniforme por destinatarios tan dispares?

Este difícil jeroglífico no coge desprevenidos a los juristas. Les gusta desde siempre resolver estos conflictos con la ayuda de un método realmente taumatúrgico, el de la *abstracción*, que, prefiero decirlo inmediatamente para no ser mal comprendido, es una *forma de violencia* que se aviene perfectamente a la función desarrollada por el derecho, la normativa. Es familiar para el jurista porque, como otras estrategias que él prefiere, actúa de manera tan limpia, silenciosa e imperceptible como eficiente. Y además es una forma de violencia extremadamente «civilizada» y respetuosa: nadie grita, vocifera, se rebela o contraataca. No hay armas arrojadas apresuradamente detrás de una mata ni manchas de sangre. Y luego, para acabar, se necesita quizá mucho tiempo (junto a una buena dosis de valentía) para reconocer los efectos devastadores de la abstracción. Mientras tanto, la catástrofe crece, se agranda y se institucionaliza para convertirse finalmente en uno de los datos de hecho «de los cuales ya no es posible prescindir».

En nuestro caso, la abstracción permitió al legislador desalojar del ámbito del derecho privado (y, por lo tanto, del reciente código) todas las situaciones referibles al mundo de la desigualdad, ya que favorecían o acentuaban de diferentes maneras los antagonismos sociales. Hacer abstracción de ellas, que obviamente no podían ser el fundamento de un código unitario, significaba desplazarlas, trasladarlas, transferirlas a otros ámbitos, todos formalmente externos al mundo del derecho privado: podía ser el del derecho público, el de la economía, el de la moral, etc., con la obvia (y esperada) consecuencia de que, a fuerza de desmaterializar el derecho privado liberándolo de todas las situaciones que no eran generalizables, quedaban en realidad pocas cosas comunes a todos y por ello el código no pudo escoger; debía referirse necesariamente a ellas y convertirlas prácticamente en su propio fundamento.

Se explican así dos cosas: que, al final, como elemento común residual quedara solo la *capacidad jurídica*; y que este elemento pudiera ser considerado común precisamente porque, sin repercutir por el momento en la sustancia de las cosas, le bastaba con admitir que todos los habitantes del país tenían que ser considerados en el futuro como sujetos jurídicos. La generalización de la subjetividad jurídica –que ya mencioné en el tema de la unificación social– fue una jugada fundamental y al mismo tiempo simbólica: millones de individuos, a quienes la supresión de las estructuras sociales asociacionistas del antiguo régimen les habían arrebatado irremisiblemente

la posibilidad de identificación social y que, en este sentido, estaban desorientados y desorganizados, se convirtieron de repente en actores de un juego que les trascendía, en posibles destinatarios de derechos y obligaciones y en potenciales titulares de relaciones jurídicas. El código podía partir fácilmente de esta convicción de fondo, podía ahora dirigir el mismo mensaje a todos de manera creíble porque en esta pasiva actitud de simples oyentes (y por lo tanto de precursores involuntarios del siniestro fenómeno que nos propone la actualidad y que llamamos la audiencia), todos eran en realidad iguales, como una larga serie de percheros mudos a la espera de posibles abrigos o una fila de contenedores vacíos a la espera de contenidos probables y no precisables de forma inmediata.

### 13. *Qué es lo que produce y qué es lo que permite esta violencia*

Si es fácil describir esta operación que desmaterializa el derecho privado, es evidentemente más difícil valorar su efecto en la realidad, pues si existe el peligro de infravalorarlo interpretando todo como una simple e inocua reordenación de materias sin ninguna ambición normativa, existe también el peligro contrario de hinchar artificialmente el valor de estas operaciones, atribuyéndoles responsabilidades que evidentemente no pudieron tener. Antes de pronunciarme a este propósito prefiero, por eso, aludir a algunas consecuencias prácticas.

a) Ante todo, la abstracción libró al legislador de la obligación (presumiblemente molesta) de responder al deseo de grupos y estamentos elaborando y otorgándoles códigos distintos. De esta manera, incidió positivamente en el volumen del código que se presentaba ahora como un mensaje esencial, ágil y uniforme, todo lo cual correspondía perfectamente a la forma de la nueva sociedad que debía contribuir a regular. Era estructuralmente enemiga de las divisiones corporativas. Se organizaba, se movía y actuaba a consecuencia de *un* mandato que alcanzaba a *todos* y en el que cada uno se identificaba espontáneamente. Un mandato que era tan poco abstracto como el programa al que se refería. La burguesía había «regalado» finalmente al país su propio programa, lo había «generalizado» generosamente. De repente, todos habían quedado fascinados y quizá también convencidos. El código uniforme sellaba esta feliz metamorfosis, podía convertirse realmente en símbolo de esta nueva época.

Naturalmente, mientras tanto, nuestro conocimiento de esta singular transformación también ha llegado a ser más profundo y diferenciado. Hoy nos permite tener una opinión diferente y quizá menos ingenua de una transición que ha marcado profundamente nuestros destinos. Y si nos decidiésemos a utilizar palabras duras para describir la transición, si hablásemos incluso (aunque la cosa, obviamente, no se considere de buen gusto) de engaño, ficción, mentira, trampa, insidia, tergiversación, etc., quedaría de todas maneras un último e inquietante interrogante: ¿cómo pudo «triunfar» todo esto? ¿Cuál fue la estrategia que permitió –al menos inicialmente– convencer a millones de personas que habían mirado siempre con hostilidad (o desconfianza) al tercer estado de que precisamente el del tercer estado era el programa apropiado y que por lo tanto podía ser no sólo prudente, sino también útil seguir su modelo? Cuando tratemos de responder a este interrogante tendremos que acordarnos de dos cosas. Ante todo, que esta generalización reflejaba *una nivelación que ocurrió realmente*: en efecto, el burgués así idealizado era resultado de la supresión de privilegios (los de los nobles o del clero) y de sujeciones y dependencias (las de los campesinos). En segundo lugar, es fundamental considerar con la debida cautela la forma externa del programa burgués, incluso la del jurídico: no era la forma provocadora e irritante de la obligación, sino la *persuasiva y luminosa de la libertad*. Presentada de esta manera, sin precisar su contexto, sin indicar su contenido y sus funciones, sin reflexionar sobre los posibles límites o sobre las premisas que no podían garantizar por sí solas su eficiencia, presentada de esta manera, repito, de esta forma imprecisa y no vinculante, la libertad se alzó, veloz como el viento, como la realización adecuada de un sueño *universal*.

b) Quien recuerda que el Código desaloja o expulsa todo cuanto ofusca su visión onírica de la igualdad porque podría dañar su credibilidad como mensaje homogeneizador, no recuerda imprecisiones evanescentes, sino hechos concretos y fácilmente demostrables. Como consecuencia de ellos fueron suprimidas en realidad del elenco del código todas las materias que, de un modo u otro, se referían a situaciones particulares, individuales o sectoriales. De ellas, menciono el derecho procesal y, a continuación, el penal, el militar, el mercantil, el cambiario y el feudal. Estos derechos se referían a ámbitos limitados y, por ello, parciales; no eran generalizables y, por lo tanto, no podían tener cabida en un ordenamiento general y uniforme. No definían la naciente sociedad burguesa con la misma esencialidad inherente a las libertades mencionadas. Por este motivo me parece útil recordar el trasfondo

institucional de este traslado: está representado por la progresiva separación entre Estado y sociedad y por la rápida organización de una sociedad que, precisamente ahora, al ser finalmente libre para autorregularse, se reconoce en la figura de la *autonomía*. Al trasladar materias jurídicas de un ámbito a otro, modificando así las condiciones de su valor, se contribuía a sancionar la separación entre Estado y sociedad en el terreno del derecho.

c) Cuando Estado y sociedad eran aún situaciones conectadas e imbricadas de la unidad, que fue un fenómeno característico del mundo feudal, era concebible un derecho privado pero, desde luego, no autorreferencial. Tendría la tentación de decir que ocupaba las desmalladuras y los intersticios del Estado: del feudal primero y del absoluto después. Si este último lo prevenía y lo regulaba excepcionalmente, prevenía también taxativamente sus fines y funciones y obligaba así a los destinatarios de sus reglas de derecho privado a servirse de ellas no *ad libitum*, sino solo para alcanzar los objetivos preestablecidos y sus traídos de este modo a la libre determinación de cada uno. Al actuar de esta manera apoyándose en conocidas doctrinas del derecho natural, el Estado absoluto obligaba en realidad a los súbditos a actuar como auténticos funcionarios.

El nuevo derecho privado del siglo XIX, autónomo en el sentido que se acaba de mencionar, cambió la situación y comenzó de esta manera lo que podríamos llamar la *subjetivación* del ordenamiento jurídico privado; en la que se puede percibir fácilmente una modalidad ulterior de la *abstracción* aquí examinada, porque, al limitarse a atribuir derechos subjetivos, es decir, un poder no teleológico y, en este sentido concreto, «abstracto», se detiene en realidad en el umbral de la autonomía privada, reconoce su absoluta primacía y –podríamos decir– abdica en su favor. De aquí proviene finalmente el carácter constitutivo del nuevo derecho privado en el que se resume también la novedad del código, esto es, la *externidad*. Si el derecho privado se limita en realidad a generalizar la subjetividad jurídica y, en consecuencia, a proclamar el principio de la autonomía privada, es necesario que se retire de ámbitos ocupados hasta entonces para encomendarlos ahora a otra instancia, a la representada por el sujeto jurídico. En el futuro solo regulará *situaciones externas a la autonomía privada* que no se refieren, por lo tanto, a los fines para cuya realización le fue conferida (o «reconocida»). Y, en particular, deberá conformarse con fijar las condiciones y premisas del *procedimiento*, que, por sí solas, garantizarán al mismo tiempo a los sujetos de derecho el óptimo ejercicio de su propia autonomía. La referencia obligada aquí es, naturalmente, la de Kant.

Si tuviera que resumir el mensaje que procede de cada una de estas situaciones para comprender mejor lo que puede lograrse gracias a la abstracción, y quizá también para convencer a mi lector de que este resultado en realidad no es ajeno al mundo de la violencia, citaría algunas frases de Puchta. En particular algunas afirmaciones suyas que son, al mismo tiempo, proféticas y problemáticas porque tratan de explicar cómo consigue el derecho privado hacer convivir cosas tan distintas y (quizá) contradictorias como la igualdad formal (de las posibilidades abstractas, caracterizada por la subjetividad jurídica) y la desigualdad material (determinada por el hecho de que no todos los sujetos jurídicos están en condiciones de ejercer útilmente las libertades concedidas y de ocupar en beneficio propio los espacios puestos a su disposición por el ordenamiento jurídico burgués). Según Puchta, la igualdad y la desigualdad *coexisten* en el ordenamiento jurídico burgués. Lo que puede que solo quiera decir que se encuentran por casualidad, se soportan, conviven e incluso se ponen de acuerdo.

#### 14. *Necesidad e importancia de la desigualdad*

Es una fórmula brillante, desde luego. Agrada, pero también deja en la boca un regusto amargo, como las fórmulas similares usadas por Kant y por sus seguidores; porque si nos induce a aceptar esta coexistencia como un fenómeno normal y no patológico, no nos estimula a reflexionar sobre el sentido práctico de este emparejamiento ni, más aún, a plantearnos el problema de que, más allá de esta proximidad quizá sólo casual entre estas dos posiciones aparentemente tan contradictorias, no existe una *relación precisa* que permita o incluso imponga recuperar también algunas de las posiciones que la abstracción había alejado de la vista de los sujetos jurídicos.

Si trato por eso de reanudar el discurso donde Puchta lo concluyó, creo que deberán recordarse aquí las siguientes verdades:

a) Si es verdad que la abstracción expulsa las desigualdades del ámbito jurídico privado, esto no significa que sean abandonadas a su destino porque ya no interesen, como hacemos a veces con los muebles de nuestra casa que ya no nos sirven. La abstracción no implica una despedida, no expulsa las situaciones a las que ataca desde el ámbito jurídico, no las condena a la irrelevancia jurídica. *La realidad es que ocurre lo contrario*: las traslada fuera del código, pero solo para vincularlas mejor a lo que quedaba en el código

y, en todo caso, porque solo aislándolas así podían prestar el servicio que los codificadores les habían fijado implícitamente.

b) ¿Pero cuál era este servicio? Nos lo descubren con absoluta claridad los historiadores de la economía cuando investigan sobre las condiciones que favorecieron la llegada y la posterior expansión del sistema capitalista, pues se ha comprobado que quizá el capitalismo no ha creado las diferencias y las desigualdades, pero sin duda las ha aprovechado, las ha utilizado y se ha organizado precisamente en función de su valoración ideal. Ahora bien, me parece indiscutible que el derecho burgués distinguió entre igualdad formal y desigualdad material, que convirtió la primera en regla fundamental del código, tras haber eliminado del código la segunda para garantizar precisamente la realización de este ambicioso programa.

c) En efecto, generalizar la capacidad jurídica significaba también –y esto lo olvidamos con frecuencia– *obligar* a todos los sujetos jurídicos a participar en el juego salvaje de la competencia, en aquel macabro juego que, terminada la revolución industrial e institucionalizado el mercado, se había convertido en el juego social sin más. La concesión de la capacidad jurídica ya no permitía al jugador inexperto, poco diestro o incluso simplemente sin aliento, ser espectador para sustraerse de esta manera a la presión del jugador más fuerte, más astuto o más experimentado. Le obliga a presentarse al comenzar el juego como un sujeto más débil y, por lo tanto, víctima previsible de una agresión inminente.

d) Trato, pues, de concluir en este punto crucial recordando que la abstracción desplaza algunas situaciones hasta ahora tradicionales desde el área del derecho privado al exterior de esta área, para permitirles una mayor cohesión con el nuevo sistema económico. Desde este punto de vista, su influencia no puede ser valorada sin recuperar primero las cosas suprimidas y desplazadas. Si las unimos de nuevo a las que permanecieron en el código nos damos cuenta de que son en realidad dos caras de la misma moneda: no se encuentran por casualidad, como viejos amigos que bajan al mismo tiempo de distintos trenes y se abrazan, sino que la una está en función de la otra. Más aún, la capacidad jurídica se presenta como una función de la necesidad de sostener el mercado y de comercializar de esta manera (o, vistas las condiciones concretas, de explotar) la desigualdad. No solo confirma la posible relación jurídica entre desiguales: *en realidad la impuso* y por ello se convirtió en la llave maestra para legalizar jurídicamente la explotación y legitimar la dependencia.

15. *El ocaso de la antigua seguridad*

Llegados aquí, vale la pena echar una última mirada para resumir la evolución que se acaba de describir: modificó radicalmente el carácter de la sociedad haciendo surgir una serie de nuevos problemas organizativos a cuya solución contribuyó también ampliamente la codificación del derecho. Con su simplicidad y su uniformidad, la codificación reflejaba fielmente la invención que simbolizaba por sí sola el cambio: la del sujeto jurídico. El sujeto jurídico generalizado, titular de la autonomía privada y finalmente artífice exclusivo de su propio destino aparece así como el signo más visible del ocaso de un mundo que no sabía aún de «individuos» pero que, a cambio, estaba poblado de «miembros». En efecto, la sociedad prerrevolucionaria era una comunidad estructurada. Dependía de formas organizadas como la familia, el municipio, la corporación profesional, la cofradía, la asociación, etc. Se refería a ellas, se expresaba en ellas y actuaba a través de ellas. Si era comunitaria, no era desde luego por libre elección, sino por necesidad porque en una economía de subsistencia solo este modelo garantizaba la supervivencia. Quizá hoy, al referirnos a esta realidad, debiéramos hablar de una *sociedad holista* en la que las necesidades del individuo estaban subordinadas a las de la comunidad y en la que las funciones individuales solo tenían sentido si se referían a la totalidad. Esta sociedad vivía de manera natural, sin obligación de concluir contratos, pues los derechos y deberes de los individuos no eran fruto de una libre estipulación entre individuos autónomos, sino que resultaban (automáticamente, diría yo) de la pertenencia de cada uno a la asociación y, mejor aún, de su situación concreta en el seno de esta asociación.

Este mundo cambió, lo hemos visto, y fue sustituido por otro, el moderno y liberal, fruto de opciones que se remiten todas ellas a la ilustración: del racionalismo al rechazo de los vínculos, por no hablar del irritante culto al progreso. Este mundo diferente descubrió la superioridad del modelo social individualista en cuyo centro se distingue no ya la comunidad, sino el individuo, la autonomía de su voluntad, su subjetividad jurídica. Esta nueva sociedad ya no es holista. Sin ignorar las necesidades comunitarias, las subordina claramente a las del individuo. En esta sociedad diferente, las relaciones jurídicas ya no se instauran a consecuencia de la pertenencia a algún *corpus* o a otra estructura orgánica, como podría ser también el señorío patrimonial, sino que nacen a través del contrato. El contrato garantiza ahora, según la conocidísima intuición de Henry Maine, la función que cumplía hasta entonces el *status* personal.

También yo me pregunto a veces (a menudo en secreto) acerca de la naturaleza real de este cambio. Y si lo hago, es signo de que tampoco aquí tengo certezas que ofrecer. Por eso no temo formular las preguntas que muchos juristas (pero no solo ellos) consideran una provocación, tan obvia e indiscutible es para ellos la respuesta positiva: ¿cuál es el valor concreto de este cambio? ¿Ha mejorado el destino del hombre, ha influido positivamente en sus condiciones de vida, ha sido finalmente un *progreso*?

Aun queriendo hacerlo, es difícil responder en dos palabras sin las necesarias distinciones y reservas. Propondría entonces no olvidar dos reflexiones:

a) La subjetividad jurídica, gracias a cuya generalización llegó la codificación del derecho a ser no solo imaginable, sino también realizable de una manera concreta, tiene un carácter formal y abstracto. No es posible dar una opinión jurídico-política acerca de ella sin haber examinado previamente su empleo en la práctica, es decir, sin saber qué función concreta desempeñó y qué resultados produjo. Es posible que la difusión de la idea de que todo individuo goza de la misma capacidad civil se refiera a una estrategia emancipadora o deba considerarse como una consecuencia automática de la teoría que admitía la existencia de derechos innatos (*iura connata*). Pero a las pruebas me remito: esta idea se cargó a lo largo del camino de un contenido muy específico, porque, como vimos, y quizá contrariamente a la intención de sus antiguos defensores, fue atraída (por no decir seducida) por el encanto realmente irresistible del mercado y contribuyó a permitir, o facilitar o legalizar, la explotación de los contratantes menos aguerridos. Que cada uno decida por su cuenta: si aprueba esta explotación, que magnifique la generalización de la capacidad jurídica; si, por el contrario, la condena, considérela también una execrable estratagema.

b) En segundo lugar, si nos decidiéramos a reflexionar en serio sobre esta incómoda pregunta convendría no olvidar los testimonios de los interesados directos aunque, contrariamente a lo que quisiéramos, no siempre sean eufóricos o estén dispuestos a elogiar la emancipación del individuo en el nuevo orden. No faltan comentarios preocupados y resignados, con tendencia a ser negativos; más bien se multiplican y aumentan con el paso del tiempo, a medida que el nuevo orden se descubre y muestra su verdadero rostro. Antes o después, quisiera señalarlo, nos damos cuenta de que, para lograr la autonomía, el individuo tuvo que pagar un precio desproporcionado. En efecto, la abolición del sistema asociacionista sancionó también el ocaso de numerosas

instituciones sociales que durante siglos habían ayudado o protegido a sus miembros sin reclamar contraprestación alguna y, más aún, conforme al antiguo principio de nobleza obliga cuyo significado hemos falseado de manera singular (aunque no casualmente). Privado de esta tutela, el individuo, abandonado ya a sí mismo y, en realidad, totalmente indefenso, tuvo además que enfrentarse forzosamente al juego de la competencia, demostrando inmediatamente sus límites y sus condicionamientos y debiendo por ello plegarse a la voluntad del jugador más fuerte, que no se consideraba ya obligado a tener un miramiento especial, pues ahora todos los «jugadores» se encontraban en una línea de paridad formal trazada por el contrato que, según los dogmas de los civilistas, vivía bajo el signo de la voluntad acorde y recíproca de los contratantes. En realidad la emancipación engendró a menudo no la libertad, sino el aislamiento. O, por decirlo con Schumpeter, la libertad llegó a ser el nudo corredizo que se ofreció al campesino para ahorcarse. Reflexionando sobre las seguridades que habían desaparecido ya definitivamente, muchos debieron concluir amargamente que la servidumbre prerrevolucionaria era quizá preferible a la libertad que la revolución exaltaba.

Obviamente, la codificación del derecho –lo digo ahora para volver al tema– no es ajena a todo este discurso. Al ser útil para la autonomía de las partes, compartió su destino; justificó así la euforia de quien triunfaba y la desesperación de quien sucumbía.

## LECCIÓN IV LA CODIFICACIÓN Y SU CONTEXTO

Tras resumir así las dos historias de las que se hablaba al principio –tanto la del concepto teórico como la de la sociedad que decide convertirlo en realidad– resulta ahora más fácil darse cuenta de las peculiaridades del código y, finalmente, valorarlo. Puede ser útil para ello recorrer los alrededores, es decir, las situaciones contiguas con las que mantuvo relaciones complejas y cambiantes. En virtud de la ley natural de la contraposición, su examen nos ayudará a comprender mejor el mundo de la codificación hacia el que se sienten atraídas o del que desean distinguirse.

### 16. *Codificación y derecho común*

En estos alrededores se encontraba también el derecho común, se puede inferir del hecho de haberme visto obligado a mencionarlo con frecuencia aun queriendo hablar ante todo del código. En este caso, lo que es digno de comentario no es tanto el contacto entre las dos situaciones, que fue continuo y constante, como su especial naturaleza: más fricción que entendimiento, más desacuerdo que coincidencia. Tratemos de comprender sus causas.

a) Derecho común y codificación se entienden, en primer lugar, como *epicentros* de sus respectivos sistemas de fuentes. Hubo una época histórica en la que primero coincidieron y después alternaron. En efecto, la codificación nació también como un sistema opuesto y alternativo al del derecho común y perseguía el fin declarado de destronarlo y sustituirlo. La tensión a la que dio lugar y las estrategias que se pusieron en práctica para defender el primero o apresurar la llegada de la segunda ocupan un periodo largo y crucial de la historia jurídica continental entre 1750 y 1900. Hay que añadir que se trata desde luego de una historia distinta en cada lugar, puesto que en ella actuaban causas políticas, sociales y culturales diferentes y combinadas de forma diversa en cada país.

Obviamente, las diferencias existentes entre los dos sistemas son mu-

chas y no interesa enumerarlas todas aquí. Solo destacaré una, que sigue, como veremos, la línea de demarcación que separa no solo dos sistemas, sino también dos maneras diferentes de considerar el derecho, de crearlo y de convertirlo en objeto de reflexión científica.

a') En el centro del sistema del derecho común había una fuente jurídica anclada aún explícitamente en la historia. Por lo tanto, solo una mirada retrospectiva podía descubrir si aún podía seguir aplicándose como cualquier otro derecho positivo, lo que explica al menos dos cosas. En primer lugar, la multitud de respuestas (ligada a las diferencias de los análisis y a la inexorable subjetividad de las respectivas opiniones), con las conocidas y problemáticas consecuencias en el ámbito de la seguridad jurídica. En segundo lugar, la función aún explícitamente práctica que desempeñaba la investigación histórica, a la que se le encomendó una *tarea previa pero esencial* y que en realidad –como veremos– era totalmente ajena a la naturaleza del compromiso historiográfico tal como se entiende en la actualidad: la de establecer cuántos y cuáles materiales históricos debían considerarse aún vigentes y, por lo tanto, aplicables. Una tarea, ya se habrá podido adivinar, a la que la escuela histórica del siglo XIX se dedicó con un ímpetu renovado e irresistible, convenciendo pero quizá también exagerando. De ello también es posible deducir que la llegada de la codificación, al liberar a la historia de esta misión ancilar, le devolvió finalmente a su ámbito peculiar y autónomo, del que, sin embargo, los historiadores han hecho un uso modesto y, todo lo más, marginal.

b') Por el contrario, en el centro del sistema codificador hay una fuente jurídica radicada también en la historia pero cuya positividad ya no está determinada por la vigencia histórica. Es más bien el resultado de una intervención autoritaria del Estado, que enumera taxativamente las reglas jurídicas aplicables, sustrayéndolas de esta manera a la historia y cerrando así los caminos que durante siglos habían recorrido con desenvoltura los juristas, en busca de un derecho todavía aplicable. Las respuestas se daban ahora de manera más simple, rápida y (aparentemente) segura por parte de una ley que pretendía ser completa y ordenada, promulgada explícitamente por la autoridad estatal competente y según un procedimiento previamente establecido. Esta ley es el código.

El peligro intrínseco de esta contraposición, y que quisiera al menos señalar aquí, es el de *infravalorarla* por considerarla una mera cuestión técnica, quizá solo el fruto de una controversia jurídica cuya dimensión práctica es, por ello, reducida y puede muy bien escapar a la sensibilidad o a la atención de los

no iniciados. Para conjurar este peligro no me basta con lo que acabo de decir y quiero ofrecer algún nuevo detalle.

b) La radicalidad de la alternativa subyacente tras los dos sistemas se resume a principios del siglo XIX en el conocidísimo *opúsculo* programático de Savigny. Contraponía claramente la ciencia jurídica a la legislación y anunciaba de manera evidente la táctica elegida: renovar la primera para disuadir de la segunda. Desde esta perspectiva, realmente fundamental, deben subrayarse dos cosas:

a') El sistema del derecho común se caracterizaba por el *predominio de la ciencia*, a la que se le encomendaba esencialmente la producción de reglas jurídicas. Como consecuencia de dicho predominio, el jurista se convertía en la piedra angular de un edificio imponente y problemático. Obligado a trabajar con materiales dispersos no siempre fiables, a veces contradictorios y frecuentemente de dudoso valor, su esfuerzo se destinaba enteramente a poner al día textos antiguos, a «leerlos» de modo que pudiera destacar su idoneidad para resolver nuevas cuestiones y para ofrecer nuevas respuestas. Su *interpretatio* no repetía el sentido de estos antiguos textos. En realidad, trabajando sobre ellos, «añadía», es decir creaba y sancionaba nuevo derecho inmediatamente aplicable. Las consecuencias para la seguridad del derecho eran fácilmente intuibles –al menos para quien quiera compartir el punto de vista típico del siglo XVIII–; como lo demuestra por lo demás la violencia de la crítica ilustrada y el deseo consiguiente de concentrar en el futuro la producción jurídica en manos del Estado, arrebatándosela a los juristas y a los hombres de ciencia y entregándosela a los políticos.

b') La codificación, ya lo hemos recordado, representa la culminación de estos esfuerzos. Fruto del estatalismo, es decir, de la ampliación del poder estatal hasta absorber y *monopolizar la producción del derecho*, modifica radicalmente el papel tradicional asignado al jurista, redimensionándolo y prácticamente devaluándolo. Se abre así camino una nueva civilística, más artesanal y quizá más modesta. El antiguo intérprete se transforma en un simple exégeta, en principio solo debe explicar las normas del código y atenerse pasivamente a lo que estas prevén. Quizá el cambio fue traumático e hizo pensar en una auténtica *expropiación*. Saben algo de esto los Estados que, como Francia y Austria, después de haber promulgado nuevos códigos, tuvieron que reestructurar de inmediato la enseñanza académica del derecho porque la legislación planteaba también en este punto preguntas distintas y exigía por ello nuevos enfoques.

Parece lógico concluir que en el seno de ambos sistemas había contraposiciones de principio y divergencias que no se limitaban al mundo jurídico, sino que lo trascendían claramente: implicaban opciones políticas, sociales y culturales, se referían al mundo confuso y complejo de las mentalidades. En pocas palabras, los separaba el parteaguas de dos mundos, el feudal y el moderno.

c) La norma de los primeros códigos que prohibía explícitamente el recurso subsidiario al derecho romano común puede considerarse como un testimonio útil, aunque no siempre fiable, de la transición ya en marcha. Era una regla lógica y obvia porque impedía reciclar alternativas ya suprimidas. Pero sería exagerado convertirla en una premisa imprescindible de la codificación, al menos de la que hemos descrito o planteado como hipótesis. Hubo en realidad codificaciones «imperfectas» porque confirmaron la fuerza subsidiaria del derecho común, pero afortunadamente a ninguno se le ha ocurrido inferir de ello que fueran ajenas al movimiento codificador. Pienso en las *compilaciones del siglo XVIII* que trataban únicamente de volver a organizar la materia jurídica y que nos son conocidas tanto en su etapa de proyecto (*Corpus iuris Fridericiani*, 1749; *Codex Theresianus*, 1766; proyecto para la Toscana de Pompeo Neri, 1747) como de leyes realmente promulgadas (*Codex maximilianeus bavaricus civilis*, 1756; Constituciones piemontesas, 1770). Si estas compilaciones confirmaban el antiguo papel del derecho común no lo hacían por error, sino únicamente por respeto a una situación política y social que todavía no permitía la unificación social. Estaban a caballo entre lo viejo y lo nuevo, pero estaban sin embargo obligadas a tener en cuenta la fragmentación de una sociedad aún estamental.

Es diferente, obviamente, la situación en la que se encontraban los (pocos) códigos burgueses que en pleno siglo XIX confirmaron la fuerza subsidiaria del derecho común. Se considera que esta inesperada confirmación (cuyo alcance práctico debería ser examinado caso por caso y que, de todos modos, no debería ser magnificada sin más) es el reflejo de una tradición cultural secular que aún consideraba el derecho común como la sede de los principios generales del derecho a los que el juez recurría antes o después al colmar una laguna; por no insistir en el valor político-nacional que la romanística italiana tuvo indudablemente a lo largo del siglo XIX y que, con dicha remisión, pudo sugerir una concesión explícita.

d) Si analizamos el contenido de los códigos, la opinión puede (más bien debe) cambiar. En efecto, es sabido que los códigos rebosan literalmente

de normas extraídas enteramente del derecho común o que en todo caso tiene sobre ellas un ascendiente dogmático. Se comprueba entonces la coexistencia (no demasiado sorprendente) entre el rechazo del valor subsidiario del derecho común y la valoración *precisa* de conceptos, instituciones y reglas que residen en él. Añado irónicamente que esto ha reconciliado a menudo a los romanistas con la realidad del nuevo derecho, incitándoles a compilar detallados y a veces grotescos inventarios de todas las disposiciones del código que confirmaban reglas análogas del derecho romano, quizá para deducir que también esta nueva ley y este nuevo sistema seguían dependiendo del derecho común. *Quod erat demonstrandum*.

e) Este último razonamiento, agrídulce en realidad, lleva a una reflexión metodológica de fondo, pues afecta plenamente a la relación que la codificación mantiene con su propia historia.

Tomando como fecha inicial el mencionado escrito de Savigny de 1814, la codificación fue considerada tradicionalmente como resultado de una *estrategia doblemente contraria a la historia*, ya que rechazaba el pasado y bloqueaba el futuro; de aquí la automática e irremediable condena a la que se sumaron sobre todo los romanistas casi en todas partes y hasta el día de hoy, con una constancia y un ímpetu que, si no dejan de sorprender, es porque deben de tener también sus motivos. Se podrá (y se deberá) criticar esta postura, pero no sin haberle reconocido antes cierta lógica. Era lógico, en efecto, considerar la codificación como el signo escandalizador de una rebelión contra la historia, esto es, el rechazo de un pasado del cual no era admisible ni aconsejable separarse. Y era lógico condenar este rechazo si se consideraba que el pasado, sin distinción, proporcionaba claridad. Finalmente, era lógico descalificar la codificación desde el comienzo incluso por un simple hecho personal: los romanistas se sintieron agredidos por ella, «expropiados», como los jueces franceses y austríacos del siglo XIX de los que acabo de hablar. Para desacreditarla no era necesario analizar sus razones, sondear su contenido y tratar así de «comprenderla». Y si –después de haber superado la tradicional renuencia– decidían convertirla excepcionalmente en objeto de investigación, el resultado de esta era también muy obvio porque, como conclusión de análisis siempre muy cultos y minuciosos, podía demostrarse que solo se habían consolidado las codificaciones que habían incorporado aportaciones romanistas consistentes, mientras que las que se apartaban de manera demasiado evidente de las soluciones del derecho común habían fracasado de manera inevitable.

Así pues, si critico esta actitud, lo repito, no es porque le falle la lógica, sino porque no está al servicio de la historia y no ayuda a comprender por qué sucedieron ciertas cosas y otras, por el contrario, tropezaron con obstáculos y no se realizaron. Y es en todo caso una mala consejera si obliga a analizar el código exclusivamente con el criterio de su fidelidad al pasado, si lo presenta de inmediato como una mezcla más o menos conseguida de ingredientes históricos, pues actuando de esta manera se olvida de la meridiana verdad que Portalis resumió de esta manera en su *Discurso preliminar*: «Todo lo que es antiguo fue antes nuevo» (Fenet, *Recueil complet*, I, p. 481). Y de esta manera *niega la historicidad del código* e ignora que no fue elaborado y promulgado para confirmar, sino más bien para innovar. Y me parece, por lo tanto, que el método más idóneo y aceptable para estudiarlo y comprenderlo es el que trata de descubrir las auténticas novedades, de discutir las y de medir sus efectos, y *no* el que solo tiene interés por establecer su mayor o menor fidelidad a la tradición. *El Código nunca quiso ser un espejo del pasado* y por eso sería injusto y contrario a la historia querer considerarlo así.

### 17. Codificación y legislación

Ambas realidades muestran en seguida que son cercanas e incluso se distinguen con dificultad, porque crecen sobre una experiencia institucional común, la de un Estado que reivindica la exclusividad del poder legislativo y se considera por eso legitimado, tanto para emitir preceptos abstractos (es decir, válidos para una generalidad indeterminada de destinatarios), como para gestionar el aparato coercitivo necesario para imponerlos a todos de manera uniforme. Desde esta perspectiva histórica específica, la gran época de la legislación sirve de trasfondo también para la historia de la codificación: comienzan en el siglo XVIII, ambas se encuentran bajo el signo del *estatalismo* (que ya he mencionado muchas veces, pues lo considero la medida del viraje que se produjo) y celebran su triunfo en el siglo siguiente. Se podría añadir que la única diferencia perceptible entre ambas es de *naturaleza exclusivamente cuantitativa*, en el sentido de que la codificación no sería sino una legislación completa y detallada mientras la «simple» legislación se limitaría a argumentos específicos, concretos y limitados.

La diferencia cuantitativa está comprobada y es indiscutible. Pero es también la prueba de que es otra cosa más esencial, porque su mayor con-

sistencia proviene del deseo del código de ser, en cierto modo, completo, y este deseo está vinculado con la pretensión del código de dominar el sistema de fuentes, aludiendo todas ellas a los principios y valores que en el futuro harán superflua la heterointegración. Esto no contradice las obvias y ya indiscutibles lagunas del código, dado que estas se colman recurriendo a fuentes subsidiarias que (en la teoría, y con frecuencia en la práctica) *dependen del código*, son casi un apéndice. Nada prohíbe incluir también entre estos hallazgos integradores las *leyes especiales* que, por tradición o por respeto a una alternativa jurídico-política concreta, regulan por separado aunque no de forma autónoma una materia específica y definida. Interpretarlas significan entonces incluirlas en la armonía del código sin provocar fricciones o contradicciones. En esta jerarquía está el criterio que permite distinguir entre el código y el resto de la legislación.

### 18. *Codificación y constitución*

Codificación y constitución: esta nueva contraposición, a diferencia de la que se acaba de analizar, nos coge desprevenidos. Sorprende y desconcierta, y de este modo denuncia –esta es al menos mi interpretación– los límites de nuestra visión histórica y las deudas que lamentablemente ha contraído con la dogmática jurídica moderna. Una dogmática que nos ha llevado a distinguir, más o menos rígidamente, entre derecho público y derecho privado y a distribuir todas las materias del ordenamiento jurídico conforme un criterio lógico aunque siempre controvertido. Siendo todos hijos en un cierto sentido de la convicción de que dicha dicotomía podía ofrecer algo más que una primera orientación provisional, nos impresiona ver ahora, una junto a otra, la constitución y la codificación. Experimentamos cierto malestar si se plantea en concreto la tesis que considera el código y la constitución no como cosas divergentes, distintas o separadas, sino, al contrario, como dos caras de la misma realidad, como dos periodos del mismo desarrollo que se suceden en el tiempo a modo de etapas progresivas de un programa global destinado a fijar por escrito toda la materia jurídica. Serían partes de un único proyecto revolucionario, fruto de los mismos valores y alternativas, realizados primero en el plano político y más tarde en el social.

Esta «lectura» de la historia reciente tiene algo de increíble porque repudia de golpe la dicotomía de la que hablaba y nos aproxima a situaciones

típicas de una realidad histórica más remota, incluso prerrevolucionaria, que en realidad identificaba y superponía las dos esferas.

No es recomendable un examen crítico de esta tesis si no se precisan previamente los conceptos que contraponen. El de codificación ha sido ya explicado. En cuanto al de constitución, aquí se habla de ella en la acepción que se refiere al constitucionalismo, entendiendo por constitución un ordenamiento escrito, fundamental y programático, vinculado a un sistema de valores completo, que corresponde a las aspiraciones de la burguesía liberal. Así entendida, la constitución se distingue por un *planteamiento individualista y garantista*, como se prevé primero en los Estados norteamericanos y después en la Francia revolucionaria. Esto corresponde a lo que proclama el art. 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: «Una sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene constitución».

a) Un primer ejemplo concreto de la presunta relación entre codificación y constitución se puede deducir de la finalidad y de los objetivos de las primeras constituciones liberales del siglo XIX. Tenían una doble naturaleza, política y social. Políticamente, las constituciones aspiraban a organizar un Estado basado en la soberanía popular. En el plano social, pretendían fijar todas las premisas que debían permitir (o facilitar) el advenimiento y la organización de la sociedad burguesa. Los *derechos* fundamentales que todas estas constituciones reconocían servían para la realización de este doble fin. Para instituir la *democracia liberal* concedían derechos políticos, como la libertad de prensa, de expresión, de reunión y de petición. Para estructurar el nuevo derecho privado de la *sociedad burguesa* promovían primero la abolición (o el rescate) de las cargas feudales y garantizaban además la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de industria y de comercio y la propiedad privada. Al fijar estos derechos, la constitución en realidad *prefiguraba las estructuras de la sociedad*, de una sociedad que, si quería ser fiel a la constitución, debía ser necesariamente liberal e igualitaria, y por ello se basaba en la autonomía privada, en la libertad contractual y en la propiedad privada. Y la constitución dejaba luego al futuro código la tarea de regular el detalle, emitiendo reglas que tenían por ello un carácter fundamentalmente ejecutivo. Debían colmar así los espacios definidos (pero no ocupados) por el proyecto diseñado por los derechos fundamentales.

El ejemplo de la libertad de industria y de comercio explica cómo funcionaba concretamente este vínculo. Fue garantizada por el Estado al

retirarse del ámbito económico, que abandonaba ahora al autogobierno de los ciudadanos. Garantizarla de manera explícita fue también un medio tan discreto como eficaz para recordar a los ciudadanos (ahora todos ellos sujetos de derecho) que no eran libres de ocupar aquel espacio como quisieran, sino que debían hacerlo según las reglas establecidas de antemano, según las mismas reglas que habían inspirado la garantía de la libertad de comercio y que, al ser transferidas ahora, tras las oportunas adaptaciones, a una relación horizontal, imponían prácticamente la *libertad contractual* como regla de la nueva economía. Libertad de comercio y libertad contractual regulaban de modo semejante dos aspectos o ámbitos, el vertical y el horizontal, que eran en realidad dos caras de la misma moneda.

b) El segundo ejemplo me lo ofrece la historia jurídica de mi país. Cuando hacia finales del siglo XIX se intentó liberar la autonomía privada de los obstáculos y de las limitaciones que todavía le venían de una estructura social asociacionista, para convertirla en una institución basilar del nuevo código civil unitario, no se encontró cosa mejor que magnificarla como «integración y cumplimiento del ordenamiento jurídico-público», esto es, del derecho de autodeterminación que surgía necesariamente de la estructura republicana y democrática del país. Desde esta perspectiva, constitución republicana y codificación liberal se superponían prácticamente bajo el signo de la democracia que, en el ámbito político, imponía la soberanía popular y en el plano social la autonomía del sujeto jurídico recibida y regulada finalmente por el código.

c) Después de haber examinado los dos ejemplos, que he preferido (entre los muchos disponibles) por su linealidad y porque reflejan con gran claridad la complementariedad y la interdependencia de la constitución y la codificación, la pregunta surge con espontaneidad: ¿de qué naturaleza fue la relación que las unía? ¿fue absolutamente simétrica o remitía a una jerarquía? Y en este último caso ¿qué orden concreto proponía?

Si la respuesta nos la suministrase solo la teoría no podría ser dudosa: confirmaría la prioridad de la constitución. Al trazar –como se ha visto– las líneas esenciales de la futura sociedad, la constitución se había adelantado al contenido del código y ahora podía dejarle tranquilamente la función, sin duda subordinada, de regular los detalles.

Pero la historia desmiente frecuentemente nuestras previsiones y entonces es conveniente reabrir el discurso y admitir sus sugerencias porque, en realidad, la relación concreta que se estableció entre la constitución y la codi-

ficación *no* procede de teorías o principios dogmáticos, sino de la evolución histórica de una sociedad. Por ello cambia según las contingencias históricas, las necesidades sociales y las perspectivas políticas, como lo demuestra, por lo demás, la evolución de estos últimos ciento cincuenta años.

*a')* Durante mucho tiempo la historia social del siglo XIX estuvo marcada literalmente por una *nueva sociedad* que, liberándose progresivamente de la tutela estatal, comenzó en aquel momento a autorregularse confiando ciegamente en las virtudes taumatúrgicas de la mano invisible. Esta sociedad *dominaba*: sus alternativas, sobre todo las económicas, aventajaban y condicionaban todas las otras, incluidas las políticas. Si eran de naturaleza jurídica, preludiaban el derecho que sancionaba la autonomía privada y la garantizaba desde fuera, *pero esto era el derecho privado del código civil*. Aunque promulgado después que la constitución y esencialmente acorde con los principios de la carta fundamental, objetivamente era más importante que aquella: la constitución era accesoria respecto al derecho privado, lo preparaba, era prácticamente su función. Y todo esto sucedía lógicamente en un contexto en el que la economía dominaba sobre la política y la sociedad sobre el Estado. Se daba por descontado que, en este contexto, la economía se organizaría según sus propias reglas y no recurriendo necesariamente a la tradición democrática del Estado. La ampliación del orden constitucional a la empresa industrial y comercial habría minado las bases de la producción capitalista y, con ella, también las de toda la sociedad burguesa. Por esto tenía que mantenerse como un deseo imposible.

*b')* Más tarde, la relación entre los dos «mundos contiguos» se transformó hasta volverse las tornas, reflejando así un marco social distinto. Hacia finales del siglo XIX, tanto las consecuencias de la revolución industrial como la (previsible) ampliación del gran poder monopolístico determinaron el nacimiento de la cuestión social. Para resolverla se exigió, obviamente, la intervención estatal, si no para suprimir, sí al menos para contener y corregir algunos desequilibrios provocados por el ejercicio insolente y arrogante de la autonomía privada. De esta manera se hizo evidente que la sociedad y su derecho (el privado) estaban perdiendo importancia. El código fue envuelto rápidamente por una espesa red de normas de derecho público que no se limitaban ya, como hasta entonces, a eliminar los obstáculos que se cruzaban en el pleno desarrollo de la autonomía privada, sino que ahora dictaban taxativamente las modalidades y las condiciones. Comenzaba así una tendencia que, en esencia, aún perdura. Interrumpida en ocasiones –cuando no mar-

cada— por los lamentos de los iusprivatistas, esta lenta erosión del derecho privado nunca ha dejado de provocar o adhesiones o denuncias.

d) El espacio dedicado hasta ahora a la relación que media, de manera quizá poco visible pero eficaz, entre constitución y codificación sería desproporcionado si el valor didascálico de la contraposición se limitase a las cosas dichas hasta este momento, que son importantes aunque no todas ellas esenciales. Pero, afortunadamente, las rebasa y con mucho. En efecto, de la propia aproximación nace una orientación sobre el método muy valiosa. Nos sugiere (o al menos nos recuerda) oportunamente que el código, aun completo y autorreferencial como aspiró siempre a ser, en realidad *nunca deja de ser un fragmento*, una simple pieza de un orden jurídico más amplio que por eso le supera, del que depende —como hemos visto— y al que siempre se refiere como la parte al todo. Insisto sobre este aspecto porque me parece que los historiadores del derecho privado a veces lo han dejado un poco de lado, si es que no lo han olvidado. Esto explicaría algunas de sus descripciones, desarrolladas como si el código fuese en realidad un universo autónomo o una isla conocida pero bien protegida. Pero justificaría también la perplejidad que estas descripciones producen en ocasiones. Tendré la oportunidad de volver sobre este tema y de mostrar la importancia de esta relativización cuando hable, dentro de poco, del *Code civil* de 1804.

### 19. Codificación y renovación del derecho

Algunas reflexiones desarrolladas hasta ahora consideraron que el código era útil sin duda para responder a las reivindicaciones jurídicas de una nueva sociedad y, en este sentido, subrayaron su *historicidad*. Estas nos inducen, para concluir esta ojeada a las cercanías y a los alrededores, a preguntarnos sobre la realidad del significado innovador del código. ¿Provocó de verdad esa gran renovación del derecho a la que nos referimos implícitamente cuando —sin precisar después— hablamos de la edad de la codificación? ¿Cuál fue su naturaleza? ¿Y qué terreno prefirió?

Las respuestas que los historiadores del derecho han ido dando a este interrogante son sorprendentemente contradictorias. Por una parte, están los partidarios de la continuidad, para quienes la codificación se limita normalmente a modificaciones formales y, por lo tanto, a volver a definir y a ordenar el contenido. Por la otra, encontramos los autores que, insistiendo en la

historicidad de los códigos, admiraron en ellos sobre todo «la novedad del material legislativo». Por lo que a mí respecta, no deseo participar en esta disputa y por eso no pretendo valorar en detalle los argumentos que los unos alegan contra los otros. Prefiero adelantar una tesis que, al menos tiene una ventaja: si mostrara ser plausible, demostraría que la alternativa que se acaba de resumir es falsa y, por tanto, puede omitirse fácilmente.

a) Todos admiten que las codificaciones fueron elaboradas y promulgadas *también* para ofrecer respuestas jurídicas a las nuevas situaciones. En estos casos, que en cierto sentido son seguros –pues, evidentemente, *innovan materialmente* ya que preparan nuevas instituciones e imponen nuevas reglas que la tradición, obviamente, no podía conocer–, no hay código, me parece, del que se pueda decir con un mínimo de seriedad que se limita en realidad a proponer de nuevo las disposiciones tradicionales.

b) Pero si nosotros, en teoría y contra toda evidencia, lo creyésemos también, si no considerásemos el código –compartiendo una intuición fundamental (pero también problemática) de Savigny– sino como «la recopilación de toda la materia existente», pues bien, incluso en este caso (por lo demás más teórico que real) no podríamos decir que el código confirma la tradición en su totalidad, porque la realidad lo desmentiría inmediatamente probando lo contrario: que *la codificación*, prescindiendo de los materiales concretos que contiene así como de las intenciones específicas de sus autores o de la autoridad que la promulga, *innova siempre y necesariamente*, es decir, modifica, poco o mucho, tanto la forma como el contenido del derecho privado.

Esta sería, pues, mi tesis. Tratemos de analizarla a la luz del concepto de codificación formulado al comenzar el texto. Se dijo entonces que la codificación consiste esencialmente en una estrategia unificadora. Al unificar, reelabora en tres planos distintos: en el territorial, en el social y en el técnico-sistemático. Pues bien, será fácil demostrar que en los tres casos *la renovación es la consecuencia automática e inevitable de la correspondiente unificación*.

a') Respecto a la uniformidad territorial, la cosa debería ser evidente, pues aunque tuviese que lograrse exclusivamente mediante la generalización de reglas o instituciones ya previstas por los códigos o las leyes de algunas regiones, cantones o distritos, supondría un cambio real para los restantes que hasta ese momento observaban otras reglas y aplicaban otras instituciones.

b') Tampoco deberían existir demasiadas dudas respecto a la unificación que he llamado social. En efecto, precisamente su propósito primario,

es decir, la transformación de todos los habitantes de un Estado en sujetos jurídicos, ampliaba de inmediato *el valor social de las reglas jurídico-privadas* y, aún más, lo generalizaba. Instituciones que hasta entonces habían sido prerrogativa solo de una parte de la población (de un grupo, de una clase, de un estamento) son ahora accesibles para todos. Esto induce a pensar que precisamente las reglas fundamentales del código, esto es, las que constituían su base dogmática, *eran en realidad nuevas, aunque su estructura conceptual correspondiese a la de reglas análogas del derecho romano clásico*. Pienso, por citar algún ejemplo además generalmente conocido, en el contrato, en la noción individualista de la propiedad, en la sucesión testamentaria. En el derecho clásico su valor social era reducido. No eran accesibles a muchas personas: ni a los *peregrini*, ni a las personas *alieni iuris*, a los *servi* o a los *esclavos*. Sería útil darse cuenta finalmente de estas diferencias antes de compartir la tesis de la continuidad sustancial entre el derecho clásico y el de los códigos modernos: tesis que con frecuencia propició o, en todo caso, legitimó una enseñanza romanista más cercana a las peticiones de ayuda de los dogmáticos (si alguna vez existieron de verdad) que a la indiferencia por la historia.

c') Falta el último caso, desde luego el más enigmático. ¿Cómo admitir, en efecto, la renovación material del derecho allí donde un código se limitaba a reelaborar y a ordenar de nuevo materias ya conocidas por tradicionales? También aquí Savigny viene en nuestra ayuda. En efecto, intuyó claramente, antes y mejor que otros, que la codificación, aun cuando comprendiese solo un derecho preexistente, *modificaba ahora «la forma de su autoridad»*. Establecía un *nuevo* orden formal, trazaba un *nuevo* horizonte, se imponía como un *nuevo* cosmos gobernado por *nuevas* jerarquías, en cuyo seno también las cosas viejas se cargaban de significados nuevos como consecuencia de la *ley de la interdependencia*. Aquí lo «nuevo» no resultaba de la sustitución material de instituciones ya en desuso, sino del distinto valor que se les confería por el hecho de encontrarse incluidas y ordenadas en un contexto inédito hasta entonces. Partiendo de estas valiosas intuiciones y de las certidumbres que sugieren, debemos admitir finalmente que la codificación *modificaba necesariamente el derecho preexistente* porque también renovaba la jerarquía de las fuentes y, al actuar de esta manera, creaba nuevas interdependencias.

Quien tuviese alguna reticencia para admitir la influencia ejercida por el «sistema» (o por las reglas que lo constituyen y lo hacen funcionar en el sentido deseado) sobre el valor de cada uno de los elementos no tiene más

que pensar, una vez más, en situaciones de la vida cotidiana: en las cartas de la baraja, por ejemplo, que, siendo materialmente las mismas, cambian de importancia y de función según las reglas concretas de cada juego; o también en un hecho singular que todo coleccionista (de monedas o de sellos) conoce perfectamente y da por descontado: el hecho de que la moneda o el sello que faltan no son deseados por una cualidad intrínseca, porque reproducen un tema sugestivo y lo hacen con gusto y elegancia, etc., sino solo porque son adecuados para colmar una laguna. Es decir, su valor depende del puesto que se les asigna dentro del «sistema», esto es, de la colección. En este sentido incluso estará permitido hablar de *fetichismo codificador*.

## LECCIÓN V

### LAS CODIFICACIONES IUSNATURALISTAS

#### 20. *Un calificativo desconcertante*

Hasta ahora he reflexionado sobre un concepto histórico de codificación que a mí me parece que nació a principios del siglo XIX, así como sobre el territorio dispuesto de forma heterogénea que lo rodea y lo condiciona. Y lo he hecho omitiendo deliberadamente las referencias concretas a esta o a aquella codificación histórica. He querido fijar así las coordenadas generales que considero indispensables para comprender y valorar cada codificación, aunque con el debido respeto a sus aspectos particulares. Dicho esto, ha llegado el momento de arriesgarme y presentar las tres codificaciones que abrieron un nuevo período de la ciencia jurídica. Tradicionalmente se les llama *iusnaturalistas*, lo que puede crear –como ya se recordó– algún malentendido, pues este calificativo reúne códigos que son en realidad muy diferentes y que, por eso, no deberían ser arrojados indistintamente en el mismo contenedor. Se pondrá de manifiesto con las esquemáticas descripciones que seguirán. Por otra parte, debe recordarse que la presunta matriz iusnaturalista común es marginal desde el punto de vista cuantitativo e imprecisa, polisémica e incluso contradictoria desde el cualitativo. Demasiado poco, según mi opinión, para convertirla en una denominación única común. Será cómoda, no lo niego, pero también desconcertante.

#### 21. *El Código prusiano (1794)*

Como debo atenerme aquí a los aspectos que subrayan y valoran al mismo tiempo la extrema singularidad de este primer código, prescindiré de la descripción detallada de su elaboración a lo largo de medio siglo en la que se refleja, tanto la evolución política de la monarquía prusiana, como la que atañe a la ciencia jurídica. Prefiero recordar más bien que el *ALR –Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* [Derecho territorial general para los

Estados prusianos]– se elaboró y entró en vigor antes de la revolución burguesa en un Estado todavía estamental (*Ständestaat*). Obviamente, esto se refleja en el texto y explica tanto su estructura (claramente feudal) como su éxito, verdaderamente escaso.

a) Las dos fuerzas políticas y culturales que en la segunda mitad del siglo XVIII se enfrentaron a cara descubierta, dando lugar quizá a afortunadas coincidencias pero poniendo también en evidencia significativas diferencias de fondo, es decir, *la ilustración y el absolutismo*, dejan claras huellas de su controvertida acción en el Código. Progresista y conservador a un tiempo, confirma y garantiza los privilegios y las prerrogativas de la nobleza, pero promete también a los campesinos la inminente emancipación personal y territorial. Reconoce explícitamente los derechos innatos, pero todavía regula detalladamente –al menos por el momento– la servidumbre de la gleba. Da un poco la impresión de que existe una contradicción de fondo latente y sin resolver que finalmente les hace el juego a los estamentos poderosos, que ponen en acción todo lo necesario para hacer inútiles los movimientos emancipadores. Se dio cuenta de ello el atento observador Tocqueville, quien en una página poco conocida pero clara denunciaba sin piedad esta contradicción entre la inspiración moderna y emancipadora y el contexto tradicional, «lo que prueba cuán poco innovó en realidad este código que tanto innovaba en apariencia».

b) En segundo lugar, debe recordarse que el *ALR* no llegó a realizar esa unificación territorial del derecho que he considerado un elemento irrenunciable del concepto de codificación, al menos del que he seguido. No quiso sustituir a los derechos locales, sino que se limitó a un papel más modesto y subsidiario, reemplazando más o menos la función que hasta entonces había sido desempeñada por el derecho romano común. Esta alternativa nada ambiciosa puede sorprender, pero no por ello es inexplicable o extraña. Más bien parece una concesión prudente del soberano a las reivindicaciones estamentales o regionales, como es por lo demás demostrable en otros conocidísimos casos de la historia jurídica europea que van desde la «cláusula salvatoria» prevista en la introducción de la *Constitutio criminalis carolina* (1532) hasta el art. 12.2 del *Código civil* español de 1889.

Pero es también oportuno añadir que, a largo plazo, el código se impuso y se erigió en fuente jurídica primaria, cuando no incluso exclusiva, del Estado prusiano, no tanto por méritos intrínsecos cuanto a consecuencia del letargo de los legisladores provinciales. En efecto, el *ALR* había previsto ex-

presamente la elaboración de los derechos provinciales. Pero esta tarea fue primero pospuesta y más tarde eliminada definitivamente del programa, de modo que el código pudo ocupar fácilmente durante el siglo XIX el espacio reservado inicialmente al derecho local.

c) La estructura feudal del Código prusiano, su capacidad para plegarse a las exigencias tan variadas como decididas de los distintos estamentos así como la imposibilidad de admitir mensajes socialmente unificadores son el resultado inequívoco de la estructura externa del código. La presencia de los estamentos no se esconde ni se omite. Al contrario, el código la recuerda explícitamente, sobre todo allí donde atribuye un ordenamiento específico a cada uno de los estamentos, es decir, un *corpus* jurídico propio. Esto provoca una problemática multiplicación de las reglas y agranda las dimensiones más allá de toda medida.

d) Si de este modo al final falta también, lógicamente, la unificación social, a la espera de que la revolución burguesa permita tratar de modo uniforme una sociedad de desiguales, al menos es explícitamente valorado un último aspecto de la estrategia codificadora, el que se refiere a la uniformidad sistemática para lograr y garantizar la plenitud material. En este punto, nada prohíbe percibir en la compilación prusiana un reflejo fiel del pensamiento ilustrado. Se considera materialmente completa, puesto que impregna, centraliza y ordena de nuevo *todos* los ámbitos jurídicos: el público y el privado, el civil y el penal, el material y el procesal. Sentada esta premisa, las consecuencias fueron en realidad inevitables: la autonomía, la exclusividad, la tendencia a rechazar el recurso a fuentes externas, la aversión instintiva al enfoque científico, desde la simple interpretación –de todas maneras imposible de suprimir– hasta el comentario detallado y sistemático; por encima de estas reivindicaciones, el firme deseo de acabar finalmente con toda una serie de situaciones que se consideraban inextricables y arbitrarias, cuando no claramente vejatorias, y que, por decisión unánime de los políticos y de los eruditos ilustrados, habían sido introducidas todas ellas por la ciencia jurídica, considerada, como vimos, caótica e irracional. Desde este punto de vista, no había salvación posible: había que eliminar esta ciencia junto con el sistema de fuentes que, durante mucho tiempo, había permitido y legitimado su dominio. Al proclamar su exclusividad, el código entendió eludir automáticamente la elaboración científica y bloquear así definitivamente las maniobras perturbadoras y desestabilizadoras de los jueces togados y los abogados.

Si tuviésemos la tentación de criticar este rigorismo como fruto de un

comportamiento veleidoso y de todas maneras perdedor –como demuestra la evolución posterior, que condenó el Código precisamente por haber sido abandonado por la ciencia, que en Prusia era obviamente la propiciada por la escuela histórica–, infravaloraríamos el peso del contexto histórico y, en particular, del convencimiento de que la culpa del caos judicial y de los abusos que normalmente ocasionaba había de atribuirse a la ciencia jurídica y a sus con frecuencia mediocres intérpretes. Precisamente este íntimo convencimiento aconsejaba el código como única alternativa posible, un código que no debía ya depender de la mediación del jurista porque quería ser claro, comprensible y completo. En sus Instrucciones del 17 de abril de 1780, que trazaban las líneas maestras del encargo legislativo asignado a sus ministros, Federico el Grande había sido taxativo: «sin temor y sin remordimientos» y por lo demás con una envidiable amplitud de miras, admitió que la proyectada simplificación del sistema jurídico habría de desmotivar a los juristas, haciéndolos en realidad inservibles. Gran ganancia para el Estado, había añadido cáusticamente el monarca, si a cambio se multiplicaban las personas útiles de un modo muy distinto, es decir, los fabricantes, los comerciantes y los artistas.

## 22. *El Código austríaco (1811)*

También este segundo código fue promulgado como culminación de una larga y controvertida elaboración. El *ABGB* –*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen erbländer der österreichischen Monarchie* [Código general civil para todos los territorios alemanes hereditarios de la Monarquía austriaca]–, recuerda por su duración, aunque no solo por eso, el itinerario recorrido por el *ALR*: me refiero al encuentro de la estrategia estatalista del absolutismo con la ideología emancipadora y garantista de la ilustración; o también al marco político concreto en cuyo seno era posible una reelaboración del derecho privado, aún feudal y por ello aún dominado por la molesta presencia de la monarquía y de los estamentos, así como por el inmovilismo que imponía su precario equilibrio. Precisamente por eso puede sorprender el resultado de esta historia: manifiesta que el código austríaco tiene poco en común con el prusiano. Nace de un modo muy diferente y es portador por ello de un mensaje más moderno y familiar. Tan es así que en su contenido (con las oportunas puestas al día y las necesarias integraciones)

está hoy todavía en vigor, mientras que el prusiano no tuvo nunca una vigencia completa e indiscutida y fue suprimido de manera progresiva a lo largo del siglo para luego ser retirado definitivamente por el Código civil alemán (*BGB*) de 1900. Y por consiguiente, si digo algo de este código, debo centrarme ante todo en estas novedades.

a) Aun promovido por una monarquía que, teniendo todavía que contar con los estamentos, estaba dispuesta a reconocerles sus prerrogativas — todas ellas referidas al modelo social feudal—, el Código asume un enfoque burgués, es decir unitario. Por eso evita las instituciones insertas en la realidad estamental y regula preferiblemente las situaciones accesibles a todos los sujetos jurídicos, prescindiendo en ellas de significados políticos concretos. Era fruto innegable de un difícil equilibrio que obligaba a elegir con ponderación, a trazar una línea segura entre luz y sombra, entre reivindicaciones estamentales y espacios generalizables, entre los límites del presente y las perspectivas del futuro.

Al comprobar los hechos, es decir, al valorar el resultado de este difícil ejercicio, prevalece una impresión positiva, aunque haya que añadir de inmediato que la inesperada coexistencia de programas en parte antagónicos tuvo un precio, si bien hizo que los políticos aplazaran prácticamente *sine die* la aplicación práctica de muchas instituciones importantes del Código. No pudieron arraigar de inmediato puesto que les faltaba el terreno propicio y el espacio político necesario. El existente, ocupado aún por las reivindicaciones estamentales y por el intervencionismo monárquico, les resultaba demasiado estrecho, le faltaba la «libertad» concreta que la burguesía reivindicaba a veces casi en todas partes. En tales circunstancias no quedaba más que esperar. Pero durante esta espera las disposiciones del código no eran papel mojado. Expresaban una esperanza, indicaban el camino a seguir, molestaban sin cesar no solo los sueños, sino también los cálculos de quien no deseaba ningún cambio. *Presionaban por tanto las estructuras políticas*, propiciaban directa o indirectamente su evolución en el sentido deseado. Eran *eficaces*, a su manera y limitadamente, para una situación aún poco favorable.

Menciono deliberadamente esta problemática relación entre la realidad constitucional anclada aún en modelos del pasado y el código de derecho privado ya inserto en perspectivas futuras, pues demuestra de una manera bastante original la vinculación ya propuesta como hipótesis entre las estructuras constitucionales y las del correspondiente derecho privado, es decir, entre Estado y sociedad en general. El rechazo (y la imposibilidad) de aplicar en la práctica

las normas fundamentales de un código ya burgués es testimonio de la «fuerza» implícita que emana de un orden constitucional todavía no establecido. Resulta entonces obvio considerar que la abolición definitiva de las estructuras feudales, impuesta a todos los países y a las provincias del vastísimo Imperio en los años sesenta del siglo XIX, estableció implícitamente las premisas para la realización concreta, finalmente incondicionada y general, de todo el código.

b) Quien después se pregunte, como es oportuno, acerca de las causas específicas de la estructura ya claramente burguesa del código, se topará antes o después con la imponente presencia (y sería mejor decir omnipresencia) kantiana, que puede explicarse fácilmente solo con pensar en el papel decisivo representado por Franz von Zeiller en la fase final de la codificación. Seguidor atento y convencido del filósofo de Königsberg, se convirtió en 1796 en el ministro responsable de la elaboración de los últimos proyectos del código. Aprovechó ampliamente la ocasión para reelaborar lo que se había preparado hasta entonces, suprimiendo de los proyectos las máximas y las reglas que aún se referían a una concepción precrítica del derecho natural y que por eso consideraban el derecho privado solo en función de la realización de fines preestablecidos, en particular los eudemónicos. A cambio, concedió espacio a las grandes intuiciones kantianas, que iban en realidad en otra dirección y que llegaron a ser pronto la premisa filosófica implícita en la nueva civilística. Pienso ante todo en la separación entre derecho y moral y, por lo tanto, en la concentración del derecho privado –que pudo así experimentarse de manera concreta– en ámbitos formales y externos. Esto derivaba necesariamente del hecho de que el reconocimiento de la autonomía privada cambiaba el orden que se había respetado hasta entonces, y dejaba a la competencia o a la libertad de los sujetos jurídicos la decisión sobre las finalidades concretas que podían lograrse activando los derechos privados. Todo ello, obviamente, solo tras haber señalado el derecho de la personalidad, es decir, la libertad inherente a la capacidad jurídica, como el único *derecho innato* de verdad y que, como tal, pertenecía a todos en general. Desde este punto de vista, la generalización de la subjetividad jurídica, que he considerado la clave de bóveda del nuevo sistema, no provenía de un juicio jurídico-político, no era el resultado de una decisión más o menos oportuna, más o menos acertada y minuciosa del legislador, sino que era la consecuencia filosófica inevitable, por automática, de la intuición que alejaba la subjetividad jurídica de la libre disposición del legislador para convertirla en un atributo indisolublemente ligado a la vida de cada uno: *connatum* precisamente en este sentido literal.

c) Hay, además, un último aspecto que no querría omitir, pues atestigua de manera realmente clara y convincente la modernidad de este código. Me refiero a la solución para resolver el problema de la plenitud. Condicionado inicialmente por la teoría de la legislación compartida por la ilustración con una función estatalista y emancipadora –como se ha visto al analizar el caso prusiano–, se libera finalmente de ella en el momento oportuno para llegar a una solución más flexible y, por lo tanto, también más realista. Aun aspirando a lograr la plenitud como tendencia, el código reconocía *ab initio* sus propias lagunas. Sin convertirlo en un drama, afrontó serenamente el problema y enumeró en el famosísimo § 7 las fuentes subsidiarias a las que se debía acudir para colmar las lagunas, en particular la analogía, la costumbre y los «principios del derecho natural» que, con su polisémica falta de precisión, le permitieron desarrollarse, enfrentándose con la necesaria seguridad a las amenazas del futuro. En efecto, son incontables las interpretaciones de esta cláusula que se propusieron a lo largo del siglo XIX. Respondían, con su diversidad, no tanto a la lógica formal cuanto al deseo de proyectar en el código la luz del momento y, por eso, también de «leerlo» en sintonía con las opciones políticas que iban apareciendo.

De esta manera los «principios del derecho natural» del § 7 se relacionaron en un primer momento con la teoría iusnaturalista profesada por el propio Zeiller y que ahora sabemos cuánto debía al criticismo kantiano; o también con el derecho romano común del que se quería confirmar así su papel subsidiario y básicamente anticodificador; o con la «naturaleza de las cosas» que había exigido tanto espacio en la reflexión iusnaturalista de la segunda mitad del siglo XVIII; finalmente, en la época liberal, según la citadísima frase de Franz Klein, con «el derecho civil de la sociedad del individualismo económico». Así pues, fue posible en realidad, como conclusión de una temeraria parábola, someter el código a la lógica de la nueva economía tal como había sido descubierta y descrita por Adam Smith. Se recomponía de esta manera un binomio clásico que aproximaba y ponía en relación la filosofía de Kant con la economía clásica de Smith. Es legítimo, indudablemente, vincular la sorprendente vitalidad del Código austríaco a este extraordinario acoplamiento (que todavía hoy fascina deslumbrando o deslumbra fascinando). Durante mucho tiempo se mantuvo intacto también en aquellos países que se separaron del Imperio de los Habsburgo tras 1918 para gobernarse autónomamente; y, como he dicho ya, continúa regulando las relaciones privadas en el nuevo Estado austríaco nacido en 1945 de las ruinas de la segunda guerra mundial.

d) Quisiera llamar la atención del lector sobre un último episodio vinculado al problema interpretativo que se acaba de recordar: se refiere al singular encuentro que se produjo en la segunda mitad del siglo XIX entre la naciente pandectística alemana y el código aquí estudiado.

La monarquía puso en marcha, a mediados de siglo, una radical reforma de los estudios académicos, aterrorizada por la amplitud que en todo el Imperio habían alcanzado los desórdenes de 1848, por la parte que habían tomado en ellos los intelectuales e incluso los juristas y obviamente deseosa de evitar en el futuro turbulencias semejantes. Los cambios previstos para el currículo jurídico derivaban de las experiencias adquiridas en 1848: intentaban suprimir la inspiración iusnaturalista de los estudios y sustituirla por un sólido fundamento histórico, con la intención obvia de contribuir de esta manera a formar juristas menos visionarios e inquietos y más fieles al poder constituido.

Era fácil prever lo que esta nueva orientación provocaría en el terreno civilístico. El código fue apartado literalmente de la «lectura» exegética dominante hasta entonces y fue confiado a los cultivadores del método histórico, concretamente a los representantes de la vía pandectista que se afirmaba cada vez más como un método ampliamente vencedor en los países germanos. Comenzó así la *pandectización tardía*, algo así como la venganza savignyana frente a la arrogancia (se dijo) y la indisciplina codificadora. Hay que distinguir dos aspectos de este episodio y tratarlos aquí por separado.

a') El primero se refiere al *procedimiento técnico* que se siguió para aproximar dos mundos tan diferentes y, al menos al principio, antagónicos. Marcado como estaba por la convicción de que la solución preferible era siempre la de buscar en los materiales romanos, sugirió interpretar el *ABGB* a la luz de estos y considerarlo como uno más entre los muchos ordenamientos históricos locales que giraban más o menos libremente en torno al planeta del derecho común. Este método, que Savigny había comenzado en las (escasas y desacralizadoras) lecciones dedicadas al Código prusiano, surtió pronto los efectos deseados porque, al fin, el *ABGB* se mostró ante los ojos de los pandectistas alemanes y austríacos, a quienes la reforma de los estudios jurídicos de 1855 había llevado sistemáticamente a enseñar derecho privado en las facultades jurídicas del Imperio, como un indescriptible cúmulo de errores, malentendidos, imprecisiones y equívocos, signo, más que de falta de fidelidad, de ignorancia (por no decir algo peor) del derecho romano. Frente a ellos, no quedaba más que la dura estrategia de la corrección. Por medio de

interpretaciones o reinterpretaciones (quizá muy arduas, por no decir temerarias) estos nuevos civilistas intentaron corregir así esta interminable serie de despropósitos y crear el espacio necesario para volver a poner en vigor la vieja doctrina que precisamente el código había pretendido eliminar definitivamente. Insisto en un hecho: era un procedimiento previsible, obvio; incluso justificado desde el punto de vista romanista. Pero, de todas maneras, rozó el ridículo cuando, a partir de 1877, se publicaron los materiales que habían de permitir un juicio más sereno y documentado sobre la elaboración del *ABGB*, pues demostraban de manera indiscutible lo insostenible de las tesis romanistas. Y, en particular, mostraban que todas las reglas del código que, de una manera o de otra, se alejaban del presunto modelo romano, no eran el fruto malsano de la ignorancia o del error, sino de una serena reflexión jurídico-política. Razones concretas y atendibles habían sugerido abrir nuevos caminos: estas razones eran la verdadera historia, precisamente la historia que los pandectistas, por su disposición estructural, no podían identificar sin descalificarla al mismo tiempo.

*b')* El segundo se refiere al *valor jurídico-político* de toda esta operación, que no se puede comprobar ni de inmediato ni fácilmente, porque las ideas fundamentales de la escuela histórica sirvieron manifiestamente para legitimar mensajes jurídico-políticos de inspiración diferente y a veces incluso opuesta. En el caso austriaco, al principio existía el deseo de alejar a los juristas del entusiasmo por el iusnaturalismo y de instruirlos en sentido conservador. Más tarde prevaleció una pretensión diferente: la de elaborar una doctrina más acorde con las reivindicaciones liberales, en otras palabras, una doctrina que reivindicase ya la autonomía del derecho privado frente al público y que lo presentase así como el derecho privado de una sociedad liberada de la tutela estatal y concebida en función de la autonomía privada. No es una casualidad, me parece, poder afirmar como conclusión que la época de oro de la pandectística austriaca coincidió con el breve período liberal que marcó la transición del régimen del neoabsolutismo al del Estado social.

### 23. *El Código francés (1804)*

He dejado para el final este conocidísimo código, incluso si esto ofende la cronología y provoca cierta perplejidad. Pero, a cambio, esta decisión permite considerar el código francés como una conclusión finalmente equilibrada de

un largo recorrido plagado de dudas, reticencias y virajes provocados todos ellos por la inestabilidad política. Al término de este recorrido, con frecuencia imprevisible y desconcertante, surgió un código lineal, simple y homogéneo. Sin insistir demasiado en la historia externa del *Code* ni en el lugar que desde siempre se le ha asignado en la historia (jurídica, pero no sólo) europea – pues doy por sabidas estas nociones –, intentaré aquí arrojar luz sobre aspectos menos conocidos pero no por ello marginales. Estas rápidas incursiones permitirán tener una opinión muy diferente, aunque también harán tambalearse algunas convicciones arraigadas.

a) También el *Code* tiene una larga historia, interminable. Si quisiéramos seguir su ascendencia legislativa, se remonta en primer lugar al siglo XVIII (*Ordonnances* de Daguesseau) y después al XVII (*Ordonnances* de Colbert). No menos remotas son sus raíces doctrinales: pensemos tan solo en las obras de Jean Domat (1625-1696) y de Robert-Joseph Pothier (1699-1722) quienes desarrollaron, a título diferente y en momentos distintos, un papel paradigmático. La revolución y, en particular, el derecho intermedio (*droit intermédiaire*) que esta promulgó apresuradamente interrumpieron esta lenta elaboración. Pero llegó después la vuelta definitiva a la normalidad, en la serena atmósfera posrevolucionaria: el ambiente ideal al que el *Code* debe precisamente la elaboración definitiva; un *Code* que, al final, aparece realmente como el aceptable resultado de una difícil mediación entre tradiciones históricas poco uniformes. «Una transacción», añado citando un conocidísimo pasaje del *Discurso preliminar* de Portalis, «entre el derecho escrito y las costumbres» (Fenet, *Recueil complet*, I, 481).

b) A veces me pregunto si presentando el *Code* así se le hace en realidad justicia. De vez en cuando tengo la impresión de que al insistir en la larga historia de sus orígenes, de la que –por lo demás– no reniega, se está olvidando algo fundamental: que, pese a todo, se quiso y se puso en vigor recomponiendo fragmentos históricos, no tanto para confirmar como *para cambiar*. Sabemos, por lo demás, remitiéndonos a lo ya dicho, que un código no puede sino innovar y por lo tanto cambia el derecho aun sin quererlo. Al unificar en tres ámbitos, innova en tres niveles: está vigente de manera uniforme en todo el país, se erige como fulcro del universo jurídico-privado (y suprime por tanto el valor subsidiario del derecho romano, sin por ello designar todas las nuevas fuentes subsidiarias, lo que provocó después las inseguridades y los excesos de la escuela de la exégesis) y, finalmente, habla de modo uniforme a todos los franceses. Todo esto correspondía a un deseo propuesto a menu-

do por el tercer estado y formulado con clásica simplicidad en un *Cahier* de 1789: «Se redactará un código civil, simple, preciso y uniforme para todo el reino. Este código será el de la naturaleza y la razón, en cuanto excluye los usos locales y particulares y todas las instituciones arbitrarias». Por ello creo que se puede concluir este punto afirmando que el *Code* renovó profundamente el orden del derecho privado en Francia, como comprobaremos ahora de manera concreta.

c) Bastaría, por lo demás, con reflexionar sobre un hecho incontrovertible e indiscutible para convencerse de ello definitivamente: el de 1804 fue el primer código civil elaborado exclusivamente por la burguesía, y por ello trataba de ser capaz de satisfacer sobre todo sus expectativas y sus aspiraciones, tanto con su forma como con su contenido. La forma es, obviamente, abstracta, siguiendo el razonamiento de Montesquieu según el cual el poder legislativo «no se ejerce sobre ningún particular, pues solo es [...] la voluntad general del Estado» (*El espíritu de las leyes*, XI/6). Esta forma abstracta, que alentó más tarde un auténtico culto al legalismo y a la subsunción, recuerda providencialmente un hecho sobre el cual reflexionamos de tarde en tarde: que precisamente una opción formal, como puede ser la favorable a la abstracción, puede contribuir a la realización de postulados jurídico-políticos concretos.

La valoración no difiere respecto al contenido. Las instituciones clave del *Code* corresponden todas ellas a la lógica del individualismo y del liberalismo y, por lo tanto, a la «filosofía» profesada por la burguesía. Son las enumeradas ya repetidas veces: el rechazo de los vínculos, la generalización del sujeto jurídico, la preeminencia de la voluntad individual (bajo la conocida forma de autonomía privada), el fundamento consensual del derecho contractual, la estructura igualitaria del derecho de sucesiones y, finalmente, la concepción individualista, absoluta y exclusiva de la propiedad. Esta resumía todo pero también lo dominaba todo, si es que es verdad que todo el código había moldeado sus alternativas en torno a las del *burgués propietario* para quien la medida del éxito no estaba tanto en la adquisición de propiedades, como —lo veremos a continuación— en la *eficiente valoración* de las cosas así adquiridas. En otras palabras, el *Code* no se refiere a personas abstractas, no se dirige a sujetos jurídicos concebidos uniformemente como titulares de la autonomía privada. Más bien se identifica con quienes saben y pueden encontrar soluciones, promueve la iniciativa y premia el éxito. En otras palabras, es el código del hombre *como propietario*. Como, por lo demás, había intuido

justamente el tribuno Sédillez quien, en el debate del 30 de abril de 1803 sobre las liberalidades, resumió la inspiración de fondo del *Code* recordando a todos que «aunque se ocupe de las personas, es siempre en consideración a una propiedad cualquiera que les pertenece o que puede pertenecerles».

d) Y sin embargo no todo es tan obvio, seguro y evidente como se podría creer. No todo se inserta tan armónicamente en el estupendo mosaico preparado por el grupo que había salido vencedor de la gran revolución. Al mirarlo a contraluz o incluso solo «de manera diferente» el código puede sorprender, pues desvela inclinaciones inesperadas y actitudes contradictorias. No podemos decir de ellas, interpretando mal o evitando el obstáculo una vez más, que son la consecuencia de olvidos, confusiones o errores, pues en realidad derivan de opciones precisas y demostrables. Debemos tenerlas en cuenta y tomarlas en serio para llegar a un juicio histórico plausible y convincente, y esto aunque –como dice– tuviesen que destruir o hacer vacilar alguna cómoda certidumbre. Me limito aquí a señalar tres ejemplos.

a') El Código civil francés ha sido celebrado con frecuencia como monumento del liberalismo, pero debo añadir que con razones convincentes. No es la menos concluyente el haber reconocido la absoluta preponderancia de la autonomía privada. Sin querer interferir en los ámbitos que le reservó, se limitó a preparar (liberándolos de eventuales obstáculos) los caminos que debían permitirle después una expansión ideal, como lo confirma con detalle uno de los artículos más importantes de todo el código, el art. 1134: «Los acuerdos legalmente establecidos suplen a la ley para quienes las han realizado».

Recientes investigaciones, que ya no se han contentado con esta interpretación tradicional y casi ritual, sino que han excavado en el terreno todavía básicamente inexplorado de la praxis, han hecho surgir otra verdad. Esta última desvela despiadadamente que tras este código tan liberal y permisivo, que se remite en todo a las decisiones de los sujetos jurídicos, actúa en realidad una *tendencia represiva*, poco visible pero eficaz, que se remite más a Hobbes que a Locke, transida más de pesimismo que de optimismo e indudablemente más absolutista que liberal. ¿Qué debemos pensar de esta manera realmente nueva de «leer» el Código? Quizá sea necesario comenzar de lejos si queremos advertir la fiabilidad de esta nueva interpretación de la que yo, quisiera adelantarla, no dudo lo más mínimo.

Cuando se mencionan las nuevas posibilidades que el derecho burgués confiere a los individuos –y ante todo la capacidad jurídica, que pre-

cede cronológicamente a todas las demás y las resume en abstracto— olvida por lo general mencionar el beneficio. La burguesía no amplía graciosamente estas oportunidades (por llamarlas ahora así) a los sujetos jurídicos. Se las da para que hagan de ellas un uso conforme con las expectativas implícitas en el nuevo sistema económico. En consecuencia, no está dispuesta a tutelar cualquier interpretación de estas libertades, sino que *obliga* a los titulares a hacer de ellas un uso eficiente y que aumente su valor. Si esta previsión no se cumpliera, intervendrían sin perder tiempo el legislador o el juez para inducir al titular de derechos subjetivos a ejercitarlos no según sus propias (y quizás singularísimas) decisiones, sino conforme a las expectativas predominantes en el grupo. Si se acepta esta premisa, en la que no quiero profundizar aquí (como sin embargo merecería), comprenderemos entonces fácilmente que el derecho burgués no se limita a confirmar la autonomía de los individuos. Sabe que la renuncia que impone esta apelación podría incluso no convenirle en ocasiones, quitándole los medios para imponer a los sujetos jurídicos su propio programa. Y, por lo tanto, interviene cuando es necesario, limitando o incluso revocando la libertad de decidir de los individuos y sustituyéndola en estos casos excepcionales por sus propias opciones e imponiéndolas autoritariamente a los sujetos de derecho. Si interpretamos el código desde esta perspectiva, descubrimos de repente un mundo que ha permanecido hasta ahora en la sombra. Nos damos cuenta así de que el código dispone de muchas estrategias para obviar el peligro de un ejercicio deficiente, irracional y parasitario de los derechos subjetivos: *impulsa, disuade, castiga, premia, prohíbe y expropia*. Destruye de esta manera el mito de la igualdad y contrapone a los planes burgueses el de la desigualdad funcional. Podríamos también decir que, vistas finalmente las cosas desde esta perspectiva, el sentido originario de la autonomía privada ha sido corregido y modificado para convertirlo ahora en un instrumento de disciplina social.

No es entonces difícil compartir las críticas mencionadas. Es lógico y razonable considerar que, en contra del enfoque generalmente acreditado, la supuesta importancia de la autonomía privada es quizá inexistente por ser fruto de una ficción; y que en realidad tiene solo un carácter residual, se reduce a poca cosa, se ejerce en ámbitos del todo marginales y por lo tanto poco representativos.

*b')* A continuación, por lo que se refiere a la propiedad y en particular a la inmobiliaria, a la que dedico el segundo ejemplo, la diferencia entre situaciones diferentes y no todas previstas, en todo caso no todas igualmente de-

seadas, es todavía más evidente y preocupante. Intento probarlo, resumiendo aquí al menos los términos del problema.

Corresponde indudablemente al modelo dominante el concepto de propiedad que se desprende del art. 544 del *Code*: propiedad como el derecho de un único titular de gozar y (sobre todo) de disponer de *toda* la cosa de modo *exclusivo y absoluto*, aunque dentro de los límites del orden jurídico y según las modalidades señaladas en este orden como prioritarias. Quien tuviese la tentación de insistir en el absoluto predominio conferido así a la autonomía de decisión del propietario, esto es –por usar la expresión histórica– a su *libitum*, debería releer antes que nada lo que acabo de decir en tema de reconocimiento de la capacidad jurídica. Si le otorgaba al propietario el derecho de desplegar su propia iniciativa frente a las cosas poseídas no era sin segundas intenciones, pues dicha facultad se concedía en el ámbito de un ordenamiento económico y jurídico-privado que apostaba todo a la carta del ejercicio *dinámico, eficiente y valorizador de la propiedad*, de una movilización óptima, esto es, total de todas las energías disponibles; por lo cual el prototipo del propietario no era, desde luego, el del burgués satisfecho, indolente o acumulador, sino el del burgués dinámico, activo, inclinado también al riesgo pero, sobre todo, atento a incrementar valores y patrimonios. Con la serenidad distante que solo se concede a los mejores escritores, Stendhal lo había comprendido al vuelo: «El código civil llega rápidamente a todos los millonarios, divide las fortunas y obliga a todo el mundo a valer algo y a venerar la energía».

Pero nada de esto, en realidad obvio y previsible, nos autoriza a ignorar la repetición de situaciones que al mismo tiempo contradecían el modelo recién diseñado, relativizando de manera llamativa el predominio prácticamente absoluto del «propietario solitario» que todo lo podía si todo lo quería. Estas situaciones eran expresamente «toleradas» (por no decir más) por la doctrina de la escuela de la exégesis, e incluso sancionadas por la jurisprudencia de los tribunales; recordaban, por más de una razón, modelos del pasado que se consideraban (sin motivo) definitivamente arrinconados por el nuevo código. Me refiero en particular a la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, o bien al reconocimiento teórico y práctico de casos en el centro de los cuales dominaba no la unidad, sino el *fraccionamiento de la propiedad* entre varios titulares. Correspondían más al modelo feudal de los *plura dominia* que al deseo burgués de unificar también en el ámbito de la propiedad, es decir, de concentrar *todas* las prerrogativas del propietario

*en una sola mano* para facilitar una disposición económicamente eficaz del valor inherente a las cosas.

c') Cuando repetimos que el *Code civil* fue el primer código enteramente burgués pensamos obviamente también en que por primera vez pudo dirigirse de manera uniforme a todos los franceses sin distinciones, uniéndolos, como vimos, bajo el signo de la subjetividad jurídica. Es fácil imaginar la tentación implícita en este razonamiento, corroborada después por el aspecto deliberadamente igualitario subyacente en determinadas instituciones centrales del derecho privado: la de idealizar el código y, por lo tanto, considerarlo una gran *conquista democrática*. Pero también aquí, antes o después, la verdad sale a la superficie; era verdad que el código se dirigía a todos de la misma manera, concedía a todos la misma libertad, obligaba a todos a una misma disciplina e imponía a todos las mismas reglas de juego. Pero no por eso era el código de todos. Seguía siendo el código soñado y deseado por algunos, era por lo tanto un código para una parte. Y a esto nos referimos obviamente cuando decimos que es un código burgués. Por eso es necesario comprenderlo e interpretarlo a la luz de los deseos, de las ambiciones, de los programas de *la parte* a la que prefiere servir, pues solo así le haremos justicia y corresponderemos a sus intenciones. Por este motivo me parece totalmente fuera de lugar reprocharle su notoria indiferencia –por no decir nada más ni peor– hacia el altruismo, la solidaridad y la caridad; o también la falta de «apertura social» que permitiese intervenciones excepcionales para tutelar al contratante más débil, al propietario de una finca enclavada entre otras ajenas, etc., porque creo que estos valores no estaban incluidos en el marco ideológico de la burguesía, le eran alarmantemente ajenos, solo molestaban sus cálculos. ¿Por qué habrían tenido que estar presentes en el código que la burguesía había modelado en función de su propio programa?

Quisiera resumir el sentido de estas descripciones diciendo que no es el caso de omitirlas ni de esconder las contradicciones que reflejan, pues enriquecen saludablemente el cuadro global en el que el código representa un episodio casi simbólico. Y nos recuerdan una vez más las oportunidades, con frecuencia diferentes cuando no de signo contrario, que solo la abstracción del código permitía colocar en el mismo plano. Lo que hubiera sido inconcebible y por ello irrealizable en un código todavía no desmaterializado como el prusiano, se convierte entonces de golpe en algo realizable con el abstracto *Code civil*. De esta manera, se trasplanta sin dificultad a los numerosos países engullidos por la voracidad expansionista de Napoleón, aunque en

ellos subsistieran normalmente condiciones políticas y sociales distintas de las francesas; incluso se reivindica en ocasiones por personas y grupos cuyas aspiraciones le eran sustancialmente ajenas. Por ello no parece fuera de lugar concluir estas reflexiones citando una afirmación de Engels de 1890, según la cual no es frecuente «que un código sea la expresión ruda, dura y pura del dominio de una clase».

e) Si insistimos además en el carácter fragmentario de los códigos y pensamos que también el *Code civil* puede ser comprendido y descrito como un elemento de una urdimbre más amplia y compleja que refleja los valores o los significados que de ella van surgiendo, llegamos a una nueva interpretación de su historia. Quiero recordarla para concluir porque la considero digna de reflexión y, en todo caso, estimulante.

En contra de una opinión acreditada y nunca puesta realmente en duda, el *Code civil* no fue aclamado al principio como un triunfo del individualismo jurídico. Por el contrario, se presentó como una pieza de un mosaico que obedecía a una estrategia *más estatalista que individualista* y, por lo tanto, más preocupada por la igualdad que por la libertad. Su contexto estaba ocupado sobre todo por el derecho público y, en especial, por el administrativo, es decir, por un derecho dispuesto a intervenir, modificar, corregir y compensar para garantizar el mínimo de igualdad material que una concepción aún estatalista del derecho privado consideraba irrenunciable. Naturalmente, también esta nueva «lectura», que tiende comprensiblemente a sugerir una continuidad sustancial entre el derecho privado del antiguo régimen y el previsto por el *Code*, deberá enfrentarse antes o después a otras interpretaciones de signo contrario; por ejemplo, a aquella a la que correspondían implícitamente muchas de las reflexiones propuestas hasta aquí y que consideraba que el Código (también) era fruto de la «filosofía» jurídica de la revolución francesa.

Sin embargo, a partir de mediados de siglo la trayectoria se resquebraja y –añado ahora de modo algo inapropiado– cambia de dirección. El deseo cada vez más apremiante de reivindicar la autonomía de la sociedad y de liberar el mercado de cualquier intervención externa por ser ajena al juego de la competencia altera la lógica del mosaico que rodea al *Code*. Le confiere –a través de una interpretación encauzada de forma diferente– nuevos significados de cuño inequívocamente individualista. Llegados aquí, no sorprende recordar que este «cambio de paradigma», como se dijo a consecuencia de la terminología creada por Thomas S. Kuhn, obliga a remontarse una vez más a

la escuela histórica; y si no al conjunto de sus instancias metodológicas, sí a su corriente pandectística y a lo que se consideró su fundamento jurídico-filosófico. También los nombres que circulan en los escritos de los promotores de este cambio son los conocidos y ya mencionados en el similar contexto austríaco: Savigny, Kant y Adam Smith. Tres nombres en una guirnalda, la del derecho romano. Yo también tendría la tentación de exclamar, más o menos resignado, que la historia se repite. Pero no es verdad, no puede ser verdad, incluso si el historicismo (al menos el de extracción pandectista) depositó por doquier los huevos en el nido de la codificación. Así pues, sigo preguntándome: ¿cuándo nos pondremos a reflexionar en serio (es decir, de manera diferente) sobre la historia reciente del derecho romano y sobre los significados reales adoptados por sus repetidos injertos en el árbol de la codificación?



LECCIÓN VI  
UNA RÁPIDA OJEADA AL CÓDIGO CIVIL SUIZO DE 1907

*24. Introducción: una justificación*

Si tuviera que continuar describiendo la historia de la codificación según el modelo seguido hasta ahora, tendría que tratar todas las codificaciones que vieron la luz en el continente después de 1812 o al menos aludir a ellas brevemente. Son muchas y, obviamente, también muy diferentes, y reflejan con exactitud las peculiaridades (políticas, sociales, económicas, culturales) de países realmente muy distintos.

Pero no deseo recorrer este camino. Me llevaría demasiado lejos, aunque en realidad me limitase a subrayar los aspectos más relevantes y peculiares de cada uno de los códigos, sin mencionar que, evidentemente, en algunos casos me faltaría incluso la competencia. Y, por último, creo poder prescindir de semejante rodeo puesto que hoy existen preciosos recursos bibliográficos capaces de suministrar con rapidez todas las informaciones deseadas para hacerlo de manera fiable. Prefiero remitir a ellos y delegarles la tarea de contar –siguiendo las huellas de los numerosos códigos promulgados en los diferentes países– cuál fue el destino de la idea codificadora a lo largo del siglo XIX. Después de comprobarlo, será fácil advertir un hecho: que estas sucesivas codificaciones, incluidas las nacionales de la segunda mitad del siglo, se alejan poco en general del concepto compartido hasta ahora y de los modelos propuestos por los tres códigos que se acaban de examinar. Si existen, las desviaciones son, en conjunto, reducidas.

En cuanto a mí, que reivindico de este modo el privilegio de no ver mi río perderse en mil riachuelos, quisiera profundizar más bien en un episodio reciente de esta larga historia y echar una ojeada a un código que conozco mejor que otros, pues todavía está vigente en el país en el que vivo: me refiero al Código civil suizo (en adelante CCS) promulgado por unanimidad por el Parlamento federal en 1907 y puesto en vigor en 1912. Si lo hago no es obviamente por amor a mi patria, sino porque este código se aleja llamativamente de los modelos a los que hasta entonces se habían sumado (o en los que inclu-

so se habían apoyado) los otros códigos europeos. Tanto por lo que se refiere a la forma como al contenido, recorre otros caminos y se muestra en seguida como un producto «distinto», difícil de describir y más aún de catalogar. Así pues, al estudiarlo nos tropezaremos con nuevos aspectos de la historia de la codificación que hasta ahora habían quedado en la sombra.

### 25. *Un código orgulloso y original*

El CCS goza desde siempre de una fama quizá más bien peculiar: la de ser un código orgulloso y original. Mirándolo bien, recuerda al mismo tiempo aspectos distintos y no necesariamente vinculados que es oportuno distinguir también en esta breve ojeada.

a) El primero de ellos se refiere a la relación teórica concreta entre el código y los grandes modelos surgidos a lo largo del siglo XIX. Mientras casi todos los códigos cantonales habían sido elaborados siguiendo el modelo de uno de ellos, prefiriendo, en particular, el austríaco y el francés, el CCS tomó otro camino. Tuvo la máxima consideración por todos los códigos existentes, pero prefirió no elegir un modelo concreto de manera exclusiva. El mismo enfoque doctrinal sirve también para la tradición histórica: no hubo en particular ninguna adhesión, ni exclusiva ni preferente, a favor de una u otra de las corrientes surgidas en el seno de la escuela histórica. El código hizo un uso a la vez pragmático y sin prejuicios de todos los materiales disponibles, de los históricos y de los coetáneos, de los locales y de los foráneos; un uso que, por lo demás, fue sugerido por la perspectiva jurídico-política que subyacía de manera manifiesta tras las opciones del legislador. Por ello, fueron valorados en concreto todos los materiales que, de un modo u otro, servían para erigir el nuevo edificio, pues ofrecían respuestas idóneas para resolver problemas actuales. Sentadas estas premisas, fueron reunidos sin atender demasiado a su específica procedencia geográfica o histórica. De esta manera, el resultado es muy previsible: en el CCS encontramos imbricadas una junto a otra soluciones de origen romano y germánico, reglas tomadas de los códigos cantonales o de algún código extranjero y también respuestas nuevas examinadas de raíz cuando solo así era posible resolver de forma satisfactoria un problema jurídico del presente.

b) La singularidad del CCS deriva en segundo lugar de haber intervenido a veces con su prestigio en una disputa científica todavía abierta y

haberla concluido, por así decir, no por el valor de los nuevos argumentos, sino por la autoridad (y a veces también la influencia) de la solución legislativa. Pienso, por citar de inmediato el ejemplo más conocido, en la reflexión antipositivista, que en Francia se había visto muy favorecida por la obra de François Géný y en Alemania había provocado incluso el nacimiento de una nueva línea metodológica y de una nueva escuela, la escuela del «derecho libre» (*Freirechtsschule*). Esta última entendía reaccionar tanto contra la letárgica rutina de la escuela de la exégesis como contra la pretensión sin duda totalitaria –y por eso amenazadora de una manera muy diferente– del nuevo código alemán (BGB), insistiendo sobre todo en la libertad y en los poderes inherentes a la actividad jurisdiccional, arrojando una luz nueva y diferente sobre las cláusulas generales y animando en general a no sobrevalorar el alcance de las soluciones legislativas atribuyéndoles un valor desproporcionado que, en realidad, no querían ni podían reivindicar.

Cuando se publicó en 1904 el proyecto oficial del CCS, muchos interlocutores de esta discusión europea descubrieron en él respuestas útiles, claras y definitivas, las que solo una ley podía proponer. Son precisamente esas respuestas, universalmente conocidas por lo demás, las que provocaron la notoriedad del código y le confirieron la aureola de originalidad. Me refiero obviamente a los artículos del título preliminar y, ante todo, al que (con una involuntaria jactancia) pone en el mismo plano al juez y al legislador, y también a las cláusulas generales (buena fe, prohibición del abuso de derecho) o a la obligación de resolver ciertas controversias según el derecho y la equidad. Si en el caso mencionado en primer lugar la originalidad provenía de la posición autónoma del código frente a la tradición, en este segundo caso vino determinada por una contingencia externa, esto es, por un problema discutido en el continente casi en todas partes y ligado a experiencias codificadoras concretas.

c) También me parece posible una reflexión semejante en atención a un tercer y último aspecto: el código suizo pudo sentirse asimismo orgulloso y original porque, al ser promulgado pocos años después de la entrada en vigor del BGB (1900), se mostró de inmediato como una contrafigura menos exagerada, es decir, más sabia y creíble y también más accesible. La proximidad cronológica y la contigüidad geográfica facilitaron la comparación y esta mostró de inmediato el contraste, que puso de relieve la «diferencia» del nuevo código. Se refería tanto a la forma como al contenido: en el código suizo todo era menos completo, menos preciso, menos definitivo. Pudo de esta manera convertirse también en objeto de previsible admiración por parte de todas

aquellas personas que, aun admitiendo la supremacía del BGB alemán (más teórica que realmente científica), señalaban también (con cierta desolación) su extrema frialdad, por no hablar de la exhibición de indiferencia ante los problemas reales de una sociedad no demasiado pacífica. Si el código suizo fue preferido con frecuencia, lo fue precisamente por su planteamiento deliberadamente modesto, por su lenguaje accesible y también por su innegable apertura social sobre la que volveré a reflexionar. Todo concurría para despertar simpatías, planteando así de nuevo el eterno tema del dispar enfrentamiento entre David y Goliat.

## 26. *Un código popular*

El CCS, que unificó el derecho privado sesenta años después del nacimiento del Estado federal (1848), es frecuentemente considerado un código popular y, por ello, teóricamente contrapuesto a las codificaciones que se dirigen más bien a los especialistas del derecho. Este segundo aspecto no provoca en realidad nada de asombro, sino que confirma la tesis ya formulada que admite la existencia de un nexo fuerte y necesario entre constitución y código. Si es cierto que el código fue elaborado en una estructura política tradicionalmente democrática y republicana, este hecho debe reflejarse necesariamente en el código, ya sea por la forma externa elegida para formular los preceptos de la ley (como veremos ahora), ya sea por el contenido concreto (como veremos en el punto siguiente).

a) En una democracia directa, las leyes son hechas por el pueblo para el pueblo. No son mensajes cifrados que requieren únicamente de la competencia del profesional. Si deben valer de igual modo para todos, deben ser accesibles a todos. Para alcanzar este resultado, que es asaz ambicioso, el legislador tuvo que adoptar decisiones muy claras. Se limitó a decir pocas cosas, sobre todo las que consideraba indispensables (evitando detalles y casuística); las dijo de forma ordenada y llana; y las formuló con un lenguaje simple y comprensible, cercano a la realidad de la vida cotidiana al ser concreto y variopinto. Era también un lenguaje —ya se habrá comprendido— que evitaba cuidadosamente la abstracción y el laconismo de los conceptos y de las expresiones técnicas preferidas por los juristas, pero que, en cambio, no desdeñaba repetir locuciones proverbiales con tal de llegar de inmediato y sin mediaciones a la inteligencia y la conciencia del hombre común.

b) Además, en una democracia directa los jueces togados son una excepción. El legislador lo tuvo en cuenta de manera patente en el momento de formular las reglas y de distribuirlas en el código. Se explican así algunas eliminaciones llamativas respecto a la tradición continental: la renuncia a una parte general (que no era previsible tras el ejemplo establecido por el BGB); el deseo de evitar al juez largas y complejas deducciones al poner a su disposición un texto concreto y «legible» y, por lo tanto, directamente aplicable; la tendencia a no condicionar o dominar en exceso su trabajo, tendencia que demuestra mejor que otros detalles la confianza del legislador en el juez popular y la convicción de que solo una amplia libertad de movimientos puede garantizar una aplicación atenta e imparcial de la ley. Es sabido que, en este punto, los jueces suizos defraudaron estrepitosamente las expectativas del legislador. No apreciaron demasiado la libertad que se les concedió. Aterrorizados por el *horror vacui*, prefirieron por lo general la analogía al «salto en el vacío» que les sugería, cuando no les imponía, el artículo introductorio del código.

c) También el carácter popular tiene su reverso, como las monedas. En nuestro caso, bajo forma de inexactitudes, imprecisiones y ambigüedades lingüísticas, lagunas materiales y dudas sistemáticas. Sin embargo nada de esto impidió el nacimiento y el fortalecimiento de la civilística suiza, dedicada en primer lugar a la implantación científica del nuevo código en el trasfondo de la tradición continental. Con ella se cerraba un largo y significativo capítulo de la historia jurídica suiza y se abría otro nuevo en el que todos nos debatimos aún. Durante siglos el país había sido alérgico a la ciencia jurídica (por no decir algo peor), pues la consideraba materialmente superflua y políticamente inoportuna, por lo tanto no deseada. Aún en pleno siglo XIX dio claros signos de malestar, disuadiendo a veces claramente a la juventud de dedicarse a las profesiones forenses. Esto sucedía no solo porque aún se temían las consecuencias sociales y políticas de la especialización, sino también porque lo de la simplicidad y el carácter popular había demostrado entre tanto ser un *mito comodísimo y providencial* aunque útil porque permitía regular e integrar en el Estado impulsos desestabilizadores e incluso subversivos.

## 27. *Un código social*

También el último aspecto que quiero comentar brevemente se sitúa en la estructura democrática y republicana y se refiere al contenido del nuevo dere-

cho. En efecto, descubre una orientación jurídico-política poco seguida hasta entonces porque –al apartarse sensiblemente de la tradición liberal– se abre a instancias marcadamente sociales. Esto me induce a referirme a ello con más detalle; pero me obliga sin embargo a reflexionar previamente sobre las condiciones que han de cumplirse para que *la hipótesis de un derecho al mismo tiempo privado y social* sea teóricamente sostenible y concretamente realizable. Para hacerlo es útil recordar ante todo el contexto histórico en el que dicha hipótesis toma forma lentamente.

En la segunda mitad del siglo XIX nació y creció amenazadoramente en toda Europa la llamada «cuestión social». Este término, de por sí impreciso y desvaído, designaba todos los problemas sociales surgidos como consecuencia de la revolución industrial y, por desgracia, permaneció durante mucho tiempo sin solución; y en particular los de naturaleza moral, económica, demográfica e higiénica que los grandes capitanes de la revolución industrial no consideraban sino el inevitable sacrificio humano impuesto por el «progreso». No se trataba, como enseña la historia social, de diferencias marginales, sino de contradicciones de fondo, de verdaderas catástrofes humanas capaces de alterar todo el orden social de no atacarlas y eliminarlas oportunamente. Esto explica el esfuerzo desplegado intentando resolver este problema o, al menos, reconducirlo con prontitud por el cauce de una normalidad soportable. Se ha de añadir que un esfuerzo no carente de beneficios personales, pues sí, por un lado, se luchó por mejorar las condiciones de vida de las personas directamente afectadas por esta indescriptible tragedia, por otro lado, también se intentó hacerlo para calmar los ánimos y desalentar así desde el principio una eventual estrategia revolucionaria.

También los juristas se comprometieron en esta lucha. No todos y no siempre, esto también hay que decirlo. Pero, sin embargo, fueron muchos los que lucharon contra las trágicas repercusiones sociales de la industrialización sirviéndose del arma del derecho. Lo hicieron empujados por la íntima convicción de que no solo era deseable, sino también posible luchar de manera concreta contra los desequilibrios sociales y suprimir así al menos las situaciones más escandalosas (que al mismo tiempo eran también las más comprometedoras y peligrosas), preparando un derecho privado llamado social al ser sensible a la exigencia de defender al sujeto jurídico más débil, de tutelarlos y, ocasionalmente, con una función compensatoria, de favorecerlos, es decir, tratando de restablecer un mínimo equilibrio entre las partes. Por eso confiaban también implícitamente en la capacidad del derecho de modi-

ficar las estructuras sociales, y –por motivos políticos obvios– preferían esta estrategia reformista (que por eso tendía a ser indolora) a la temida lucha de clases que propiciaba el socialismo.

Célebres juristas se alinearon también en estas posiciones a partir de 1870/1880. Criticaron implacablemente –por citar un caso concreto, por lo demás conocido– los proyectos elaborados en Alemania para la unificación del derecho privado. Los consideraban demasiado favorables a los intereses burgueses, demasiado partidistas y, por ello, impopulares. Surgieron dos nombres que encarnaban casi simbólicamente las dos alas extremas del movimiento: Otto von Gierke y Anton Menger. Partiendo de opciones políticas contrapuestas (conservadora la de Gierke y socialista la de Menger), coincidían en la oportunidad de mitigar el «egoísmo» que impregnaba los proyectos «romanistas» del BGB con una praxis más conciliadora y mediadora; le fue inspirada a Gierke por los modelos del antiguo derecho germánico (ahora descubierto en su dimensión social) y a Menger, en cambio, por el deseo de apresurar de esta manera la transición al socialismo.

También Eugen Huber, a quien el gobierno helvético le confirió oficialmente en 1892 el encargo de elaborar un proyecto de código civil unitario, y que por este motivo es venerado aún hoy en Suiza como padre de la codificación patria, pertenecía al grupo de estos juristas. Había reflexionado durante mucho tiempo sobre la historia del derecho privado en las diferentes regiones culturales y lingüísticas del país y había redescubierto aquí precisamente los aspectos comunitarios que Gierke encontraba en una esfera más amplia, la germánica. Decidido, por muchas razones a luchar contra los antagonismos sociales, tuvo en cuenta todo esto en el momento de elaborar los proyectos del nuevo código. Obviamente no todas sus valerosas propuestas superaron indemnes los muchos obstáculos políticos y procedimentales. Algunas cayeron de inmediato, otras se mantuvieron aunque entre encendidas discusiones y su significado salió de ellas alterado (por no decir destrozado). Lo que se mantuvo fue suficiente, sin embargo, para testimoniar otra «diferencia» del CCS: ya no se muestra como el típico código unilateral exclusivamente individualista, sino que intenta una difícil labor de mediación entre intereses y tendencias opuestas. Se consideró, acertadamente, el código del individualismo social.

Llegados a este punto es importante no limitarse a recordar casi instintivamente esta fórmula, como si tuviese por sí sola un poder milagroso. Más bien hay que reflexionar sobre ella para comprender tanto su dimensión teórica como su alcance práctico.

a) ¿De qué manera intenta realizar el CCS un derecho privado social? ¿De qué medios, de qué recursos se sirve para este fin? Sin querer entrar aquí en detalles, quisiera indicar simplemente algún posible «recorrido» que dice mucho acerca de las elecciones concretas del legislador. Me refiero ante todo a la *matriz solidaria*, es decir, al deseo de emitir normas que no estuvieran dictadas unilateralmente por los intereses de un grupo social o de una clase; al apoyo expreso a las más variadas *formas de sociabilidad*, desde la asociación a la cooperativa, desde la propiedad común a la colectiva; al compromiso ocasional de la *autoridad estatal* sobre todo para tutelar los intereses de la parte que considera más débil (lo que justificó, al menos formalmente, la acusación al Código de paternalismo); a la *limitación de los derechos subjetivos*, sobre todo por medio de la explícita prohibición general del abuso de derecho; y, finalmente, a las numerosas situaciones en las que la ley, directa o indirectamente, hace sitio al *derecho desigual*, al que atribuye la misión de restablecer una parte de igualdad material. En todos estos casos, de los que aún tendré que ocuparme, la ley impone su propia opción, su propia solución, otorgando al débil mayor defensa, cargando al fuerte con obligaciones más comprometidas e interviniendo también en la economía de los contratos. En la medida en que *obliga* a las partes a convenir con ello, reemplaza su autonomía para decidir. Sería exagerado afirmar que rechaza esta autonomía, pero es obligado reconocer que, en cierto sentido, queda neutralizada o suspendida.

b) Pocas veces nos preguntamos sobre el destino que tuvieron estas bellas propuestas. Se diría que nos contentamos con las palabras, que tenemos bastante con ellas pues consideramos que se han vuelto verdaderas automáticamente, que las posibilidades que sugieren generalmente se realizan, contribuyendo así a una disposición diferente del tejido social, suprimiendo desequilibrios y, en este sentido, equiparando las *oportunidades* reales de utilizar las posibilidades previstas por el código. Por lo demás, Eugène Gaudemet se refería solo a las palabras cuando, en 1904, subrayaba –preocupado y casi amenazador– que las numerosas y eficaces posibilidades de intervención que se acaban de resumir definían este nuevo código y lo desplazaban respecto del puesto ocupado por los otros, llevándole «al límite que puede alcanzar la socialización del derecho civil en la legislación positiva».

Pero tampoco aquí es bueno fiarse de las palabras, del halo que las acompaña, de las imágenes que sugieren o incluso imponen discretamente. Las palabras son contenedores vacíos: antes de usarlas tendríamos que precisar siempre su significado concreto, que puede ser distinto según los tiempos,

los lugares y las disposiciones subjetivas de quien las incluye en su propio discurso y de quien se sirve de ellas más o menos hábilmente, más o menos honestamente, para alcanzar e impresionar la mente del interlocutor. En nuestro caso, no debe considerarse caprichosa la invitación a comprobar el sentido concreto que adquieren las palabras y, por lo tanto, tampoco cuál y cuánta parte del ambicioso programa ha llegado a convertirse en realidad porque, al fin y al cabo, el código lleva en vigor más de cien años, y sería inconcebible no tener en cuenta esta valiosa experiencia para encontrar una respuesta a nuestros interrogantes.

c) Cuando, tras un examen más o menos detallado, llega esta respuesta, nos sorprende de inmediato pues desaprueba nuestro optimismo, condena nuestra euforia, «recupera» básicamente el CCS y lo hace entrar de nuevo disciplinadamente en las filas de las otras codificaciones burguesas. Todo esto ocurre porque la respuesta *tiende a ser negativa*, en el sentido de que la socialización no se ha alcanzado aún y sigue siendo un deseo ilusorio sobre cuya eventual realización futura resulta cada vez más temerario reflexionar. Se tiene la impresión de que el delicado mecanismo previsto por el legislador se atascó de inmediato y no surtió por tanto los efectos esperados. Resulta, sin embargo, que se han evitado (más o menos cuidadosamente) algunas posibilidades de intervención; que algunas libertades concedidas para corregir o subvertir las relaciones de fuerza existentes entre contratantes propiciaron el efecto contrario y confirmaron así (por no decir que además reforzaron) lo que en realidad se quería atacar; que algunas instituciones previstas en el Código con una función social quedaron radicalmente en letra muerta y viven aún como fantasmas de papel. El nuevo derecho preveía, programaba, permitía y promovía. Se alimentaba de nobles aspiraciones y había legitimado muchas esperanzas. Pero la realidad (*económica*, naturalmente) que entendía capturar y regular mostró ser más rebelde de lo previsto, no se dejó encadenar y menos aún modelar por el Código, le opuso resistencia y, con el paso del tiempo, prevaleció. Había, por lo tanto, más allá de los hechos conocidos por el legislador, una *realidad diferente* que se regía por leyes y mecanismos que se sustraían fácilmente a sus previsiones y a sus esperanzas. Una realidad, quisiera añadir, que también Eugen Huber conocía quizá de manera imperfecta o mal y que, por lo tanto, no tenía más remedio que infravalorar, con todas las consecuencias negativas que, por desgracia, ahora conocemos.

d) Estas comprobaciones serán aún poco precisas, pero ya no son simples presunciones. Sin embargo no pretenden concluir nuestro análisis ni

nos libran del compromiso de indicar –si es posible– las razones concretas de esta derrota. Entre las numerosas respuestas posibles, quisiera señalar aquí rápidamente las que considero más convincentes.

a') Una simple reflexión teórica descubre ya la extrema debilidad (por no decir precariedad) de la idea del derecho privado social, debilidad que procede de la antinomia entre las finalidades invocadas por la propia fórmula: ¿cómo puede un derecho, nacido en el terreno de la autonomía para decidir de los sujetos jurídicos, retractarse de golpe de su origen y responder al mismo tiempo a las expectativas (presumiblemente opuestas) de los interlocutores privados o de la colectividad? Teniendo presente esta antinomia de fondo, resulta obvio el destino concreto que le aguarda al derecho privado social: al ser contrario a la lógica del derecho burgués solo fue reconocido como excepción. Y como toda excepción a una regla que se considera sagrada, tiene que moverse dentro de límites claros y, ante todo, circunscritos, renunciando a ampliarse o a desarrollarse autónomamente. Al final es hábilmente marginado, por no decir neutralizado, y deja así las veleidades socializadoras para el derecho público, que se encargará de intervenir autoritariamente desde fuera para evitar lo peor y reconducir las diferencias sociales a límites tolerables.

b') Más embarazosa aún es la contradicción si la referimos a la situación económica que sirvió de base a los cálculos de la burguesía. Ya he dicho que se caracterizaba por desigualdades materiales macroscópicas y que, precisamente en atención a su valoración ideal (y a su conveniente transformación en factores de producción), el derecho burgués se había estructurado como un derecho igual desde el punto de vista formal. En este sentido tan específico, las desigualdades *eran constitutivas del derecho burgués*, representaban la premisa que otorgaba a la subjetividad jurídica el sentido deseado. Sustentaban literalmente el derecho que, para que fueran útiles al sistema económico y llevarlas globalmente al mercado, había generalizado la capacidad jurídica. Pero si ocurre todo esto, no veo cómo se puede admitir de manera realista que el código pudiera atacar dicha premisa, cortar casi de forma masoquista la rama del árbol sobre la que estaba cómodamente sentado. Pensarlo sería imperdonablemente ingenuo, como ingenuas (por no decir algo peor) consideraba Antonio Labriola, a finales del siglo XIX, las propuestas de los autores italianos que seguían la misma dirección que Eugen Huber: «Surgieron en estos últimos años muchos juristas que buscaron en las correcciones al Código civil los medios prácticos para elevar la condición del proletariado. Pero ¿por qué no piden al Papa que se ponga a la cabeza de la Liga de librepensadores?».

c') He aludido ya a las numerosas situaciones en las que el legislador se sumó a la hipótesis de un derecho ocasionalmente desigual para restablecer parcelas de igualdad material. Un examen más cuidadoso de estas nos obliga ahora a distinguir: por una parte, están los casos en los que el legislador interviene con todo su peso y realiza *directamente* este derecho desigual, imponiéndolo autoritariamente a los destinatarios; por otra parte, están los casos en los que la ley se limita a sancionar la posibilidad teórica de dicha intervención. Los casos pertenecientes al primer grupo son importantes pero cuantitativamente limitados; los recogidos en el segundo grupo son más numerosos, se refieren en particular a las cláusulas generales del título preliminar (arts. 2 y 4) y del derecho de personas (arts. 27 y 28), y también a toda una serie de situaciones del derecho de sucesiones y de los derechos reales. Pero ¿por qué se contenta la ley con prever, *sin intervenir directamente*, precisamente en estas situaciones? ¿Quién queda investido así del correspondiente poder de decisión? La respuesta es muy simple y casi obvia: la decisión de si es o no oportuno hacer uso de las posibilidades previstas en el código se *delega* por parte del legislador en las partes de la relación jurídica en discusión, o también en el juez, o finalmente en los cantones que, con una disposición legislativa excepcional, podrán apartarse de las reglas del CCS. Sin entrar aquí en detalles y, mejor aún, remitiendo a cosas ya escritas en otro lugar, me limito a decir que dicha delegación sancionó con frecuencia *el naufragio de las ambiciones socializadoras*, pues es evidente que de esta manera, al renunciar a intervenir y a imponer su propia decisión, el legislador *se situaba de nuevo en la realidad*, abdicaba ante las relaciones de fuerza que la movían, les daba libre curso y, en cierto sentido, incluso las homologaba. Que dejara esta problemática decisión a las partes o al cantón (para el juez el discurso debería ser más matizado) significaba, implícitamente, sumarse a la lógica del más fuerte e incluso aceptar que impusiese explícitamente la confirmación de la ley e inutilizase la hipótesis del derecho desigual. En este sentido, me parece descubrir en el legislador liberal una nueva contradicción imperdonable entre el deseo teórico de este derecho y la renuncia a realizarlo basándose en su autoridad para inspirarse en los «equilibrios» determinados (e impuestos) por el mercado. Tuvo, como vimos, fatales consecuencias.



## LECCIÓN VII

### PARA CONCLUIR: LA EDAD DE LA DESCODIFICACIÓN

#### 28. *Algo está sucediendo*

Después de haber atravesado así doscientos cincuenta años de historia (jurídica, pero también social, política y cultural) europea siguiendo una idea y su transformación en realidad, según las expectativas y las opciones de sociedades diferentes entre sí pero no por eso irreconciliables, hemos llegado finalmente al presente. De una manera muy pragmática debería decir: a los numerosos problemas que nos preocupan y a los pocos medios de que disponemos para resolverlos. Y por lo tanto me pregunto: ¿contribuye todavía la idea de codificación a dar las respuestas que necesitamos? ¿Qué ha sido de su capacidad para organizar (o disponer) la materia jurídica insistiendo en la idea de unidad –tan plena de significados (también materiales)–?

Sé que a estas preguntas pueden darse también respuestas distintas e incluso contrarias, según las premisas concretas en las que se base el propio razonamiento. No abriga dudas a este propósito aquel a quien le basta considerar la codificación como una estructura del derecho privado formalmente unitaria que insiste en la necesidad de dar a una materia un orden cada vez más lógico y sistemático y que propicia también su deliberada reducción a principios fundamentales, confiando por lo demás en la lealtad jurídico-política y en la inclinación lógica del juez. No le gusta hablar de crisis de la codificación; cree firmemente que el sistema tiene futuro y, por lo demás –me parece–, no piensa demasiado en estas cosas ni en los innegables cambios que, sin embargo, están en el ambiente, cuando no se producen ante nuestros ojos. Quien, por el contrario, mira la realidad actual de forma menos deliberada y persuasiva, advierte inmediatamente estos cambios (o estas evoluciones) que, desde hace veinte años, indican que el terreno en torno a la codificación se está derrumbando más o menos lentamente, se desmorona, se une a nuevos elementos y se recompone. Está sucediendo algo que, de una manera u otra, afecta directamente al núcleo del concepto de codificación, es decir, a la

idea de uniformidad, a la que agrede y descompone, que relativiza e incluso de la que tal vez reniega. Todo esto es demasiado importante para ser liquidado con un comentario vagamente tranquilizador; urge más bien observar esta nueva situación e intentar comprender las razones que la provocaron, los valores que expresa y la vía hacia la que se dirige.

### 29. *El desmontaje del código*

Un primer análisis sumario de las transformaciones en marcha descubre en seguida su dirección: es la opuesta a la seguida por la codificación y, de manera más específica, recupera y en cierto sentido pone de relieve todo lo que la unificación del derecho había sacrificado, marginado o suprimido. Si la codificación había reordenado las fuentes, introduciéndolas en un diseño unitario y pretendiendo imponerles sus propias opciones, la evolución actual se nos muestra, ante todo, como un *desmembramiento o fragmentación de las fuentes*, que se separan poco a poco del código y se convierten en leyes particulares sobre objetos específicos y limitados para sustraerse así a su hegemonía. Al hablar de ello no pienso tanto en las esporádicas leyes especiales que antiguamente se colocaban fuera del código por motivos sistemáticos o jurídico-políticos contingentes, pues al hacerlo así nadie entendía que estas leyes singulares eludieran la primacía del código; al contrario, reconocían explícitamente esta primacía. Aceptaban estar vinculadas a él, ser prácticamente absorbidas por él. En realidad aparecían como fuentes des-colocadas solo formalmente ya que seguían unidas materialmente al universo del código y por eso eran interpretables también, sin duda, según los principios que regían este universo.

Aquí me refiero más bien a otra cosa y –como intuyo inmediatamente– mucho más grave: a la sistemática emisión de leyes que recuperan temas ya tratados por el código y los desarrollan con todo detalle y de manera completamente autónoma, es decir, sin ratificar necesariamente las reglas seguidas hasta ese momento. En seguida se ve claro que estas leyes, cuyo número se multiplica de año en año, si siguen atendiendo al código, lo consideran de manera diferente. Ya no aceptan estar vinculadas a él, ni siquiera vislumbrar en él la sede de los principios generales; discuten abiertamente su primacía. Se creen islas autónomas y autorreferenciales. Si aún consideran que el código es digno de atención, es solo como un derecho residual sin más, o

como una obra de la que puede extraerse ocasionalmente una información útil. Nada más. Alterada de esta manera, la legislación jurídico-privada se configura como un *sistema policéntrico* que desmonta poco a poco la codificación y destruye su unidad originaria y que, precisamente por esta tendencia de signo contrario, se nos muestra como *descodificación*.

Si es fácil aprehender sus signos externos o seguir su avance superficial, es mucho más difícil comprenderla y explicarla, comprobar las causas que la favorecen, la provocan y la imponen. Causas que hay que tener presentes para explicarla cumplidamente.

### 30. *Una nueva articulación social*

No alimenta dudas al respecto quien cree que también la historia del derecho puede ser descrita y explicada de manera creíble solo sobre el trasfondo de la historia social. Intuye de inmediato que la descodificación no es el resultado del simple deseo de reordenar las fuentes jurídicas según un nuevo orden que se considera más claro y convincente. Prescindiendo de que también este «simple» deseo, tal como ha sido expresado recurrentemente a lo largo de la historia, podía expresar ambiciones y provocar consecuencias nada «simples», todas y cada una de las etapas de la descodificación indican que tenemos que habérnoslas con algo distinto que no se limita a algún retoque marginal, sino que ataca los fundamentos y hace por ello tambalearse el sistema tradicional.

Detrás de todo esto no se encuentra el autónomo deseo de los juristas —esto se intuye fácilmente—, sino la *exigencia de una sociedad* cuyas estructuras están profundamente trastornadas. La descodificación es en realidad el resultado de una evolución que está alterando y quebrantando el orden social actual, pues rechaza rápidamente la convicción del siglo XIX de que era posible representar la sociedad de modo unitario y uniforme y que, por eso, esta podía ser destinataria de una misma ley. Las razones que habían mantenido en un principio esta convicción, permitiendo considerar la sociedad como la suma indistinta de burgueses (y en este sentido, abstractos), no son ya suficientes y fueron superadas o sustituidas por otras que ahora evidencian y subrayan la gravedad de las diferencias y desigualdades residuales; y a este respecto, la hipótesis burguesa de la igualdad es en realidad una cómoda ficción. Resurgen así los grupos, las clases y las corporaciones, en los que el código no había

pensado o a los que había hecho callar con la engañosa promesa de hacerles alguna concesión; pienso en particular en el modo sin duda elegante con el que los campesinos suizos, que luchaban desde siempre contra la unificación del derecho privado y que tenían sus buenas razones para hacerlo, fueron «silenciados» precisamente con concesiones en realidad inservibles y prácticamente falaces. Junto a ellos se organizan y se consolidan nuevos grupos o sujetos que rechazan formar bajo la disciplina del código y reivindican ahora por parte del legislador una atención mayor y más específica. Es evidente que esta nueva sociedad se articula de manera diferente o quizá, concretando más, ya no desea esconder públicamente las (viejas y nuevas) desigualdades como siempre había hecho. No oculta ya los antagonismos que la recorren fingiendo que es homogénea. Y, de esta manera, se aproxima idealmente a la estructura de la sociedad feudal. En consecuencia, se le da la vuelta a la genial fórmula de Maine: ya no «from status to contract», sino «from contract to status». Y así como los viejos estamentos, que eran parte integrante del Estado feudal, reivindicaban el privilegio de vivir según un derecho propio en el que se reflejaban fielmente las estructuras y los deseos del grupo respectivo, así también las nuevas entidades que ahora surgen, a las que ya no conviene la disciplina abstracta del código y que tienen ahora el poder de articular este disenso, pretenden que el Estado vaya a su encuentro y tenga en cuenta sobre todo su situación particular. También se ha transformado profundamente el Estado con el que tratan en estas negociaciones. Ya no se presenta como el gran y temido antagonista que, fuerte por su indiscutible *imperium*, emite unilateralmente mandatos y exige de inmediato respetarlos con rigor. Ha vuelto a apropiarse de amplios sectores sociales, restableciendo también en ese sentido fragmentos del paradigma medieval que aún no distinguía entre Estado y sociedad. Y por lo tanto –precisamente como el Estado medieval– alcanza lógicamente pactos con estos nuevos grupos: no impone de forma unilateral, sino que negocia con ellos reglas nuevas y concretas que, justamente por eso, ya no caben en un código cuyo valor sigue siendo abstracto y general. Nacen, lógicamente, fuera del código, disienten ahora de su lógica y se constituyen en ordenamiento autónomo. Las pocas leyes especiales o singulares emitidas hasta el momento, que parecía obvio considerar como fragmentos tan solo desplazados y por ello siempre referidos idealmente al universo del código, dejan paso a un fenómeno radicalmente distinto, a la consolidación de una miríada de leyes autónomas que se sitúan en el mismo plano que el código. Reivindican su propia autonomía, se proclaman autorreferenciales y *ocupan*

*de preferencia los espacios que el código había reservado deliberadamente a la autonomía de las partes.*

### 31. *Un valor todavía poco explícito*

Al final es más que legítimo preguntarse cuál es el verdadero significado de todos estos cambios –tanto de los ya concluidos como de los que están todavía realizándose–. Son preguntas a las que hoy por hoy no es fácil dar una respuesta clara y unívoca, inmersos como estamos en el flujo de los acontecimientos. Preguntas, además, que no solo requieren la competencia del historiador del derecho, tratándose aquí finalmente de descifrar no tanto los reflejos visibles en el plano jurídico, como el valor político y social de una evolución que aproxima de nuevo el Estado y la sociedad y vuelve así a formular, también de forma diferente, las funciones encomendadas a grupos de personas en ámbitos sociales y políticos. Por lo cual, precisamente en este caso, es obligada y normal la prudencia y sugiere en particular esperar antes de emitir juicios definitivos. Por el momento me parece que se pueden formular estas conjeturas:

a) La descodificación y, en especial, su modo de articularse y su intensidad son un reflejo de la evolución social, que difiere claramente de un país a otro. Por ello no se produce en todas partes de manera uniforme ni ha sido estudiada en todas partes con la misma minuciosidad. Entre los países en los que el tejido codificado está degenerando de forma más o menos visible recordaré sobre todo Italia, Francia y Alemania. Lo subrayo sin excluir que ha demostrado en ellos distinta avidez y que ahora actúa en silencio también en otros lugares.

En relación con estos casos, no es fácil indicar las razones que definen la evolución social que se está produciendo, y aún es más difícil prever con suficiente exactitud el resultado final. Es posible, desde luego, que la descodificación indique el nacimiento de un pluralismo nuevo y vital como consecuencia del reforzamiento de los grupos sociales que, ahora, apartándose de la nivelación impuesta por el código, reivindican finalmente su derecho en voz alta, precisamente el *derecho desigual* que la codificación prometió pero en realidad nunca concedió. Y también puede suponerse lo contrario, es decir, que esta postura más tolerante y permisiva con los nuevos grupos sociales y la erosión del código implícitamente aceptada corresponden solo a

una estrategia puesta en marcha por la burguesía para arrojar agua sobre el fuego y combatir o neutralizar el descontento que se difunde casi por todas partes sin tener que renunciar por ello al sistema económico, a las garantías que lo rodean y a los privilegios que concede generosa pero no indiscriminadamente. Quizá es irrespetuoso reflexionar de esta manera, pero me parece igualmente admisible. No sería de todas maneras la primera vez que se han hecho concesiones, no tanto para responder a exigencias justificadas, cuanto tan solo para evitar lo peor.

b) Tampoco hay que excluir que situaciones políticas o sociales particulares permitan, sugieran e incluso impongan oponerse a la estrategia descodificadora. Por ejemplo, no se me escapa que, precisamente en el país en el que vivo, la descodificación es abiertamente discutida e incluso combatida. Aquí el código es todavía (más o menos) el centro del sistema, aquí parece que aún tiene sentido reivindicar su integridad e incluir por eso el nuevo derecho entre sus tranquilizadoras coordinadas.

Quien intente comprender y explicar esta postura hará bien, una vez más, en recordar la estructura democrático-republicana que ha marcado visiblemente la historia del país. Extiende sobre todo un manto igualitario; se identifica de golpe, colocando rápidamente en el mismo plano *abstracción y democracia*, con todas esas leyes que se dirigen a todos de manera uniforme: ante todo, obviamente, con el código. Tampoco es cosa aquí de admitir todo como una verdad absoluta, pues todos sabemos que la democracia se opone a los privilegios, a los favoritismos y al derecho sectorial *solo en cierto sentido*. Por eso hay que admitir que la intolerancia hacia la descodificación y el deseo de salvaguardar la primacía del código no provienen necesariamente de una adhesión incondicional a los principios democráticos, y tampoco excluyen la formación de un derecho singular, anómalo y específico. Quien se ha ocupado aunque solo sea esporádicamente de la historia del derecho mercantil sabe bien que este derecho no necesita un código de comercio específico para consolidarse. También puede arraigar extraordinariamente en la tierra en teoría menos fértil del código civil; incluso en este contexto, lejos de las miradas indiscretas de los defensores a ultranza de la democracia, podrá crecer y difundirse tranquilo y sin discusión, pues es de veras inconcebible un refugio más seguro que el que ofrece la *formulación general de reglas* que, en la realidad (y por motivos que pueden ser muy diferentes entre sí), son *específicas* y por ello accesibles solo para una minoría.

## BIBLIOGRAFÍA

Conviene recordar que esta bibliografía, aunque sea amplia y detallada, no es sin embargo completa; basta recorrerla rápidamente para darse cuenta de ello. Procede sobre todo del área centroeuropea. La razón de este límite es evidente: es el área que el autor conoce mejor, que le es familiar. Pero es también un área fácilmente accesible para el lector de esta traducción. A este lector, el autor le pide que complete en cada caso las referencias bibliográficas, añadiendo los títulos de las numerosas obras recientemente publicadas sobre el tema en España, Portugal o en los Estados de América latina, cuya inclinación a profundizar con gran competencia en los problemas planteados por la codificación del derecho ha sido recientemente demostrada por la espléndida obra de Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas* (2ª ed., Buenos Aires 2008).

### Lección I

#### Para entrar en materia

a) Obras generales, útiles para encuadrar el fenómeno codificador

SOLARI, Gioele, *Filosofia del diritto privato*, I. *Individualismo e diritto privato* (Torino 1911; reed. 1959); II. *Storicismo e diritto privato* (Torino 1940; reed. 1971); III. *Socialismo e diritto privato* (ed. póstuma de P. Ungari, Milano 1980). WALINE, Marcel, *L'individualisme et le droit* (2ª ed., Montchrestien 1949). GAGNÉR, Sten, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Stockholm/Uppsala/Göteborg 1960). KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht* (4ª ed., Munich/Berlin 1966); trad. cast.: *Europa y el derecho romano* (Madrid 1955). WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2ª ed., Göttingen 1967); trad. cast. de la 1ª ed. alemana de 1952: *Historia del derecho privado en la Edad Moderna* (Madrid 1957). MAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit* (Paris 1976). TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna

1976); con importantes recensiones de C. A. CANNATA, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1978), 832-860, Ugo PETRONIO, en *Quaderni fiorentini*, 7 (1978), 500-508, y Mario A. CATTANEO, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, 54 (1977), 387-413. WESENER, Gerhard/WESENER, Gunter, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (4.<sup>a</sup> ed., Wien/Köln/Graz 1985); trad. cast.: *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (Valladolid 1998). EBEL Wilhelm, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (3.<sup>a</sup> ed., Göttingen 1988). ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho romano* (Madrid 1998). CARONI, Pio, “Privatrecht”: *Eine sozialhistorische Einführung* (2.<sup>a</sup> ed., Basel/Frankfurt a.M., 1999). BIROCCHI, Italo, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna* (Torino 2002). CARONI, Pio, *La soledad del historiador del derecho* (Madrid 2010).

#### b) Obras colectivas

AA.VV., *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I-VI (ed. de H. COING/W. WILHELM, Frankfurt a.M. 1974-1982). AA.VV., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (ed. de H. COING), II, 1-2 (para la época moderna) (München 1976-1977); III (para el siglo XIX), sobre todo los tres primeros tomos (München 1982-1986). AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, I-III (Firenze 1977). STOLJAR, S.J. (ed.), *Problems of Codification* (Canberra 1977). AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione. Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari* (Milano 1979). AA. VV., *Code et constitution. Liber Amicorum John Gilissen* (Antwerpen 1983). AA.VV., *L'unification du droit privé suisse au XIX<sup>e</sup> siècle. Méthodes et problèmes, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit 1985* (ed. de Pio CARONI, Fribourg 1986). AA.VV., *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, 1. Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”* (ed. de O. BEHREND/Chr. LINK, Göttingen 1987). AA.VV., *Derecho privado y revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado* (coord. Carlos PETIT, Madrid 1990). AA.VV., *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden, 5. Symposion der Kommission «Die*

*Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart*» (ed. de Chr. STARCK, Göttingen 1992). AA. VV., “La codification”, *Droits*, 24 (1996), 3-144. BEIGNIER, Bernard (ed.), *La codification*, Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995 à Toulouse (Paris 1996). SALMONOWICZ, Stanislaw (ed.), *La codification européenne du Moyen-Age au siècle des Lumières* (Warszawa 1997). AA. VV., *La codificazione del diritto dall’antico al moderno*, Atti degli incontri di studio gennaio-novembre 1996 (Napoli 1998). BRAVO LIRA, Bernardino/CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago de Chile 1999). BEHREND, Okko/SELLERT, Wolfgang (eds.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)* (Göttingen 2000). CAPPELLINI, Paolo/SORDI, Bernardo (eds.), *Codici. Una riflessione di fine Millennio*. Atti dell’incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000 (Milano 2002). BIROCCHI, Italo/MATTONE, Antonello (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)* (Roma 2006). TAVILLA, Elio, *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione. A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon* (Bologna 2009).

### 1. ¿Qué concepto de codificación?

MELJER, J.D., *De la codification en général* (Amsterdam 1830). ROTH, Paul, “Ueber Codification des Privatrechts”, en *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, 5 (1858), 303-347. GLASSON, E., “La codification en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle”, en *Revue politique et parlementaire*, 1/2 (1894), 201-426; 1/3 (1894), 198-228; ROGUIN, Ernest, “Observations sur la codification des lois civiles”, en *Recueil publié par la Faculté de droit à l’occasion de l’Exposition nationale suisse* (Lausanne 1896), 73-134. ASCARELLI, Tullio, “L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione”, en *Saggi giuridici* (Milano 1949), 41-81. FILOMUSI GUELFI, Francesco, “La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono”, en *Lezioni e saggi di filosofia del diritto* (ed. de G. DEL VECCHIO, Milano 1949), 181-207. WIEACKER, Franz, “Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee”, en *Festschrift für G. Böhmer* (Bonn 1954), 34-50. PIANO MORTARI, Vincenzo, “Codice. Premessa storica”, en *Enciclopedia del diritto*, VII (Milano 1960), 228-236. VANDERLINDEN, Jacques,

“Aspects de l’idée de codification”, en *Rapports belges*, VI. *Congrès international de droit comparé* (Bruxelles 1962), 41-54. VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle* (Bruxelles 1967). GRZYBOWSKI, Stefan, “Les lumières et les ombres de la codification à l’avenir prochain”, en *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2 (1969), 81-103. TARELLO, Giovanni, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII* (Genova 1971), con la recensión de M. SBRICCOLI, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1972), 422-429; trad. cast.: *Cultura jurídica y política del derecho* (México 1995). LIVER, Peter, “Das schweizerische Gesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft”, en *Privatrechtliche Abhandlungen* (Berna 1972), 85-121. UNGARI, Paolo, “Per la storia dell’idea di codice”, en *Quaderni fiorentini*, 1 (1972), 207-227. WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5.<sup>a</sup> ed., Tübingen 1972), en particular el cap. VII de la segunda parte: “Rechtssoziologie”; trad. cast., *Economía y sociedad* (1.<sup>a</sup> ed. castellana, México 1964) *vid.* III, cap. 7, p. 244; (2.<sup>a</sup> ed., realizada sobre la cuarta edición alemana de 1964, I-II México, 1964) *vid.* I, cap. VII, pp. 498 ss. UNGARI, Paolo, “Saggi recenti in tema di codificazioni”, en *Quaderni fiorentini*, 2 (1973), 778-787. TEUBNER, Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts* (Berlin 1974). MOHNHAUPT, Heinz, “Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert”, en *Jus commune*, 5 (1975), 71-121. CARONI, Pio, “Kodifikation”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II (Berlin 1978), col. 907-922. OST, François, “Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham”, en GERARD/OST/VAN DE KERCHOVE (eds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* (Bruxelles 1987), 163 ss. BONINI, Roberto, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee* (2.<sup>a</sup> ed., Bologna 1990). OST, François, “La codification, une technique juridique pour aujourd’hui?”, en C.A. MORAND (ed.), *L’Etat propulsif* (Paris 1991), 237 ss. VARGA, Csaba, *Codification as a socio-historical Phenomenon* (Budapest 1991), donde se incluyen y reelaboran ensayos antes publicados en las *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, en particular en los años 16 (1974), 17 (1975) y 19 (1977). SOJKA-ZIELINSKA, K., “Codification”, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (ed. de A.-J. ARNAUD, 2.<sup>a</sup> edición, Paris 1993), 69-72. TERRÉ, François, “La codification”, en *European Review of Private Law*, 1 (1993), 31-46. ZIMMERMANN, Reinhard, “Codification: history and present significance of an idea. A propos the recodification of private law in the Czech Republic”,

en *European Review of Private Law*, 3 (1995), 95-120. OPPETIT, Bruno, *Essai sur la codification* (Paris 1998). ZENATI, François, “La notion de code et de codification”, en *Mélanges Chr. Mouly*, Paris 1998, 217-253. PETRONIO, Ugo, “La nozione di codice civile fra tradizione e innovazione”, en *Quaderni fiorentini*, 27 (1998), 83-115. WEISS, Gunther A., “The Enchantment of Codification in the Common Law World”, en *The Yale Journal of International Law*, 25 (2000), 435-532. CABRILLAC, Rémy, *Les codifications* (Paris 2002). PETRONIO, Ugo, *La lotta per la codificazione* (Torino 2002). TROMBETTA, Angela, *La semplicità della legge tra codice e sistema* (Bari 2003). CARONI, Pio, “Kodifikation”, en *Enzyklopädie der Neuzeit*, vol. VI (Stuttgart/Weimar 2007), 855-861. RANIERI, Filippo, *Das europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (Berlin 2007). FERRANTE, Riccardo, *Codificazione e cultura giuridica* (2ª ed., Torino 2011). GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes* (Madrid 2011). KROPFENBERG, Inge, “Kodifikation”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II (2ª ed., Berlin 2012), 1918-1930. CARONI, Pio, *Escritos sobre la codificación* (Madrid 2012).

### 3. ¿Qué significa “unificar”?

ROTH, Paul, “Unifikation und Codification”, en *Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht*, 1 (1873), 1-27. EGGER, August, “Rechtseinheit”, en *Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, III, 1 (Bern 1911), 404-422. BRUNNER, Heinrich, “Die Rechtseinheit, Festrede am 22. März 1877”, en *Gesammelte Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, II (Weimar 1931), 361-377. AQUARONE, A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865* (Milano 1960). GETZ, Heinrich, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem* (Bonn 1966). GHISALBERTI, Carlo, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento* (Bari 1979). CLAVERO, Bartolomé, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid 1982). GRIMM, Dieter, “Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung. Das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland”, en *Rabels Zeitschrift*, 50 (1986), 61-76. BUCHHOLZ, Stephan, “Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, en *Rabels Zeitschrift*, 50 (1986), 77-110. CARONI, Pio, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV* (Basel/Frankfurt

a.M. 1986). TAUPITZ, Jochen, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen* (Tübingen 1993). KRÖSCHELL, Karl, “Universales und partikuläres Recht in der europäischen Rechtsgeschichte”, en K. KRÖSCHELL/A. CORDES (eds.), *Vom nationalen zum transnationalen Recht* (Heidelberg 1995), 265-278. SCHÖLER, Claudia, *Deutsche Rechtseinheit. Partikuläre und nationale Gesetzgebung (1780-1866)* (Köln/Weimar/Wien 2004).

## Lección II

### La historia de una teoría

#### 5. La contribución del humanismo jurídico

BARON, Julius, *Franz Hotman's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codifications-Bestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert* (Bern 1888). VAN KAN, J., “F. Hotman en de Codificatiepolitiek van zijn Tijd”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 3 (1922), 1-11. WIEACKER, Franz, “Humanismus und Rezeption. Eine Studie zu Johann Apels Dialogus de studio iuris recte instituendo”, en *Gründer und Bewahrer* (Göttingen 1959), 44-91. PIANO MORTARI, Vincenzo, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano 1962). MAFFEI, Domenico, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (Milano 1964). PIANO MORTARI, Vincenzo, *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI* (Napoli 1970). PIANO MORTARI, Vincenzo, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI* (Napoli 1978). PIANO MORTARI, Vincenzo, “Bodin e l'idea cinquecentesca della codificazione”, en *La République di Jean Bodin. Atti del Convegno tenuto a Perugia nel novembre 1980* (Firenze 1981). KIEFER, Martin, *Sebastian Derrer, ein Freiburger Rechtsgelehrter der frühen Neuzeit und sein Werk. Zugleich ein Beitrag zur Epoche der humanistischen Jurisprudenz* (Berlin 2010).

#### 6. Las fórmulas iusnaturalistas

THIEME, Hans, *Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie* (1936) (= en *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, II, Köln/Wien 1986), 633-694. MOLITOR, Erich, “Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz”,

en *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, I (Milano 1954), 359-373. THIEME, Hans, *Das Naturrecht und die europäische Rechtsgeschichte* (1954) (= en *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, II (Köln/Wien 1986), 822-870. STURM, Fritz, *Das römische Recht in der Sicht von Leibniz* (Karlsruhe 1968). OTHMER, Sieglinde C., *Berlin und die Verbreitung des Naturrechts in Europa* (Berlin 1970). THIEME, Hans (ed.), *Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preussen* (Berlin/New York 1979). LIPP, Martin, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts* (Berlin 1980). KRAUSE, Peter, "Naturrecht und Kodifikation", en KRAUSE, Peter (ed.), *Vernunftrecht und Rechtsreform, en Aufklärung*, 3/2 (1988), 7-27. PETERSON, Claes, "Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts", en *Quaderni fiorentini*, 21 (1992), 7-35. BARTA, Heinz/PALME, Rudolf/INGENHAEFF, Wolfgang (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998 (Wien 1999). CASSI, Aldo Andrea, *Il "bravo funzionario" absburgico tra Absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)* (Milano 1999). BARTA, Heinz/PALLAVER, Günther/ROSSI, Giovanni/ZUCCHINI, Giampaolo (eds.), *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800)* (Trento 2002).

## 7. El viraje ilustrado

BENTHAM, Jeremy, *Oeuvres* (trad. francesa de Étienne Dumont), I (Bruxelles 1829), 8 ss. ("Principes de législation"), 51 ss. ("Principes du Code civil"), 305 ss. ("Vue générale d'un corps complet de législation"); III (Bruxelles 1830), 87 ss. ("De la codification"); diversas trads. en castellano: las obras fueron traducidas por Baltasar Anduaga y Espinosa y publicadas en 14 vols. (Madrid, 1841-43); las obras concretamente indicadas, salvo "De la Codification", se encuentran en *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont [...] y traducida al castellano por Ramón Salas, I-V (Madrid 1821-22), y en una antología suya: Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal* (Madrid 1981); vid. AA.VV. *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham* (Bruxelles 1987), 11 ss. FRÉDÉRIC II, Roi de Prusse, "Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois" (1750), en *Oeuvres complètes*,

tomo VI (1792), 89-122. DONATI, B., *L. A. Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* (Modena 1935). PECORELLA, Corrado, *Studi sul Settecento giuridico*, I. *L. A. Muratori e i difetti della giurisprudenza* (Milano 1964). VANDERLINDEN, Jacques, “Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32 (1964), 45-78. D’AMELIO, Giuliana, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia* (Milano 1965). BUSSI, Emilio, *Stato e amministrazione nel pensiero di Carl Gottlieb Svarez, precettore di Federico Guglielmo III di Prussia* (Milano 1966). CATTANEO, Mario A., *Illuminismo e legislazione* (Milano 1966). GOLDMANN, Lucien, *L’illuminismo e la società moderna. Storia e funzione attuale dei valori di “libertà”, “eguaglianza”, “tolleranza”* (Torino 1967); trad. cast.: *La Ilustración y la sociedad actual* (Caracas 1968). COMANDUCCI, Paolo, *L’illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici* (Bologna 1978). DIDEROT, Denis/BOUCHER D’ARGIS, Antoine-Gaspard/CHEVALIER DE JAUCOURT, Louis, *Le droit romain et l’Encyclopédie, 31 Articles (1751-1765)* (reed. Napoli 1986, con una guía de lectura de W. WOŁODKIEWICZ). GOSE, Walther/KRAUSE, Peter (eds.), *Aufklärung und Gesetzgebung. 200 Jahre Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten* (Trier, 1988). BONINI, Roberto, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista* (Torino, 1991). BARANGER, Denis, “Bentham et la codification”, en *Droits*, 27 (1998), 17-37. SVAREZ, Carl Gottlieb, *Gesammelte Schriften*, 1. Abteilung, IV, *Die Kronprinzenvorlesungen*, ed. de Peter KRAUSE (Stuttgart/Bad Cannstadt 2000). CAVANNA, Adriano, “La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca” (1982), ahora en *Scritti (1968-2002)* (Napoli 2007), 463-512. RUDAN, Paola, “Tra i due litiganti: o del segreto successo di Jeremy Bentham in Ultramarina”, en *Scienza e politica*, 42 (2010), 105-120.

### Lección III

#### El código para una nueva sociedad

KANT, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Königsberg 1797); trad. cast. “Principios metafísicos de la doctrina del derecho”, en *La metafísica de las costumbres*, ed. de Adela Cortina/Jesús Conill (Madrid 1989). VON HUMBOLDT, Wilhelm, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (Breslau 1851). MAINE, Sir Henry, *Ancient Law* (Londres, 1861); trad. cast.: *El derecho antiguo. Parte general* (Madrid 1893; reimpr. 1993). PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institu-*

tionen (2.<sup>a</sup> ed., ed. de P. KRUEGER), I-II (Leipzig 1875). SCHUMPETER, Joseph Alois, *Capitalism, Socialism and Democracy* (New York 1942); trad. cast.: *Capitalismo, socialismo y democracia* (Madrid 1961; nueva trad., Barcelona 1983). GARAUD, Marcel, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, I. *La Révolution et l'égalité civile*; II. *La Révolution et la propriété foncière* (Paris 1953, 1958). NEUMANN, Franz, *The Democratic and the Authoritarian State* (New York 1957). KOSELLECK, Reinhart, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt* (Freiburg/München 1959); trad. cast.: *Crítica y crisis del mundo burgués* (Madrid 1965). LUMIA, Giuseppe, *La dottrina kantiana del diritto e dello stato* (Milano 1960). KRAUSE, Hermann, "Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung", en *Juristische Schulung*, 10 (1970), 313-321. AA.VV., "Abstraktion", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, I (Basel/Stuttgart 1971), 42-65. CORRADINI, Domenico, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento* (Milano 1971). CERRONI, Umberto, *Kant e la fondazione della categoria giuridica* (Milano 1972). COTTURRI, Giuseppe, *Diritto eguale e società di classi* (Bari 1972). POLANYI, Karl, *The Great Transformation* (New York 1944); trad. cast.: *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* (Madrid 1989). WIEACKER, Franz, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (Frankfurt a.M. 1974). BOHNERT, Joachim, *Ueber die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)* (Karlsruhe 1975). PAŠUKANIS, Evgenij B., *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona 1976). DUMONT, Louis, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique* (Paris 1977); trad. cast.: *Homo aequalis: génesis y apogeo de la ideología económica* (Madrid 1982). RAMBALDI, Enrico, "Astratto/concreto", en *Enciclopedia Einaudi*, I (Torino 1977), 1011-1060. VORMBAUM, Thomas, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation* (Berlin/New York 1977). ORESTANO, Riccardo, *Azione-Diritti soggettivi-Persone giuridiche* (Bologna 1978). WAGNER, Wolfgang, "Die Privatisierung des Lehnsrechts", en Walter SELB/Herbert HOFMEISTER, *Forschungsband Franz von Zeiller* (Wien/Graz/Köln 1980), 226-247. DUMONT, Louis, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne* (Paris 1983); trad. cast.: *Ensayos sobre el individualismo: una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna* (Madrid 1987). MAYER, Arno, *La persistance de l'ancien régime. L'Europe de 1848 à la Grande Guerre* (Paris 1983); trad. cast.: *La persistencia del antiguo régimen. Europa hasta la Gran Guerra* (Madrid 1984). BRAUDEL, Fernand, *La dynamique du capitalisme* (Paris 1985); trad. cast.: *La dinámica del capitalis-*

mo (Madrid 1985). WALLERSTEIN, Immanuel, *Le capitalisme historique* (Paris 1985); trad. cast.: *El capitalismo histórico* (Madrid 1988). GRIMM, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Frankfurt a.M. 1987). AA.VV., “Le sujet de droit”, en *Archives de philosophie du droit*, 34 (1989), 9-207. SCHULZE, Reiner, “Der nexus feudalis in Vernunftrecht und in der historischen Rechtsschule”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abteilung 106 (1989), 68-114. CARONI, Pio, “Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen, aber nicht systemwidrigen Privatrechts”, en *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte* (Basel/Genf/München 2003), 165-200. CARONI, Pio, *Soledad* (2010), 55-87. CARONI, Pio, *Escritos* (2012), 107-135, 249-270.

#### Lección IV

##### La codificación y su contexto

#### 16. Codificación y derecho común

STAMMLER, Rudolf, *Die Behandlung des römischen Rechts in dem juristischen Studium nach Einführung des Deutschen Rechts-Civilgesetzbuches* (Freiburg 1885). LENEL, Otto, *BGB und Studium des römischen Rechts*. Rektoratsrede (Strasburg 1896). PARTSCH, Josef, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität* (Bonn 1920). VIORA, Mario E., *Le costituzioni piemontesi. Storia esterna della compilazione* (Milano/Torino/Roma 1928; reimpr. 1986). MOR, Carlo Guido, *Il nuovo Codice e la tradizione giuridica italiana del diritto comune* (Roma 1943). CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune* (Milano 1951). STEINWENTER, Arthur, “Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Oesterreich”, en *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, I (Milano 1954), 405-426. CALASSO, FRANCESCO, *Storicità del diritto* (Milano 1966), en especial pp. 205 ss. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoleón* (Roma/Madrid 1970). MAILLET, Jean, “Droit romain et codifications”, en *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix-en-Provence 1970), 467-476. GAGNÉR, Sten, “Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis”, en *Wissenschaft und Kodifikation*, cit. [*supra* I, b), obras colectivas], I (Frankfurt a.M. 1974), 1-118. OGRIS, Werner, “Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und

das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch”, en *Wissenschaft und Kodifikation*, cit. [*supra* I, b), obras colectivas], I (Frankfurt a.M. 1974), 153-172. WAGNER, Wolfgang, “Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten”, en *Wissenschaft und Kodifikation* cit. [*supra* I, b), obras colectivas], I (Frankfurt a.M. 1974), 119-152. NÈVE Paul, L., “(Europäisches) Ius commune und (nationales) gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?”, en G. KÖBLER/H. NEHLSSEN, *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, Festschrift für Karl Kröschell (München 1977), 871-884. BECK, Alexander, “Das gemeine Recht als Rechtsquelle?”, en *Itinera iuris. Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben* (Bern 1980), 235-263. PENE VIDARI, Gian Savino, “Diritto romano e codificazione. Vicende storiche e questioni di metodo”, en *Rivista di storia del diritto italiano*, 53-54 (1980-1981), 171-186. SCHIAVONE, Aldo, “Un’identità perduta: La parabola del diritto romano in Italia”, en SCHIAVONE, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica* (Roma/Bari 1990), 275-302. VAN CAENEGEM, Raoul C., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea* (Milano 1991). ASCHERI, Mario, “Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia”, en A. IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El dret comú i Catalunya. Ius proprium-Ius commune a Europa* (Barcelona 1993), 71-83. VALENTINO, Mario, “Romanistica e codice civile. Spunti per l’analisi di uno storico *connubium*”, en *Labeo*, 41 (1995), 181-228. GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Milano 1998). COLAO, Floriana, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione* (Bologna 1999). SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune* (2ª ed., Torino 1999). ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The civilian Tradition Today* (Oxford 2001). CARONI, Pio, *Soledad* (2010), 89-112. CARONI, Pio, *Escritos* (2012), 137-170, 287-299.

## 18. Codificación y constitución

OFTINGER, Karl, “Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur. Ein Hinweis”, en *Schweizerische Juristen Zeitung*, 37 (1940-1941), 225-230, 241-246. HOMBURGER, Eric, *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit* (Aarau 1948). BULLINGER, Martin, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung* (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968). BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang (ed.), *Staat und Gesellschaft*

(Darmstadt 1976). GALGANO, Francesco, *Il diritto privato fra codice e costituzione* (Bologna 1980). GRIMM, Dieter, “Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung”, en COING, Helmut (ed.), *Handbuch cit.* [supra I, a), obras colectivas], III, 1 (Munich 1982), 17-173. LUCHAIRE, Fr., “Les fondements constitutionnels du droit civil”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 81 (1982), 245-328. FEHRENBACH, Elisabeth, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht* (3.<sup>a</sup> ed., Göttingen 1983); trad. cast.: *Sociedad tradicional y derecho moderno. La recepción del Code Napoléon en los Estados de la Federación Renana* (Barcelona 1980). BRECCIA, Umberto., “Problema costituzionale e sistema privatistico”, en *Rivista critica del diritto privato*, 2/4 (1984), 687-719. CLAVERO, Bartolomé, “Codificación y constitución: paradigmas de un binomio”, en *Quaderni fiorentini*, 18 (1989), 79-145. CLAVERO, Bartolomé, “Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 19 (1989), 95-129. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Códigos y constituciones (1808-1978)* (Madrid 1989). ZÄCH, Roger, “Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung”, en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 85 (1989), 1-12, 25-27. HALLER, M./HAUSER, H./ZÄCH, R. (eds.), “Verfassung und Privatrecht”, en *Ergänzungen, Ergebnisse der wissenschaftlichen Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbaues der Hochschule St. Gallen* (Berna/Stuttgart 1990), 503-545. CORRADINI, Domenico, “Il processo costituzionale nella Francia rivoluzionaria e il diritto privato”, en *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese* (Milano 1992), 173-187. NÖRR, Knut Wolfgang, “From codification to constitution”, en *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, 60 (1992), 145-155. PENE VIDARI, Gian Savino, *Lezioni e documenti su costituzioni e codici* (Torino 2007). CARONI, Pio, *Escritos* (2012), 45-70.

## 19. Codificación y renovación del derecho

DANZ, H. A. A., *Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht. Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen* (Leipzig 1861). VAN KAN, J., *Les efforts de codification en France* (Paris, 1929), obra que incorpora, traduce y reelabora numerosas contribuciones de VAN KAN, publicadas inicialmente en los tres primeros años de la *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, en especial 1 (1918-1919), 191-229 y 359-389; 2 (1920-1921), 149-162 y 359-427, y también

en 3 (1922), 12-22 y 215-234, *passim*, en particular 34-35, 172-173, 186-187, 265-266, 341, 357-358. VIORA, Mario E., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione* (3.<sup>a</sup> ed., Torino 1967). WILHELM, Walter, “Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert”, en *Jus commune*, 1 (1967), 240-270. TEUBNER, Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts* (Berlin 1974). PETRONIO, Ugo, “Una categoria storiografica da rivedere”, en *Quaderni fiorentini*, 13 (1984), 705-717. CARONI, Pio, *Escritos* (2012), 1-43, 249-270, 271-285.

## Lección V

### Las codificaciones iusnaturalistas

#### 21. El Código prusiano (1794)

TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), nota al cap. 1 del libro II (*Code du grand Frédéric*); trad. cast. *El antiguo régimen y la revolución* (Madrid 1969), p. 282, n. 3 (las notas están colocadas al final): “El código de Federico el Grande”. STÖLZEL, Adolf, *Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts* (Berlin 1885). THIEME, Hans, “Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 57 (1937), 355-428 [= en *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, II (Köln/Wien 1986), 695-768; en pp. 769-821, otras contribuciones más breves sobre el mismo tema]. CONRAD, Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794* (Köln/Opladen 1958). HEUER, Uwe Jens, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf Die Auseinandersetzungen um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts Ende des 18. Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems in Preussen* (Berlin 1960). DILTHEY, Wilhelm, “Das Allgemeine Landrecht”, en *Gesammelte Schriften* (3.<sup>a</sup> ed.), 12 (1964), 131-204. CONRAD, Hermann, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates* (Berlin 1965). BIRTSCH, Günter, “Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794”, en *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Fest-*

*schrift für Th. Schieder* (München/Wien 1968), 97-116. BIRTSCH, Günter, "Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus. Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landrechts", en *Historische Zeitschrift*, 208 (1969), 265-294. HATTENHAUER, Hans, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794* (Frankfurt a.M./Berlin 1970), especialmente la introducción pp. 11-39, y la reseña bibliográfica muy detallada pp. 41-50. THIEME, Hans, "Allgemeines Landrecht", en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I (Berlin 1971), 99-107. KOSELLECK, Reinhart, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848* (2.ª ed., Stuttgart 1975). DA PASSANO, Mario, "Un autografo inedito di Honoré-Gabriel Riqueti Comte de Mirabeau: *L'Analyse raisonnée du projet d'un Nouveau Code prussien* (1788)", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6 (1976), 93-186. CERVELLI, I., "Ceti e assolutismo in Germania. Rassegna di studi e problemi", *Annali dell'Istituto storico italo-germanico Trento*, III (1977), 431-512. LANDAU, Peter, "Neue Forschungen zum Preussischen Allgemeinen Landrecht", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 118 (1993), 447-463. DILCHER, Gerhard, "Die janusköpfige Kodifikation. Das preussische Allgemeine Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2 (1994), 446-469. DÖLEMEYER, Barbara/MOHNHAUPT, Heinz, *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext* (Frankfurt a.M. 1995). KLEINHEYER, Gerd, *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1. Juni 1794-An der Wende des Spätabsolutismus zum liberalen Recht* (Heidelberg 1995). MERTEN, Detlef/SCHRECKENBERGER, Waldemar (eds.), *Kodifikation gestern und heute - Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten* (Berlin 1995). WOLFF, Jörg (ed.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht - Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen* (Heidelberg 1995). BIRTSCH, Günter/WILLOWEIT, Dietmar (eds.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft* (Berlin 1998). CANALE, Damiano, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto nella Prussia del '700* (Torino 2000). DILCHER, Gerhard, "Forschungen zum ALR-Jubiläum", en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 23 (2001), 285-292.

## 22. El Código austríaco (1811)

ZEILLER, FRANZ VON, *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, 3 vols. (Venezia 1815-1816). ZEILLER, FRANZ VON, *Das natürliche Privat-Recht* (3.<sup>a</sup> ed., Wien 1819). HARRAS V. HARRASOWSKY, Philipp, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts* (Wien 1868; reimpr. 1968). OFNER, JULIUS (ed.), *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, I-II (Wien 1889). AA.VV., *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, I-II (Wien 1911). LENTZE, HANS, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein* (Wien 1962). STRAKOSCH, HEINRICH, *State Absolutism and the Rule of Law. The struggle for the codification of civil law in Austria 1753-1811* (Sydney 1967). OGRIS, WERNER, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert* (Berlin 1968). OGRIS, WERNER, “Die historische Schule der österreichischen Zivilistik”, en *Festschrift Hans Lentze* (Innsbruck 1969), 449-496. KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, F., “Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Oesterreich)”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I (Berlin 1971), 93-99. SLAPNICKA, HELMUT, *Oesterreichs Recht ausserhalb Oesterreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraumes* (München 1973). STRAKOSCH, HEINRICH, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Oesterreich (1753-1811)* (München 1976). KOCHER, GERNOT, *Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation* (Wien/Köln/Graz 1979). SELB, WALTER/HOFMEISTER, HERBERT (eds.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte* (Wien/Graz/Köln 1980). BRAUNEDER, WILHELM, “Dal Codice civile (ABGB) alla Gewerbeordnung: mutamenti strutturali della proprietà privata e dell’impresa”, en P. SCHIERA (ed.), *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo* (Bologna 1981), 247-263. BRAUNEDER, WILHELM, “Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811”, en *Gutenberg-Jahrbuch*, 62 (1987), 205-254. BRAUNEDER, WILHELM, “Allgemeines aber nicht gleiches Recht: Das ständische Recht des ABGB”, en G. HATTENHAUER/G. LANDWEHR (eds.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806* (Heidelberg 1988), 23-33. BRAUNEDER, WILHELM, “Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987”, en G. HAMZA (ed.), *Studien zum römischen Recht in Europa*, I (Budapest 1992), 134-238. BRAUNEDER, WILHELM, “Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation”, en *Vestigia iuris romani*,

*Festschrift G. Wesener* (Graz 1992), 67-80. LUF, Gerhard, “Zeiller und Kant. Ueberlegungen zu einem wissenschaftlichen Naheverhältnis”, en *Würde und Recht des Menschen. Festschrift für J. Schwartländer* (Würzburg 1992), 93-110. KOCHER, Gernot, *Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich* (Köln/Wien/Weimar 1997). CARONI, Pio/DEZZA, Ettore (eds.), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno internazionale Pavia, 11-12 ottobre 2002 (Padova 2006). BERGER, Elisabeth (ed.), *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Eine europäische Privatrechtskodifikation*, III, *Das ABGB ausserhalb Österreichs* (Berlin 2010). DI SIMONE, Maria Rosa, “Le Code civil autrichien en Italie”, en *Revue historique de droit français et étranger*, 89 (2011), 115-125, con muchas referencias bibliográficas. FISCHER-CZERMAK, C./HOPF, G./KATHREIN, G./SCHAUER, M. (eds.), *Festschrift 200 Jahre ABGB* (Wien 2011). GEISTLINGER, M./HARRER, F./MOSLER, R./RAINER, J.M. (eds.), *200 Jahre ABGB. Ausstrahlungen. Die Bedeutung der Kodifikation für andere Staaten und andere Rechtskulturen* (Wien 2011). DÖLEMAYER, Barbara/MOHNHAUPT, Heinz (eds.), *200 Jahre ABGB. Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Frankfurt a.M. 2012). MATTIANGELI, Daniele, *Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte* (Frankfurt a.M./Berlin/Berna/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2012).

### 23. El Código francés (1804)

FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I-XV (Paris 1827; reimpr. 1968). LOCRÉ, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle (de la France) ou Commentaire et complément des Codes français*, I-XVI en la edición de Bruselas (Bruxelles, 1836-1838; reimpr., 1990). ROSSI, Pellegrino, “Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société”, en *Mélanges d'histoire et de législation*, II. *Histoire et philosophie* (Paris 1857), 1-23. GLASSON, E., “Le Code civil et la question ouvrière”, en *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France)*, Nouvelle Série, t. 25 (primer semestre 1886), 843-895. SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)* (Paris 1898; reimpr. 1971). AA.VV., *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, I-II (Paris 1904; reimpr. 1969). DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé*

depuis le Code Napoléon (2.<sup>a</sup> ed., Paris 1920); trad. cast.: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (Pamplona 2006). MORIN, G., *La révolte des faits contre le Code* (Paris 1920). CHARMONT, Joseph, *Les transformations du droit civil* (2.<sup>a</sup> ed., Paris 1921). BONNECASE, Julien, *L'École de l'Exégèse en droit civil* (2.<sup>a</sup> ed., Paris 1924). BONNECASE, Julien, *La philosophie du Code Napoléon* (Paris 1925). RAY, Jean, *Essai sur la structure logique du Code civil français* (Paris 1926). SAVATIER, R., *L'art de faire les lois: Bonaparte et le Code civil* (Paris 1927). MORIN, G., *La révolte du droit contre le Code* (Paris 1945). RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (Paris 1948). SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (3.<sup>a</sup> ed., Paris 1964). ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris 1969). ARNAUD, André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris 1973). MAILLET, Jean, "Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste", en *Quaderni fiorentini*, 2 (1973), 111-145, con relevantes anticipaciones de estos temas en *Revue historique de droit français et étranger*, 46 (1968), 695-696. ARNAUD, André-Jean, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours* (Paris 1975). SCHUBERT, Werner, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Zivilrecht, Gerichtsverfassungsrecht und Zivilprozessrecht* (Köln/Wien 1977). MARTIN, Xavier, "L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme", en *Revue historique de droit français et étranger*, 60 (1982), 589-618. BORDEAUX, Michèle, "Quand le temps dévore l'espace: temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil (1804)", en *Mélanges en hommage à Jacques Ellul* (Paris 1983), 185-202. PATAULT, Anne-Marie, "La propriété non exclusive au XIX<sup>e</sup> siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble", en *Revue historique de droit français et étranger*, 61 (1983), 217-237. ASTUTI, Guido, "Il 'Code Napoléon' in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori", en G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, II (Napoli 1984), 711-802. REMY, Philippe, "Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX<sup>e</sup> siècle", en *Annales d'histoire des Facultés de droit*, 2 (1985), 91-105. CARBONNIER, JEAN, "Le Code civil", en P. NORA, *Les lieux de mémoire*, II, *La nation* (Paris 1986), 293-315. EWALD, François, *Naissance du Code civil. La raison du législateur* (Paris 1989). BÜRGE, Alfons, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus* (Frankfurt a.M. 1991).

DUBOUCHET, Paul, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, I-II (Paris 1991-1992). KLENNER, Hermann, "Code civil und deutsche Rechtsentwicklung", en *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert. Essays* (Berlin 1991), 125-140. THEEWEN, Eckhard Maria, *Napoléons Anteil am Code civil* (Berlin 1991). BOTSCH, Elisabeth, *Eigentum in der Französischen Revolution. Gesellschaftliche Konflikte und Wandel des sozialen Bewusstseins* (München 1992). HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil* (Paris 1992). NIORT, Jean-François, "Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon", en *Archives de philosophie du droit*, 37 (1992), 101-119. REBUFFA, Giorgio, "Il trionfo del Codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22 (1992), 65-88. ROULAND, Norbert, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792* (Paris 1995). HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris 1996). RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina* (Lima 1997). PLESSER, Markus Alexander, *Jean-Étienne-Marie Portalis und der Code civil* (Berlin 1997). SOLIMANO, Stefano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy J.-B. Target (1798-1799)* (Milano 1998). OST, François, *Le temps du droit* (Paris 1999), 224-249. FERRANTE, Riccardo, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico* (Milano 2002). WADLE, Elmar, *Französisches Recht in Deutschland* (Köln/Berlin/Bonn/München, 2002). MARTIN, Xavier, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne* (Bouère 2003). NIORT, Jean-François, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, 2 vols. (Aix-en-Provence 2004). AA. VV., *Le Code civil 1804-2004. Livre de Bicentenaire* (Paris 2004). DUNAND, Jean-Philippe/WINIGER, Bénédicte (eds.), *Le Code civil français dans le droit européen. Actes du Colloque Genève, 26-28 février 2004* (Bruxelles 2005). SCHUBERT, Werner/SCHMÖKEL, Mathias (eds.), *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa* (Köln/Weimar/Wien 2005). SOLEIL, Sylvain, "La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la Révolution", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 73 (2005), 171-181. AA. VV., *Il bicentenario del Codice napoleonico. Atti dei Convegni Lincei 221*, Roma 20 dicembre 2004 (Roma 2006). WITZ, Claude (ed.), *Le bicentenaire du Code civil. Saarbrücker Kolloquium* (Baden-Baden 2006). DÖLEMEYER, Barbara/MOHNHAUPT, Heinz/SOMMA, Alessandro (eds.), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreich*

(Frankfurt a.M. 2006). CAVANNA, Adriano, “Mito e destini del Code Napoléon in Italia” (2000), en *Scritti (1968-2002)* (Napoli 2007), II, 1079-1129. PETIT Carlos, “España y el Code Napoléon”, en *Anuario de derecho civil*, 61 (2008), 1773-1840. PFISTER, Laurent, “Zweihundertjähriges Jubiläum des Code civil. Skizze einer strukturierten rechtshistorischen Bibliographie”, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 33 (2011), 241-283, donde aparece una reseña completa de las publicaciones aparecidas con ocasión del bicentenario del Code. GRILLI, Antonio, *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone* (Frankfurt a.M. 2012). KRYNEN, Jacques, *L'État de justice. France, XIII-XX siècle*, II. *L'emprise contemporaine des juges* (Paris 2012), 104-176.

## Lección VI

### Una rápida ojeada al Código civil suizo de 1907

#### 25. Un Código orgulloso y original

HUBER, Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*. IV. *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* (Basel 1893). AA.VV., *Vorträge über den Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, gehalten im Züricher Juristenverein im Winter 1905/1906*, I-II (Zürich 1906). EGGER, August, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Ein Ueberblick* (Zürich 1908). HUBER, Eugen, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, I-II (2.<sup>a</sup> ed., Bern 1914); versión francesa: *Exposé des motifs de l'Avant-projet* (Bern 1902). EGGER, August, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (2.<sup>a</sup> ed., Zürich 1950). SCHWARZ, Andreas B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung* (Zürich 1950). MEIER-HAYOZ, Arthur, *Der Richter als Gesetzgeber* (Zürich 1951). EGGER, August, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*. I. *Beiträge zur Grundlegung des Privatrechts* (Zürich 1957). AA.VV., “Centenarium 1861-1961”, en *Revue de droit suisse NS*, 80/2 (1961), 193-348. LIVER, Peter, “Allgemeine Einleitung”, en *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, I, *Einleitung* (Bern 1962) 7-77. AA.VV., “50 ans de Code civil suisse”, en *Revue de droit suisse*, 81/1 (1962), 1-140. GAUYE, Oscar, “Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907”, en *Revue suisse d'histoire*, 13 (1963), 54-100. GMÜR, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit*

dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (Bern 1965). YUNG, Walter, *Etudes et articles* (Genève 1971), sobre todo pp. 1-70. CARONI, Pio, “Anton Menger ed il Codice civile svizzero del 1907”, en *Quaderni fiorentini*, 3-4 (1974-1975), 273-318. ELSENER, Ferdinand, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Zürich 1975). CARONI, Pio, “Das ‘demokratische Privatrecht’ des Zivilgesetzbuches”, en *Mélanges H. Deschenaux* (Fribourg/Suisse 1977), 37-62. HIRSCH, E. E., *Rezeption als sozialer Prozess. Erläutert am Beispiel der Türkei* (Berlin 1981). MANAI, Dominique, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse* (Lausanne 1985). MANAI, Dominique, *Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique* (Basel/Frankfurt a.M. 1990). CARONI, Pio, “Il mito svelato: Eugen Huber”, en *Revue de droit suisse*, 110/1 (1991), 381-419. POUURET, Jean-François, “Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX<sup>e</sup> siècle”, en *Revue historique de droit français et étranger*, 69 (1991), 41-61. STEPPACHER, Ralph, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR. Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)* (Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1992). CARONI, Pio, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches* (Basel/Frankfurt a.M. 1996). GYSIN, R./SCHUHMACHER, R./STREBEL, D. (eds.), *96 Jahre ZGB. Eine Festschrift* (Zürich 2003). AA.VV., “100 années Code civil. Journée des Juristes suisses 2007”, en *Revue de droit suisse*, 126 (2007), II, 5-384. KRAMER, Ernst A., “Der Stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation-ein Modell für Europa?”, en *Rabels Zeitschrift*, 72 (2008), 773-793. AA. VV., “Cent ans de Code des obligations. Journées des Juristes Suisses 2011”, en *Revue de droit suisse*, 130 (2011), II, 5-226. CARONI, Pio/SCHÖBI, Felix, “Allgemeine Einleitung”, en *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, I, Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung (Bern 2012), 1-129.

Dos obras del legislador suizo fueron traducidas al castellano:

HUBER Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie* (Basel 1921), trad. de Herta GRIMM y F. RIVERA Y PASTOR, publicada en Madrid en dos volúmenes: *El derecho y su realización. Problemas de legislación y de filosofía del derecho* (1927, 1929).

HUBER Eugen, *Zum Schweizerischen Sachenrecht. Drei Vorträge mit Anmerkungen* (Bern 1914). Dos de estos tres trabajos fueron traducidos por

Enrique R. RAMOS: *Los derechos reales en el derecho privado suizo. Los preceptos de forma en el derecho privado suizo* (Madrid 1919).

## Lección VII

### La edad de la descodificación

IRTI, Natalino, “Dal diritto civile al diritto agrario. Momenti di storia giuridica francese”, en *Rivista di diritto agrario*, 40 (1961), 226-331. HIRSCH, Ernst E., “Probleme der Kodifikation im Lichte der heutigen Erfahrungen und Bedingungen”, en *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie* (Berlin 1966), 139-160. REHBINDER, Manfred, “Status, Contract and the Welfare State”, en *Stanford Law Review*, 23 (1971), 941-955. JÄGGI, Peter, *Privatrecht und Staat. Gesammelte Aufsätze* (Zürich 1976), *passim*, pero en especial 68 ss. LIEB, Manfred, “Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltkontrolle privatrechtlicher Verträge”, en *Archiv f. civilistische Praxis*, 178 (1978), 196-226. WESTERMANN, Harm Peter, “Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht”, en *Archiv f. civilistische Praxis*, 178 (1978), 150-195. DE CUPIS, A., “A proposito di codice e di codificazione”, en *Rivista di diritto civile*, 25/2 (1979), 47-53. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione* (Milano 1979; 4.<sup>a</sup> ed. 1999); trad. cast.: *La edad de la descodificación* (Barcelona 1992). AA. VV., “Il tramonto della codificazione”, en *Rivista di diritto civile*, 26/1 (1980), 52-90. OPPETIT, Bruno, “La décodification du droit commercial français”, en *Études offertes à René Rodière* (Paris 1981), 197-207. SACCO, Rodolfo, “La codification, forme dépassée de législation?”, en *Rapports nationaux italiens au XI<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, Caracas 1982 (Milano 1982), 65-81. DÖLEMAYER, Barbara, “Bürgerliches Gesetzbuch oder Spezialgesetzgebung? Die Diskussion um die Regelung des Dienstvertrages in den sächsischen Kodifikationsentwürfen”, en H. STEINDL (ed.), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte* (Frankfurt a.M. 1984), 137-172. CASTRONOVO, G., “Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni fra diritto privato generale e diritti secondi”, en *Jus* 32 (1985), 20-80. SCHMIDT, Karsten, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts* (Heidelberg 1985). CARROZZA, Antonio, “La décodification du droit agraire italien”, en *Aspects du droit privé en fin du 20<sup>e</sup> siècle, Études pour M. de Juglart*

(Paris 1986), 205-213. IRTI, Natalino, “Decodificazione”, en *Digesto* (4.<sup>a</sup> ed., Torino 1990), separata. BYDLINSKI, FRANZ, “Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze”, en *Festschrift Robert Walter* (Wien 1991), 105-115. ALPA, Guido, *La persona. Tra cittadinanza e mercato* (Milano 1992). ALPA, Guido, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali* (Roma/Bari 1993). CASTRONOVO, Carlo, “Decodificazione, delegificazione, ricodificazione”, en *I cinquant’anni del Codice civile. Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, II (Milano 1993), 475-497. CORSALE, Massimo, “La codificazione vista dall’età della decodificazione”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 23 (1993), 423-437. MALÝ, Karel V./CARONI, Pio (eds.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung* (Prag 1998). GENNER, Susanne, *Dekodifikation. Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht* (Basel/Genf/München 2006).

## APÉNDICE DOCUMENTAL



## TEXTO 1

La decisiva influencia del sistema político (monárquico o republicano) sobre las modalidades y etapas del proceso que llevó a la unificación del derecho privado en los distintos Estados europeos

a) Intervención en la Asamblea federal suiza de Richard, consejero de los Estados, 1897

Señores, crear de una sola vez el derecho positivo de un pueblo es siempre una grandiosa y difícil tarea, muy delicada. Alemania le ha dedicado un cuarto de siglo y su ejemplo ni siquiera es concluyente, pues Alemania ha emprendido esta tarea en condiciones excepcionalmente favorables. El terreno estaba bien preparado: unidad de lengua y principios gubernamentales monárquicos propicios a la unificación y a la centralización, de suerte que pudo eliminar fácilmente de su camino todos los obstáculos que surgían. El principio monárquico es un instrumento admirable y excelente en manos del legislador para realizar la gran empresa de unificar y sobre todo de centralizar el derecho.

b) Informe parlamentario del consejero nacional suizo L. Ruchonnet, 1868

¿Y qué es preferible a los concordatos? Las leyes federales. Sí, las leyes federales que eliminarán el derecho de los cantones de hacer sus leyes de derecho privado. Pero, señores, quitadles a los cantones esta parte de soberanía que les caracteriza de modo particular y los convertís en prefecturas... Sí, en prefecturas, como los departamentos franceses, como nuestros cantones bajo la República helvética cuya historia debería servirnos de lección.

Quiero decir que este respeto a las soberanías cantonales es un obstáculo para las grandes cosas, que no se hubiera hecho jamás el Código Napoleón si se hubiera temido ofender las costumbres de las diferentes provincias de la República. Reconozco que el Código Napoleón es quizá la obra más grande de esta centralización opresora de la que Francia intenta hoy liberarse; reconozco también que este código no hubiera visto probablemente la luz

sin la enérgica intervención del primer cónsul. Pero señores ¿sois partidarios de la actuación imperial? ¿Estáis celosos de los laureles de la dinastía napoleónica?

Os digo que hacer un código en Suiza como se hizo en Francia sería un ataque a nuestro derecho político. Que se hable el lenguaje de la razón que se impone por sí misma a las inteligencias; pero la razón deja de tener razón cuando se impone por la violencia. Señores, queremos entendernos, sabemos hacer sacrificios para mejorar la posición material y moral de los ciudadanos y para facilitar nuestras relaciones entre los cantones, pero queremos hacer estos sacrificios libremente, porque no hemos aprendido a andar espoleados.

c) Mensaje del Consejo federal a los Consejos legislativos de la Confederación sobre la revisión de la Constitución federal suiza, 1 de julio de 1865

En otros muchos países, sobre todo en los que, como nosotros, rinden culto al progreso religioso y político, los hebreos no están sometidos a restricciones en la misma medida en que lo están en Suiza. Para explicarse cómo ha podido subsistir hasta hoy, en la Suiza de amables costumbres y de sentimientos benévolos, una anomalía tal desde el punto de vista de la humanidad, no debe olvidarse que Suiza no es un país gobernado por la voluntad de uno solo o de un parlamento ilustrado, sino un país en el que la percepción individual de cada ciudadano tiene más peso que en otro lugar, un país en el que la admisión a todos los derechos de la comunidad tiene más trascendencia para el individuo que en cualquier otro lugar, un país en el que un error no puede ser enmendado desde arriba enfrentándose a la opinión popular, sino solo procediendo con el pueblo y por el pueblo, un país en el que se realizan muchos progresos en ciertas esferas, quizá más tarde que en otros lugares, para convertirse entonces en una conquista real y duradera del espíritu del pueblo.

## TEXTO 2

## La estrategia codificadora de los humanistas franceses

F. Hotman, *Antitriboniano* (1567), Paris 1603, cap. 18

En todo caso, para no renunciar del todo al derecho concedido de juzgar todas las causas, me parece (sobre todo en esta época en la que Dios ha querido conceder a nuestra Francia un Solón como Michel de L'Hospital) que sería posible reunir un gran número de jurisconsultos junto a algunos hombres de estado y otros tantos abogados y prácticos de los más notables de este reino, con el encargo de reunir todo lo que observaran y sacaran tanto de los libros de Justiniano (de los que podrían escoger lo más hermoso y mejor, que sería, a decir verdad, un tesoro inestimable) como de los de la filosofía y, por último, de la experiencia adquirida en el manejo de los asuntos. Se seguiría de esta manera el ejemplo del gran Julio César, de quien Suetonio dice así: «Confiere al derecho civil una determinada forma y, de una gran cantidad de leyes dispersas, reúne las que son mejores y necesarias en un número reducidísimo de libros». Para ello sería también muy útil y digno de legisladores cristianos examinar qué podría sacarse y recogerse de las leyes de Moisés; no las que conciernen al estado, forma y policía de la república judía (claramente abolidos por la venida de Jesucristo), sino las que se basan en lo que es conforme a la justicia, razón y equidad natural a la que todos los hombres, tanto los anteriores a Moisés como los que vinieron a continuación y aún vendrán después de nosotros, estuvieron y están sometidos por derecho natural. A este derecho natural le llamaron los antiguos paganos derecho de gentes o de los pueblos. Sería una violencia intolerable e indigna de gentes con el nombre y título de cristianos respetar y venerar las leyes de los paganos romanos, sobre todo, como dijimos, las de los más infames y odiosos tiranos, y despreciar sin embargo las que la sabiduría divina estableció para la policía de su pueblo y de su república. Así pues, de una reunión y relación como esta se seguiría que los diputados redactarían en lenguaje vulgar e inteligible uno o dos hermosos volúmenes, tanto del derecho público concerniente a los asuntos de estado y de la Corona como de todas las partes del derecho de los particulares, siguiendo el orden y regularidad de los libros de Justiniano en

aquello que les pareciera oportuno, componiendo, como se dijo al principio, el conjunto necesario para el estado y forma de la república francesa.

## TEXTO 3

Crítica ilustrada al derecho romano, es decir, la caída del mito justiniano

a) «Derecho romano», *Enciclopedia de Diderot y d'Alembert*, vol. 1, 1755

Hay que admitir, sin embargo, que pese a su belleza, el derecho romano tiene grandes defectos. En efecto, el Digesto no es más que una reunión de fragmentos sacados de diferentes libros de los jurisconsultos, y el Código, asimismo, no está compuesto sino de fragmentos de diferentes constituciones de los emperadores. Por más cuidado que se haya tenido al adaptar todos estos pedazos separados, no llegan a tener una continuidad muy lógica entre ellos. Por eso aparecen algunas contradicciones entre varias leyes.

Otro defecto de estas leyes es que la mayoría, en lugar de contener decisiones generales, no son sino especies singulares, y el conjunto no forma un sistema metódico de jurisprudencia, salvo las Institutas, demasiado abreviadas sin embargo para encerrar todos los principios del derecho.

Por lo demás, en el Digesto hay leyes que han sido reformadas por el Código. Uno y otro recogen leyes que han sido abrogadas por las Novelas, y las últimas Novelas han derogado en algunos puntos algunas de las anteriores.

En fin, el derecho romano contiene muchas cosas que no convienen a nuestras costumbres, por ejemplo, todo lo que se refiere al gobierno político y a la administración de justicia, los oficios, las fórmulas de las acciones y otros actos, los esclavos, las adopciones, etc.

Pero pese a todos esos inconvenientes, hay que admitir también que el derecho romano es la mejor fuente de la que extraer la ciencia de las leyes, y que un jurisconsulto que se limitara a estudiar las leyes particulares de su país prescindiendo del conocimiento del derecho romano no sería nunca sino un hombre superficial. Digamos más bien que no merecería el nombre de jurisconsulto y que no sería sino un práctico mediocre.

b) Alessandro Verri, fragmentos de artículos aparecidos entre 1764 y 1766

Este amasijo de leyes, monumento de una gran obra mal realizada, puede

compararse a las ruinas de un edificio grande e informe que se pensó solo en destruir. No bastaba con reducir tantos volúmenes a uno solo, había que fijar los principios generales. ¿Y por qué nunca se recogieron en las Pandectas fragmentos de Vulpiano y de Paulo? ¿Por qué venerar tanto algunas respuestas a casos particulares y dejarlas para la posteridad? Un legislador que, al realizar un código, no se limita a los principios generales para deducir de ellos todas las consecuencias hará, a poco que pueda, una enorme biblioteca de volúmenes, como mínimo, inútiles. Sé que al legislador humano no le es posible encerrar en las leyes todos los casos posibles, pero sé también que serán mejores las leyes que incluyan la mayor parte posible. Y si en algo no se puede alcanzar la perfección porque estuvo siempre lejos de las vicisitudes humanas, es necesario acercarse a ella lo más posible.

No soy desde luego de la opinión de quienes respetan las leyes justinianas con una estúpida veneración sin haberlas siquiera tenido, en su mayor parte, en sus manos o, aun habiéndolas leído, en gran parte no las entendieron o bien disimulan su desprecio interno porque se aprovechan de la común idolatría por las leyes romanas, haciéndose ricos a costa de la ceguera de otros.

Las Pandectas pueden considerarse como un amasijo de leyes en el que reina la razón o la opinión y del que puede extraerse mucha luz y mucho conocimiento para la formación de un nuevo volumen de leyes, esparciendo en él en ocasiones trazos de la auténtica filosofía. Las Instituciones son, sin embargo, el único código ordenado de leyes romanas, pero no se podrá aplicar jamás este elogio al Código Justiniano en el que se recogen los edictos de los emperadores desde Adriano hasta Justiniano. La historia nos muestra la decadencia a la que había llegado el poder romano durante este período y cómo propendía a ella cada vez más, cuánto habían envilecido y oprimido ya a esa nación la tiranía y el despotismo, servidos y fomentados por los Tiberios, los Claudios, los Neronos, los Calígulas y otros monstruos semejantes. Por ello las leyes se acomodaron a la corrupción del gobierno y dejaron de estar adornadas de la antigua majestad y de la aspiración al bien público, y fueron enojosamente prolijas y se cargaron de un terrible desprecio hacia los hombres que creció de forma ilimitada, hasta el punto de llegarse al fatal paralogismo de que muchos millones de hombres estaban destinados a la felicidad de uno solo. De este espíritu destructor procede la bárbara ley dictada por los emperadores Arcadio y Honorio contra los reos de lesa majestad.

[...]

Cabría preguntarse por qué esa veneración profunda por las leyes romanas no respetaba las más saludables de todas, y por qué estas, aun siendo claras, no se observaban. Pero quien mire más de cerca las antinomias, la oscuridad y el desorden de las propias leyes verá que se trataba de impedir sus efectos manteniendo los motivos, pues no hubo jamás materia en el mundo más fecunda en interpretaciones y que invitara más a las glosas y a los comentarios que este caos de legislaciones. Y de hecho, quienes recorran algunas, sobre todo las de las Pandectas, verá que su comprensión depende en gran parte de un amplio conocimiento de las cosas romanas, de los ritos, magistrados y costumbres de la antigüedad. Por lo que, si no fuesen oscuras por otros motivos, con esto bastaba para una infinita acumulación de comentarios. Sobre ello surge naturalmente una reflexión, esto es, cuán absurdo es que nosotros tengamos unas leyes cuya comprensión queda reservada a los pocos que se dedicaron a largos estudios, escritas en una lengua que nos resulta extraña, casi como los oráculos sacrosantos de la autoridad pública, para regular los bienes y a los ciudadanos, normas de lo lícito y de lo ilícito; más que claras e inteligibles para todos (porque obligan a todos), eran una ciencia difícil y misteriosa ignorada por el vulgo profano.

Vinieron a continuación el derecho canónico y los estatutos particulares de las ciudades, y las naciones sintieron entonces el daño pero no se atrevieron a remediarlo más que en parte, por lo que dichas leyes, unidas todas ellas al resto, formaron un laberinto de jurisprudencia.

Pese a tantos volúmenes, pocas son las leyes escritas, y la tradición fue sustituida por el uso de la imprenta. Esta tradición, llamada práctica, está en manos de unos pocos. Participa de la incertidumbre común y se ha conservado con una especie de misterio siempre funesto para el progreso de la razón. Sucede en nuestros días como en la Roma antigua, cuando el colegio de los pontífices tenía el monopolio de las acciones llamadas *actus legitimi* y reservaba para sí la ciencia de las fórmulas y de las solemnidades prescritas por las leyes.

c) Carta de Federico II de Prusia a los juristas encargados de preparar el Código prusiano, 14 de abril de 1780

Por lo que [...] respecta a la propia ley, me parece muy incongruente que la mayor parte esté escrita en una lengua que no entienden quienes deben apli-

carlas. Es igualmente absurdo que en un Estado que tiene un legislador evidente se aprueben leyes que dan motivo a amplias disputas de los juristas por su oscuridad y su ambigüedad: si dichas leyes o costumbres existen en algún momento o si consiguen estar vigentes pueden ocasionar largos procesos. Debéis tratar entonces de que todas las leyes para nuestros estados y súbditos se redacten en su propia lengua y que se recojan exacta y completamente. Pero como casi todas mis provincias tienen su constitución, estatutos y costumbres especiales [...], deben reunirse y recogerse todas en un código propio para cada una de ellas, para distinguir los derechos de unas y otras. Pero sin embargo, a veces estos estatutos provinciales y costumbres se limitan solo a ciertas materias particulares y tampoco contienen normas jurídicas completas, de modo que adoptamos también entre nosotros el *Corpus Juris* del emperador Justiniano, código subsidiario en casi todos los estados europeos desde hace muchos siglos, para que en lo sucesivo se tenga en cuenta. Entre tanto, se sabe que este código romano no contiene en su mayoría más que una colección de opiniones y decisiones de juristas para casos individuales; se refiere ampliamente a las viejas y ya nada apropiadas constituciones y formalidades romanas; y está también lleno de contradicciones. Así pues, debe recogerse solo lo esencial que coincida con la ley natural y la constitución actual, suprimiendo lo inútil y colocando nuestras propias leyes territoriales en el lugar adecuado, como código subsidiario al que pueda recurrir el juez en defecto de ley provincial.

d) Franz von Zeiller, *El derecho natural privado*, 3ª ed., 1819, § 29

Puesto que el cuerpo de las leyes romanas (que, al ser restablecido, enumeraba entre las fuentes del derecho positivo el derecho de la razón) establecía en principio algunas fórmulas generales del derecho y deducía a menudo las decisiones de reglas generales ordenando a los jueces su aplicación, los numerosos axiomas del derecho que se encuentran sin conexión sistemática en ese cuerpo de leyes se habrían reducido a principios, como ocurrió al comienzo, de no haberse aunado muchas circunstancias para impedir esta reforma. La filosofía de aquella época no había logrado determinar exactamente las ideas, separar de las supuestas verdades las de la pura razón, fijar unos principios generales e introducir un método científico riguroso. La autoridad se sustituyó por la prueba limitando así la libertad de los jueces. Es compren-

sible que en esta situación el estudio de la filosofía de los juristas de aquella época, aun inagotable, se limitara a la mera exposición del sentido literal del ley, a aclararlo comparando los diferentes lugares y a facilitar su aplicación proponiendo casos prácticos. Esto explica el porqué de tanta premura para basar las decisiones legales e incluso las leyes tan solo en las reglas halladas al reunir las leyes, o en las autoridades divinas y eclesiásticas como normas fundamentales del derecho. A algunos juristas del siglo XVI se debe el mérito de haber sido los primeros en tratar científicamente la doctrina del derecho para consolidar con más fuerza el derecho positivo, aunque sus propósitos, basados en normas positivas de la propia doctrina, fueran tan insignificantes que, como dice Hufeland, apenas podían aspirar a tener un nombre en la historia del derecho natural de la antigüedad.

TEXTO 4

La concreción y la historicidad del derecho en la mentalidad ilustrada

a) Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748, I/3

La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna todos los pueblos de la tierra. Y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser sino los casos particulares a los que se aplica esta razón humana.

Deben ser tan adecuadas para el pueblo al que se dieron que sería una gran casualidad que las de una nación sirvieran para otra.

Es necesario que tengan relación con la naturaleza y con el principio del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien para establecerlo como hacen las leyes políticas, bien para mantenerlo como hacen las leyes civiles.

Deben tener relación con las características *físicas* del país; con el clima helado, caliente o templado; con la calidad del terreno, con su situación, con su tamaño, con el género de vida de los pueblos, agricultores, cazadores o pastores; deben tener relación con el grado de libertad que la constitución permite, con la religión de los habitantes, con sus inclinaciones, con sus riquezas, con su cantidad, con su comercio, con sus costumbres, con su manera de ser. En fin, tienen relación entre ellas. La tienen con su origen, con la intención del legislador, con el orden de las cosas para las que se establecieron. Hay que contemplarlas desde todos estos puntos de vista.

b) Federico II, rey de Prusia, *Disertación sobre las razones para establecer o abrogar las leyes*, 1749

Al examinar la conducta de los más sabios legisladores advertimos también que las leyes deben adaptarse al tipo de gobierno y al genio de la nación que ha de recibirlas; que los mejores legisladores tuvieron como meta la felicidad pública y que, en general, las leyes que más se adaptan a la equidad natural son, salvo excepciones, las mejores.

## TEXTO 5

La teoría ilustrada de la interpretación subyacente luego en los códigos: silogismo perfecto, prohibición de consultar el espíritu de las leyes y obligación de atenerse a la «rigurosa observancia de la letra de la ley»

a) En Francia: *Ordenanza civil*, 1667

Art. 6: Queremos que todas nuestras ordenanzas, edictos, declaraciones y cartas patentes se cumplan sin desobedecerlas, tanto en los juicios de los procesos como de cualquier otro modo; que ni estos ni los otros jueces puedan ser dispensados de ellas o moderar sus preceptos, en ningún caso ni por ninguna causa, bajo pretexto de equidad, de bien público, de acelerar la justicia o de lo que nuestros tribunales tuvieran que presentarnos.

Art. 7: Si en los juicios de los procesos pendientes en nuestros tribunales del Parlamento y en nuestros otros tribunales surge alguna duda o dificultad sobre la ejecución de algunos artículos de nuestras ordenanzas, edictos, declaraciones y cartas patentes, que en ese caso acudan ante nuestra presencia para saber cuál será nuestro deseo.

b) En Prusia: *Corpus Juris Fridericiani*, 1749

Y con esto, los particulares, y en especial los profesores, no tienen la oportunidad de corromper este derecho territorial con una interpretación arbitraria, así que Su Real Majestad prohíbe con gran severidad que nadie, quienquiera que sea, se atreva a escribir un comentario sobre el derecho territorial o sobre una parte del mismo; o emplear para la formación de los jóvenes las *limitationes*, *ampliationes* o *exceptiones* u otras similares *ex ratione legis* [...]. Por eso los profesores solo deben usar con la juventud el sistema conocido y exponerle con claridad sus *principia generalia*, etc. Su Real Majestad ha prohibido además que a partir de ahora se siga alegando en los asuntos civiles la autoridad de los doctores, de modo que cada cual debe defender sus derechos única y exclusivamente mediante este derecho territorial.

c) En Austria: *Codex Theresianus*, 1758

Todos están sujetos a las palabras expresas de nuestras leyes en su sentido propio y generalmente utilizado. Nadie puede interpretar válidamente nuestras leyes, ni ampliarlas o reducirlas con el pretexto de la diferencia existente entre las palabras y el significado de la ley.

Prohibimos también a todos los jueces que se aparten lo más mínimo de los claros preceptos de nuestras leyes con el vano pretexto de las diferencias en la justicia por la severidad de los derechos.

Pero si en el futuro le surge al juez una duda sobre si un caso está o no incluido en la ley, o la propia ley no es clara al respecto, o si dudas muy especiales e importantes impiden la observancia de la ley, siempre se recabará de Nos la interpretación adecuada de la ley.

d) Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 1764, § 4

Cuarta consecuencia: tampoco puede residir en los jueces criminales la facultad de interpretar las leyes penales, porque no son legisladores. Los jueces no han recibido las leyes de nuestros antiguos padres como una tradición doméstica y un testamento que no deja a los descendientes más tarea que la de obedecer, sino que las reciben de la sociedad viva o del soberano que la representa como legítimo depositario de la voluntad de todos; las reciben, no como una obligación por un antiguo juramento, nulo porque vinculaba voluntades no existentes e inicuo porque reducía a los hombres del estado de sociedad al estado de manada, sino como efecto de un juramento tácito o expreso que las voluntades reunidas de los súbditos han hecho al soberano como vínculo necesario para frenar y gobernar la agitación interna de los intereses particulares. Esta es la autoridad física y real de las leyes. ¿Quién será, pues, el intérprete legítimo de la ley? ¿El soberano, esto es, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez cuyo oficio consiste solo examinar si un hombre ha realizado o no una acción contraria a la ley?

En todo delito debe hacer el juez un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, forzado o no, hace más de un silogismo se abre la puerta a la inseguridad.

Nada hay más peligroso que el axioma común que precisa consultar

el espíritu de la ley. Es un dique roto ante el torrente de las opiniones. Me parece demostrada esta verdad que resulta una paradoja para las mentes vulgares, más abrumadas por un pequeño desorden actual que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en una nación. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una conexión recíproca; cuanto más complicados son, tanto más abundantes son los caminos que a ellos llegan y de ellos salen. Cada hombre tiene su punto de vista y cada hombre tiene uno diferente en cada época. El espíritu de la ley sería pues el resultado de la lógica, acertada o errónea, del juez, de su digestión fácil o difícil, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de las relaciones del juez con el ofendido y de todas las pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Vemos pues a menudo cambiar la suerte de un ciudadano en su paso por distintos tribunales, y la vida de los miserables ser víctima de los falsos razonamientos o de la actual agitación de los humores de un juez que toma por interpretación legítima el impreciso resultado de toda esa confusa serie de nociones que mueven su mente. Vemos pues castigados de forma distinta los mismos delitos por el mismo tribunal en momentos diferentes, por haber consultado no la voz constante y fija de la ley, sino la errática inestabilidad de las interpretaciones.

El desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de la ley no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación. Este inconveniente momentáneo obliga a hacer una corrección, fácil y necesaria, de las palabras de la ley que producen inseguridad, pero dificulta la fatal libertad de raciocinar de la que nacen las controversias arbitrarias y venales. Cuando un código fijo de leyes que deben observarse a la letra no deja al juez más tarea que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgar si son conformes o disconformes con la ley escrita; cuando la norma de lo justo o de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo, no es un asunto de controversia sino de hecho, entonces los súbditos no están sometidos a las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre quien sufre y quien hace sufrir, peores que las de uno solo porque el despotismo de muchos no puede corregirse sino por el despotismo de uno solo, y la crueldad de un déspota no es proporcionada a la fuerza, sino a los obstáculos. Así consiguen los ciudadanos esa seguridad en sí mismos que es justa porque es el objetivo por el que los hombres están en sociedad, y que es útil porque les da la oportunidad

de calcular exactamente los inconvenientes de un delito grave. También es verdad que lograrán un espíritu de independencia, no ya para librarse de las leyes y obstinarse frente a los magistrados supremos, sino ante quienes han osado designar con el sagrado nombre de virtud la debilidad de ceder a sus opiniones interesadas o caprichosas. Estos principios desagradarán a quienes creen que tienen el derecho de hacer caer sobre los inferiores los golpes de la tiranía que han recibido de los superiores. Deberían tener un gran temor a que el espíritu de la tiranía pudiera unirse al espíritu de la lectura.

TEXTO 6

La plenitud material del código. Las razones para deseársela y los motivos que aconsejan prudencia y resignación

a) Federico II de Prusia, *Disertación sobre las razones para establecer o abrogar las leyes*, 1749

Un cuerpo de leyes perfectas sería la obra maestra del espíritu humano en lo referente a la política del gobierno; se observaría un propósito unitario así como reglas tan exactas y adecuadas que un Estado guiado por estas leyes sería como un reloj cuyas piezas se construyeron todas ellas para el mismo fin. Se hallaría en ellas un conocimiento profundo del corazón humano y del genio de la nación; los castigos serían moderados, de modo que, manteniendo las buenas costumbres, no serían ni blandos ni severos, las ordenanzas claras y precisas jamás darían lugar a litigios. Se basarían en una delicada selección de cuanto hay de extraordinario en las leyes civiles y en una aplicación ingeniosa y sencilla de estas leyes a los usos de la nación: todo estaría previsto, todo estaría coordinado y nada sería motivo de inconvenientes. Pero las cosas perfectas no pertenecen a los hombres.

[...]

Unas pocas leyes sabias hacen feliz a un pueblo; muchas leyes son un obstáculo para la jurisprudencia. Así como un buen médico no sobrecarga a sus enfermos con medicamentos, el legislador hábil no sobrecarga al público con leyes superfluas; demasiadas medicinas son nocivas entre sí, impiden entre sí sus efectos; demasiadas leyes se convierten en un laberinto en el que se pierden los juriconsultos y la justicia.

b) J. Bentham, *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*, 1780

Redacción completa, esta es pues la primera regla. No será ley nada que no esté en el cuerpo de leyes. No hay que relacionar nada con los usos ni con leyes extranjeras ni con el supuesto derecho natural ni con el supuesto derecho

de gentes. El legislador que adopta, por ejemplo, el derecho romano ¿sabe lo que hace? ¿Puede saberlo? ¿No es un terreno de eternas disputas? ¿No es entregar a la arbitrariedad, con una sola palabra, todo lo que se le quiere quitar? Esta mezcla ¿no basta para corromper todo un código? Si se ponen juntas dos cantidades, una finita y otra infinita, la suma será infinita: es un axioma matemático.

La ley escrita es la única que merece el nombre de ley. La ley no escrita es, hablando con propiedad, una ley conjetural, una ficción de ley. La ley escrita tiene una base segura, expresa; hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de esta voluntad, un momento conocido para su nacimiento. La ley no escrita no tiene nada de esto. Se ignora su origen, siempre está en crecimiento, jamás puede estar acabada, se modifica sin darse cuenta. Si tiene un legislador, es el propio juez; legislador cuyas leyes son siempre particulares y siempre y necesariamente *ex post facto*; legislador que no promulga sus leyes sino arruinando a aquellos sobre quienes recaen.

La enorme utilidad de la ley es su certeza. No existe, no podría existir en la ley no escrita. Al no poder encontrarla en ningún lugar, el ciudadano no puede tomarla como guía. Se limita a consultar, reúne a abogados, recoge tantas opiniones como su fortuna se lo permite y, con frecuencia, todo este proceso ruinoso no lleva más que a crear nuevas dudas.

Solo la gran integridad de un tribunal puede impedir que los jueces conviertan una ley no escrita en un medio permanente de favores y de corrupción.

Pero allá donde existe, los hombres de ley serán sus defensores e incluso sus inocentes admiradores. Se desean los medios que proporcionan poder, reputación y fortuna. La ley no escrita gusta por la misma razón por la que a los sacerdotes de Egipto les gustaban sus jeroglíficos, por la misma razón por la que a los sacerdotes de todas las religiones les gustan los dogmas y los misterios.

c) Portalis, *Discurso preliminar pronunciado en la presentación del proyecto de Código civil francés*, 1801

Hemos evitado igualmente la peligrosa pretensión de querer prever y regularlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código les parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que se atreven a prescribir al

legislador de manera imperiosa la terrible tarea de no dejar nada a la decisión del juez?

Hágase lo que se haga, las leyes positivas no reemplazarían jamás del todo el uso de la razón natural en los asuntos de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan distintas, la comunicación entre los hombres es tan activa, sus intereses han aumentado tanto y sus relaciones son tan amplias que le es imposible al legislador atender a todo.

En las propias materias a las que presta especialmente atención hay infinidad de detalles que se le escapan o que son demasiado polémicos y variados para poder ser objeto del texto de una ley. Además ¿cómo dominar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o al declive imperceptible de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular por adelantado lo que solo la experiencia puede descubrirnos? ¿Puede acaso la previsión acceder a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?

Un código, por muy completo que parezca, apenas está terminado y ya se le presentan al magistrado mil cuestiones inesperadas. Porque las leyes, una vez redactadas, quedan tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están en acción y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son modificados de diferentes maneras por las circunstancias, produce siempre nuevas combinaciones, nuevos hechos y nuevos resultados.

Así pues, es necesario dejar muchas cosas a la autoridad de la costumbre, a la discusión de hombres instruidos y al arbitrio de los jueces. El oficio de la ley es fijar con amplitud de miras las máximas generales del derecho y establecer principios fecundos en consecuencias, no el de descender a los detalles de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

d) Franz von Zeiller, *El derecho natural privado*, 3ª ed., 1819, § 25

Si el jurista desea juzgar rectamente debe tener presente la idea del asunto legal propia del caso que se somete a su juicio (por ejemplo, las características del contrato). Es su obligación conocer claramente las leyes que tienen relación con él, y como es raro que se encuentren resueltos literalmente en ellas los casos imprevistos, conviene que se esfuerce en comprender el significado y el espíritu de la ley y que se remonte a los principios del derecho natural de los que partió el legislador. Sin este espíritu investigador nunca acabarán

las quejas sobre la excesiva brevedad e imperfección de las leyes y sobre la necesidad de tantas interpelaciones y aclaraciones. Los abogados y los jueces deben instruir a las partes acerca de la justicia y de la injusticia de sus pretensiones, pero ¿cómo esperar eso de ellos si no conocen más que la mera letra de la ley? Los tribunales deben exponer al legislador sus razones contra las leyes que creen que lesionan los derechos del hombre y del ciudadano. Pero aunque una ley positiva sea justa no se puede juzgar por ella, sino por los principios generales del derecho. Y así como en general al final se desvanece (si no me equivoco) el sueño engañoso de un código perfecto que resuelva todos los casos, así permanecerá siempre la doctrina del derecho (natural) junto con el código, aunque solo de manera subsidiaria pero segura y decisiva para los casos legales imprevistos.

## TEXTO 7

Cómo pudo la convergencia de intereses heterogéneos (e incluso contrapuestos) propiciar la racionalización del derecho que permitió la codificación

Max Weber, *Economía y sociedad*, 5ª ed., 1972

La penetración de elementos formales racionales, a expensas de esta situación típica del derecho patrimonial que observamos en Occidente en la edad moderna, derivaba de la propia necesidad interna de la administración patrimonial del príncipe. Este es, sobre todo, el caso de la eliminación del predominio de los privilegios estamentales y del carácter estamental de la judicatura y de la administración. Frente a esto, creció la racionalidad, lo que significa que predominaron la igualdad jurídica formal y las normas formalmente objetivas, así como el poder del príncipe y sus intereses frente a los de los privilegiados. El “reglamento” en lugar del “privilegio” servía para ambos. Distinto fue cuando se puso en duda la limitación de la plena voluntad libre patriarcal en beneficio 1) de reglas estables y 2) de las reivindicaciones estables de los súbditos contra la justicia, es decir de la cuestión de la garantía de los “derechos subjetivos”. Como sabemos, ambas cosas no son idénticas: una solución de conflictos mediante reglamentos administrativos no significa aún que exista una garantía de los “derechos subjetivos”. Y por último, no solo la existencia de normas fijas objetivas, sino la de un “derecho” objetivo en sentido estricto es, en general, al menos en el ámbito del derecho privado, la única forma segura de garantía de esa sujeción a normas objetivas. Pero sobre esta garantía actúan los intereses económicos de grupo que el príncipe quiere favorecer y asegurar para sí a toda costa porque sirven a los intereses fiscales y políticos de su poder. Ante todo, naturalmente, los intereses burgueses, que deben exigir una voluntad administrativa unívoca, clara e irracional, así como la eliminación de los fallos irracionales por privilegios concretos y, ante todo, el compromiso jurídico de contratos con una garantía firme y, como consecuencia de todas estas características, un derecho que funcione de manera predecible. La alianza entre los intereses principescos y los estratos burgueses fue, por lo tanto, una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal. No en el sentido de que estos poderes necesitaran siempre

una “cooperación” directa, pues el racionalismo económico privado de los estratos burgueses es un factor independiente del racionalismo utilitarista profundamente opuesto por parte de los oficiales públicos de la administración. Y el interés fiscal del príncipe, más allá de los intereses capitalistas ya existentes, intenta preparar el terreno antes de que se hagan presentes. Pero la garantía de los derechos es independiente de la voluntad del príncipe y de los oficiales públicos, no reside en absoluto en la genuina tendencia al desarrollo propia de la burocracia. Por lo demás, tampoco reside incondicionalmente en los intereses capitalistas. Por el contrario, se trata de la forma más antigua del capitalismo, con una orientación política esencial de cuya oposición al capitalismo moderno “burgués” hablaremos a menudo. E incluso los inicios del capitalismo burgués no muestran ese interés típico por la garantía de los derechos subjetivos, o lo hacen únicamente en medida limitada y, a menudo, ocurre lo contrario. Pues no solo los grandes monopolistas coloniales y del comercio, sino también los grandes empresarios del período mercantil manufacturero se ampararon en el privilegio principesco que, con frecuencia, quebrantaba el derecho común vigente, en especial el derecho corporativo, y desafiaba la airada resistencia de la clase media burguesa, lo que llevó a los capitalistas a pagar un alto precio por sus oportunidades de beneficio dada su precaria situación jurídica frente al príncipe. De este modo, el temprano capitalismo mercantil encauzado en una línea política y monopolística puede estar interesado en crear y apoyar el poder patriarcal del príncipe frente a los estamentos y también frente al estamento industrial burgués, como ocurría en la época de los Estuardo y como ocurre hoy en amplios sectores y volverá a ocurrir. A pesar de todo, con la intervención del *imperium* en la vida jurídica, en especial el *imperium* del príncipe, cuanto más fuerte y permanente resultaba su poder, tanto más se inclinaba la unificación y sistematización del derecho hacia la “codificación”. El príncipe quiere “orden”. Y quiere la “unidad” y la plenitud de su derecho, por una razón que procede tanto de las exigencias técnicas de la administración como de los intereses personales de sus oficiales públicos: la unificación jurídica facilitó el destino de sus oficiales públicos en todo el ámbito de su reino sin distinción y supuso mayores oportunidades de carrera para ellos, al no estar ya ligados a su demarcación de origen cuyo derecho era el único que conocían. Los oficiales públicos aspiran en general a la “claridad” del derecho y el estamento burgués a la “seguridad” en la aplicación del derecho.

## TEXTO 8

La vieja sociedad feudal: por qué fue necesaria una revolución global para aislar y cambiar algunos de sus elementos, los que pertenecían en especial a la esfera «social»

a) A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución*, 1856, I/5

La Revolución no se hizo, como se creyó, para destruir el imperio de las creencias religiosas; a pesar de las apariencias, fue esencialmente una revolución social y política; y, en el ámbito de las instituciones de este tipo, no pretendió perpetuar el desorden, convertirlo en algo estable por así decirlo, ordenar la anarquía, como decía uno de sus principales adversarios, sino más bien aumentar el poder y los derechos de la autoridad pública. No debía cambiar el carácter que nuestra civilización había tenido hasta entonces, como pensaron algunos, detener sus avances, ni siquiera alterar la esencia de ninguna de las leyes fundamentales sobre las que descansan las sociedades humanas en nuestro Occidente. Al separarla de todos los accidentes que han cambiado momentáneamente su fisonomía en diferentes épocas y en diferentes países para considerarla tan solo en sí misma, se ve claramente que esta revolución no tuvo más efecto que abolir esas instituciones políticas que, durante varios siglos, habían reinado de manera exclusiva en la mayor parte de los pueblos europeos y que se designan de ordinario con el nombre de instituciones feudales, para sustituirlas por un orden social y político más uniforme y más simple que tenía como base la igualdad de condiciones.

Esto bastaba para hacer una revolución inmensa, pues con independencia de que las instituciones antiguas estuvieran aún mezcladas y como entrelazadas con casi todas las leyes religiosas y políticas de Europa, habían inspirado además una multitud de ideas, de sentimientos, de hábitos y de costumbres que eran inseparables de ellas. Fue necesaria una horrible convulsión para destruir y extraer de repente del cuerpo social la parte que dominaba de esta manera a todos sus órganos. Esto hizo que la Revolución pareciera aún más grande de lo que era; parecía destruirlo todo, pues lo que destruía afectaba a todo y, por así decirlo, se adhería a todo.

Por muy radical que fuera la Revolución, innovó sin embargo menos de lo que en general se supone: lo expondré más adelante. Lo que de verdad se puede decir de ella es que destruyó por completo, o está destruyendo (porque aún continúa), todo lo que, en la antigua sociedad, derivaba de las instituciones aristocráticas y feudales, todo lo que se vinculaba a ellas de alguna manera, todo lo que llevaba, en el grado que fuera, su más mínima huella. No conservó del antiguo mundo más que lo que había sido siempre ajeno a estas instituciones o podía existir sin ellas.

b) K. Marx, *Sobre la cuestión judía*, 1844

La emancipación política supone al mismo tiempo la descomposición de la vieja sociedad sobre la que descansa el sistema político ajeno al pueblo, el poder señorial. La revolución política es la revolución de la sociedad civil. ¿Cuáles eran las características de la vieja sociedad? Una palabra las califica: feudalismo. La vieja sociedad civil tenía una naturaleza política directa, es decir, los elementos de la vida civil, como por ejemplo la posesión o la familia o el modo de trabajo, se habían encumbrado como elementos de la vida civil del Estado bajo la forma de propiedad territorial, estamento y corporación. De este modo, determinaban la relación del individuo con el conjunto del Estado, es decir, su relación política, esto es, su relación de separación y de exclusión respecto a las otras partes de la sociedad. En efecto, esa organización de la vida del pueblo no convertía la posesión o el trabajo en elementos sociales, sino que consumaba más bien su separación del conjunto del Estado y los organizaba como sociedades peculiares dentro de la sociedad. Así, las funciones y las condiciones de vida de la sociedad civil seguían siendo, al mismo tiempo, políticas, aunque políticas en el sentido del feudalismo, es decir, excluían al individuo del conjunto del Estado, transformaban la relación particular de su corporación con el Estado en su propia relación general con la vida del pueblo, así como su actividad y situación civil concretas en su actividad y situación generales. A consecuencia de esta organización, la unidad del Estado, así como la conciencia, la voluntad y la actividad de la unidad estatal, el poder general del Estado, se presentan necesariamente como el asunto particular de un señor separado del pueblo y de sus servidores.

La revolución política que derribó este poder señorial y convirtió los asuntos del Estado en asuntos del pueblo, que convirtió el Estado político en

un asunto general, es decir, en un verdadero Estado, tuvo que destruir todos los estamentos, corporaciones, gremios y privilegios, que eran otras tantas manifestaciones de la separación del pueblo respecto a su comunidad. La revolución política suprimió con ello el carácter político de la sociedad civil. Destruyó las partes constitutivas simples de la sociedad civil, por un lado los individuos y por el otro los elementos materiales y espirituales que construyen el contenido de la vida, la situación civil de estos individuos. Desligó el espíritu político, que estaba también dividido, separado y disperso en los distintos callejones sin salida de la sociedad feudal; lo sacó de esta dispersión, lo liberó de su confusión con la vida civil y lo constituyó como esfera de la comunidad, de la actividad general del pueblo, en una independencia ideal respecto de los elementos particulares de la vida civil. Las específicas actividades y condiciones de vida se redujeron a un significado tan solo individual. Ya no conformaron la relación general del individuo con el conjunto del Estado. La cosa pública en cuanto tal se convirtió más bien en el asunto general de cada individuo y la función política se convirtió en su función general.

TEXTO 9

La abstracción del derecho como consecuencia de la desmaterialización. La enumeración de las materias finalmente eliminadas del Código

F. von Zeiller, *Comentario al Código civil de la monarquía austriaca*, 1815, “Nociones preliminares”

§ XIV. El Código civil, según su idea y conforme a la comisión originaria dada para su compilación, debe limitarse a los derechos privados. Cada ramo de la legislación tiene una finalidad, un objeto, una extensión, un plano propio e inmediato según el cual sus prescripciones particulares deben presentarse puras (sin mezcla de materias heterogéneas) en su orden natural, sin impedimento alguno. Confundir los límites de los diferentes ramos de la legislación lleva consigo la confusión de ideas, los inconvenientes y el desorden en el manejo de los asuntos y, con frecuencia, incluso lesiones sumamente dañosas para los derechos privados o atentados contra el poder supremo.

§ XV. Conviene por lo tanto separar 1) el código civil del código de leyes y disposiciones políticas. Aquel tiene por objeto a) las relaciones privadas de derecho de los miembros del Estado; este, las relaciones públicas, esto es, de los súbditos con el poder público (como la organización de la administración del Estado, las relaciones políticas con los Estados extranjeros, la policía en toda su extensión, el comercio, la administración de las finanzas y otras semejantes). Aquel determina b) los derechos recíprocos de las personas privadas, este los deberes de los habitantes para la conservación del orden público y del bienestar general. c) Conforme a la regla de que donde no hay actor no hay juez, las autoridades civiles conceden su ayuda (ordinariamente) solo a instancia del interesado que (puede y) quiere hacer uso de su derecho (disponible). Las autoridades políticas vigilan y actúan continuamente, incluso sin instancia de parte, a favor de la seguridad pública y privada. 2) Conviene separar también el código penal (criminal y político), que no determina los derechos como el civil, ni los deberes como el político, sino que asegura y sanciona a unos o a otros, es decir, castiga las contravenciones correspondientes. 3) Conviene distinguir finalmente la regulación judicial civil, que determina

el procedimiento judicial en las materias de jurisdicción contenciosa y voluntaria. El código es la formulación sistemática de los derechos recíprocos privados y, en general, solo dispone que el ciudadano no debe ejercer sus derechos por su propia autoridad, sino por medio de la administración pública de justicia, y debe esperar de esta la garantía y el reconocimiento de sus derechos. La instrucción práctica sobre el modo de proceder a este respecto y las disposiciones, en parte eventuales y variables según el tiempo y las circunstancias, que deben observarse o por las partes y sus defensores o por los jueces y sus empleados y dependientes pertenecen a la regulación judicial y a las normas propias del oficio.

§ XVI. A decir verdad, no se puede negar que todos estos ramos de la administración pública están más o menos enlazados unos con otros y que sus límites son siempre problemáticos, ni tampoco que se modifican aquí y allá por una práctica profundamente arraigada que no puede corregirse fácilmente. Sin embargo, no puede dejar de agradecerse la diligencia al compilar este Código para conservar o restablecer la conveniente separación de límites con tal de no ocasionar con ello una violenta alteración en la andadura habitual de los negocios, una penosa separación de las partes unidas entre sí o sensibles lagunas en la legislación. De este modo, se dejaron a la legislación y administración política: 1) Las regalías y derechos fiscales fundados en la constitución política, así como las ordenanzas prácticas aunque limiten o amplíen algunos derechos privados como, por ejemplo, los reglamentos sobre la caza, sobre bosques y sobre el comercio, o las que se refieren a los servidores domésticos o a las relaciones de los dueños de los fundos con quienes les están sometidos, los diferentes derechos de condición, los privilegios y similares, llamando la atención del ciudadano sobre ellos al citarlos en los lugares oportunos, como por ejemplo en los §§ 13, 32, 140, 290, 344, 383-385. 2) Pero igualmente se comprende en el Código el derecho a resarcirse que nace para el perjudicado de un delito o de una grave transgresión de policía, así como los efectos que respecto a los derechos privados trae consigo la condena; por el contrario, respecto a la pena aplicada, sí se hizo referencia en muchas ocasiones al Código penal. 3) Y aunque en el Código civil se trate del título y de la extensión de los derechos y de las acciones que de ellos puedan derivar, así como de los modos legítimos de obtener la tutela, las herencias o la garantía de los derechos, se dejan no obstante para el reglamento judicial los medios de prueba y las formas de las demandas, así como las funciones de los magistrados sobre

el destino de los tutores, sobre la adición de la herencia o sobre el orden de los registros públicos de la propiedad e hipotecarios.

§ XVII. Además de esto, en parte por consideraciones generales que por ello deben separarse del Código civil conforme al cual deben juzgar los tribunales, las leyes políticas y, en general, las disposiciones que se encomiendan a la administración de otras autoridades o las que, por su amplio objeto particular, deben dedicarse algunos de los ramos de legislación civil, y porque el Código debe ser un *jus universale* aplicable a todas las clases de ciudadanos; y en parte también por motivos especiales, se excluyeron del Código los siguientes ramos de legislación: a) el derecho canónico, pues contiene las ordenanzas políticas sobre la investidura de beneficios, sobre las funciones de los superintendentes de las iglesias, sobre las rentas del clero, etc.; b) las leyes militares, de cuya compilación se ocupa la oportuna comisión áulica; c) el derecho feudal; e) el de comercio; todos los cuales fueron citados en los lugares oportunos (como por ejemplo en los §§ 54, 402 y 359).

TEXTO 10

El código abstracto y general: contempla exclusivamente derechos y modalidades de adquisición formalmente accesibles a todos los sujetos jurídicos

a) Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748, XI/6

Los otros dos poderes podrían entregarse más bien a magistrados o a cuerpos permanentes, ya que no se ejercen sobre ningún particular, pues solo son, el uno, la voluntad general del Estado y, el otro, la ejecución de dicha voluntad.

b) J.-J. Rousseau, *El contrato social o principios del derecho político*, 1762, II/6

Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general entiendo que la ley considera a los sujetos como un cuerpo y las acciones en abstracto, nunca a un hombre como individuo ni una acción particular. Así pues, la ley puede muy bien decidir que habrá privilegios pero no puede dárselos a nadie designándole por su nombre; la ley puede establecer varias clases de Ciudadanos e incluso asignar las calidades que darán derecho a ellas, pero no puede nombrar a quienes puedan ser admitidos; puede establecer el gobierno real y la sucesión hereditaria, pero no puede elegir al rey ni nombrar a la familia real; en una palabra, una función que se refiera a un objeto individual no pertenece a la potestad legislativa.

c) F. von Zeiller, *Preparación para la más reciente legislación austriaca*, 1810

La igualdad total de bienes y derechos es un absurdo jurídico que, a causa de la desigualdad física, intelectual y moral de los hombres, jamás puede llevarse a cabo sin alterar las relaciones y los conceptos jurídicos; y cada constitución estatal necesita establecer diferencias entre los oficios y los estamentos y, por lo tanto, también en los derechos que se derivan. Pero el derecho privado no

tiene nada que ver con estos derechos estamentales en tanto que, por su naturaleza, se reduce a los derechos y modos de adquirir, que también pueden y deben estar abiertos a todos los miembros sin perjuicio de las diferencias. Conforme al código civil, todos deben unirse a los demás, pero solo mediante un acto al que puedan ser obligados recíprocamente por los otros bajo las mismas condiciones.

d) F. von Zeiller, *Comentario al código civil de la monarquía austriaca*, 1815, “Nociones preliminares”, XII

Los derechos son otorgados por la razón a todos los hombres en su calidad de persona; el objetivo de la sociedad civil es garantizarlos. La justicia no conoce diferencia alguna por razón de nacimiento, de religión, de edad, de rango o de condición. Esta diferencia es sin duda necesaria para la legislación política. Pero el *jus* privado se limita a los derechos y al modo de adquirirlos que, salvadas las citadas diferencias políticas, deben y pueden corresponder a todos los habitantes que no estén sujetos a la dependencia de otro. Se promete incluso la protección de los derechos y la administración de justicia a los extranjeros al autorizar su entrada en el territorio del Estado, así como el comercio con los ciudadanos. Si las leyes civiles conceden una protección especial o preferencia a cierta clase de personas, como a los menores o las que carecen del uso de razón, es precisamente para restablecer la igualdad de derechos alterada por la desigualdad física. Así pues, las leyes civiles deben ser igualmente justas para todos.

## TEXTO 11

La definición kantiana: el derecho como ley que fija los presupuestos para un goce perfecto de la autonomía privada de los sujetos jurídicos. La relación entre el carácter externo del derecho y la generalización de la subjetividad jurídica

a) I. Kant, *Sobre el dicho: Esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la praxis*, 1793

De todos los pactos con los que una multitud de hombres se une en una sociedad (*pactum sociale*), el pacto para instituir entre ellos una constitución civil (*pactum unionis civilis*) tiene un carácter tan especial que, si respecto a la ejecución tiene mucho en común con los demás (pues también está destinado a alcanzar un objetivo colectivo decidido libremente), se distingue de los otros esencialmente por el principio de su instauración (*constitutionis civilis*). La unión de muchos para una (común) finalidad (que todos tienen) se encuentra en todos los pactos sociales. Pero la propia unión es en sí misma un fin (que todos deben tener) y por lo tanto es el deber incondicional y primero en las relaciones externas de los hombres en general, que no tienen otro remedio que establecer entre ellos relaciones recíprocas; dicha unión existe solo en una sociedad que ha tenido hasta entonces una constitución civil, esto es, que constituye una entidad común. Así pues, el fin, que en estas relaciones externas es un deber en sí mismo y la propia condición formal (*conditio sine qua non*) de los demás deberes externos, es el derecho de los hombres a someterse a leyes públicas coercitivas para que cada uno pueda disponer de lo suyo y pueda sentirse seguro ante las injerencias de los otros.

Pero el concepto de derecho externo procede en general del concepto de libertad en las relaciones externas de los hombres entre sí, y no tiene nada que ver con el fin natural de todos los hombres (la búsqueda de la felicidad) ni con la disposición de los medios para lograrlo; de modo que este último fin no debe incluirse en absoluto en la ley como una disposición esencial. El derecho es el límite de la libertad de cada cual acerca de las condiciones de su acuerdo frente a la libertad de los demás, hasta donde esta sea posible según una ley general; y el derecho público es la síntesis de las leyes externas

que hacen posible este acuerdo permanente. Puesto que cada limitación de la libertad a través de la voluntad de otro se llama violencia, de ello se sigue que la constitución civil es una relación de hombres libres que (sin perjuicio de su libertad en el conjunto de sus vínculos con los demás) viven bajo leyes coercitivas, puesto que la propia razón lo quiere y aun cuando la pura razón legislativa no tenga en cuenta de antemano ningún fin empírico (todo lo cual puede comprenderse bajo el nombre general de felicidad); en vista de ello y como todos quieren fijarlo, los hombres piensan de forma totalmente diferente, y nadie quiere sujetar su voluntad a ningún principio común ni a ninguna ley externa que la haga coincidir con la libertad de los demás.

b) I. Kant, *Metafísica de las costumbres*, 1797 (Introducción a la doctrina del derecho)

El concepto de derecho, al sustentarse en su correspondiente obligación (esto es, el concepto moral del mismo), afecta en primer lugar solo a la relación externa, aunque práctica, de una persona con otra, por cuanto sus actos pueden tener (directa o indirectamente) influencia recíproca. Pero, en segundo lugar, no significa que haya una relación de la voluntad con el deseo (ni por lo tanto con la mera necesidad) de los demás, como en los actos de caridad o de crueldad, sino únicamente con la voluntad del otro. En tercer lugar, en esta relación recíproca de voluntad no cabe en absoluto la materia de la voluntad, esto es, el fin que cada uno tiene como meta o contempla para el objeto que quiere; por ejemplo, no se preguntará si alguien podría encontrar o no un beneficio con la mercancía que yo he comprado en su propio comercio, sino solo acerca de la forma de la relación bilateral de voluntad, si se considera solo como libre, y si a causa de eso la acción de uno de los dos ha de unirse junto a la libertad de los otros en una ley general.

El derecho es también el límite de las condiciones bajo las cuales la libertad de uno puede unirse a la voluntad del otro en una ley general de libertad.

c) I. Kant, *Metafísica de las costumbres*, 1797 (El derecho privado)

El derecho natural, en un estado de constitución civil (es decir, aquel del que pueden derivarse *a priori* principios para esta última), no puede sufrir me-

noscabo por las leyes estatutarias de esta, manteniéndose así en vigor el principio jurídico de que “me lesiona quien actúa según la máxima conforme a la cual es imposible tener un objeto de mi voluntad como mío”; pues la constitución civil es solo la situación jurídica a través de la cual cada uno asegura lo suyo y no es molestado ni limitado.

d) F. von Zeiller, *El derecho natural privado*, 3<sup>a</sup> ed., 1819, § 3

En el estado de sociabilidad con sus semejantes, su propia conciencia le dice al hombre (§ 1) que, como no debe estar en contradicción consigo mismo (§ 2), tampoco debe tratarlos como un simple medio para sus fines, sino como personas y, por lo tanto, en lo exterior, al actuar sobre ellos no puede reclamar una libertad sin límites, sino que debe limitarla cuando sea preciso para evitar justamente la mencionada contradicción, la cual, mientras los hombres sean considerados simplemente, como aquí, conforme a su naturaleza, solo es posible mediante una continua limitación igual. La limitación de la libertad de cada individuo por la exigencia de que los demás también puedan existir como personas es, según la conciencia que el hombre tiene de sí mismo, el derecho (en sentido absoluto). Por lo tanto, el hombre en estado de sociabilidad con los demás, si no quiere contradecirse, está obligado a admitir la validez del derecho en este sentido.

TEXTO 12

Igualdad formal y desigualdad material en la elaboración kantiana: una coexistencia obvia y tácita

a) I. Kant, *Sobre el dicho: Esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la praxis*, 1793

Esta igualdad general de los hombres como súbditos de un Estado coexiste perfectamente con una mayor desigualdad proporcionada a la medida y al grado de lo que posee, ya sea por superioridad física o espiritual sobre los demás o por una desigualdad exterior, en función de la riqueza y sobre todo de los derechos (que pueden ser muchos) de unos sobre otros. En consecuencia, el bienestar de uno depende mucho de la voluntad de otro (los pobres de los ricos); uno debe obediencia (como el niño a los padres o la mujer al marido) y otro manda; uno sirve (como jornalero) y otro paga, etc. Pero como súbditos, para el derecho (que, como manifestación de la voluntad general, solo puede ser único y afecta a la forma jurídica, no a la materia o al objeto al que se tiene derecho) son todos iguales entre sí. Nadie puede obligar a nadie como lo hace la ley pública (y el propio ejecutor, el soberano), pero a través de esta uno puede oponerse en la misma medida a otro; nadie puede ver limitado ese poder (y por consiguiente el tener un derecho contra otro), pero puede perderlo por cometer un delito; y tampoco puede renunciar por sí mismo, esto es mediante un acuerdo, y realizar un acto jurídico para no tener derechos sino solo deberes, porque esto le despoja del derecho de hacer contratos, y por lo tanto se anularía a sí mismo.

b) F. von Zeiller, Informe de 21 de diciembre de 1801

Puesto que las leyes son necesarias para evitar la injusticia, deben regir a todos los ciudadanos por igual. En este sentido, la igualdad de derechos de todos y cada uno de los ciudadanos, de la que gozan los inhábiles, los vagos y los que carecen de mérito, así como los hábiles, los diligentes y los hombres de mérito, es un requisito absurdo y muy injusto. Que a todos los miembros

de la sociedad se les respete solamente el derecho inseparable de los conceptos de ser racional y de ciudadano; que se abra a todos el modo jurídico de adquirir; que la seguridad personal, el honor y los derechos de propiedad de la clase más baja de ciudadanos se consideren tan sagrados como los del primero, más poderoso y excelente estamento. Esa igualdad es una condición básica de la asociación estatal que jamás debe perderse de vista por parte de la legislación civil y que se acepta de una manera tan general y tan plena en nuestro inimitable actual sistema de legislación que los propios conflictos jurídicos sobre los derechos privados de los príncipes territoriales deben ser enjuiciados precisamente conforme a estas mismas reglas.

c) F. von Zeiller, *El derecho natural privado*, 3ª ed., 1819, § 50

A través de ello recibe una formulación más precisa la tesis de la igualdad entre los hombres respecto a los derechos innatos o a todos los derechos. Si se piensa en los hombres en unas circunstancias más generales, en el primitivo estado de naturaleza, sin tener en cuenta por lo tanto los hechos por los que pierden o alienan los derechos originarios, pueden así adquirirse nuevos derechos; deben considerarse, sin duda, con los mismos derechos. Luego los derechos innatos solo se basan (esencial o comúnmente) en la naturaleza de los hombres.

Así, es cierto que la naturaleza humana es tan propia de un hombre como de otro (que inevitable o comúnmente es tan hombre como otro); asimismo es cierto que debe admitirse que todos tienen los mismos derechos originarios. Al considerarse simplemente como un hombre común no puede aventajar a otro en derechos. Solo una situación especial, y sobre todo los hechos sobrevenidos, pueden producir la merma de los derechos (materiales) innatos para uno y derechos privilegiados para otro, así como originar la desigualdad de derechos. La hipótesis de la igualdad de los derechos originarios, que no debe considerarse como un derecho existente por sí mismo (y diferente a los demás), se basa en esta noción de la naturaleza de los derechos innatos. Es completamente absurda la hipótesis de una igualdad de derechos real y total. Aun cuando los hombres viviesen al principio en el estado de naturaleza, la diferencia en sus facultades intelectuales produciría una diferencia respecto a sus derechos materiales. Pero ellos realizan inevitablemente actividades, por lo que a través de la ley se limita el derecho de uno y, por el

contrario, se amplía el derecho de otro. Constituyen familias que contraen entre sí relaciones de subordinación y de dependencia. ¿Y cuán diferentes tienen que ser entonces los derechos en el Estado? Según esto, esa igualdad originaria del derecho es básicamente una abstracción de los autores que tiene una importante utilidad práctica. Nos enseña que es deseable, por muy abyecta que sea la situación de un hombre, vivir en la verdad, honrar la humanidad (el derecho originario inalienable respecto a la materia, aunque sea especialmente indefinible) y respetarla como un ser moral (como persona) inviolable y sagrado.

## TEXTO 13

La arriesgada alquimia de Puchta: la igualdad de los desiguales como clave de bóveda del nuevo derecho privado

G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8ª ed., 1875

En el terreno del espíritu hay vínculos inmateriales destinados a mantener unidas las diferentes individualidades, ya que en el espíritu corrompido por la naturaleza existe el mismo afán de diferenciarse de lo que le rodea, que conduce sin freno hacia la soberbia, hacia el egoísmo y hacia el odio. De este afán nace la desigualdad de las relaciones humanas, que necesitan de un vínculo para no quedar destruidas en una guerra de todos contra todos.

Al hombre se le dan por lo tanto dos guías, pues ese afán no debe ser suprimido, sino que debe ser dominado y controlado. Una es el amor. La segunda guía es el sentido del derecho, destinada precisamente a defender la igualdad, perteneciendo las desigualdades individuales a todos por igual: somete a la persona y la posibilidad de voluntad y pone coto al deseo del hombre de relacionarse con el otro para someterse, al tiempo que lo respeta.

[...]

Esa propiedad del derecho de unir sus principios como elementos de una globalidad orgánica es obra de su naturaleza, de la racionalidad que le es propia. La diversidad de principios jurídicos tiene su base, como hemos visto arriba, en que a través del principio de igualdad debe ser sometido lo desigual. La formación del derecho consiste en la continua contraposición de las condiciones, de lo desigual, y en su continua limitación; de este proceso proceden las instituciones jurídicas: los principios jurídicos sobre la propiedad, las obligaciones, etc., hasta llegar a las instituciones y principios jurídicos más especiales de los que se componen. De ahí que sean tan diferentes, porque la desigualdad de las condiciones repercute en el principio jurídico de la libertad, porque el derecho afectado por la desigualdad es igualdad. Así pues, es razonable que el derecho, aunque proceda de la libertad, esté condicionado por la natural necesidad de su objeto. Por eso sus principios mantienen el nexo sistemático que los condicionan y los implican mutuamente, y es posible que con la existencia de los unos finalice la de los otros.

TEXTO 14

La postura de los códigos respecto a la fuerza subsidiaria del derecho común

a) La controversia sobre el papel que debe atribuirse al derecho romano junto al Código civil: «la autoridad de la razón escrita»

Discusión en el Consejo de Estado francés sobre el art. 7 de la ley de 21 de marzo de 1804

El señor Malleville dice que hay que poner una sanción al final del Código civil, pero que esta sanción exige un profundo examen.

Como este Código no recoge todas las decisiones justas y razonables que se encuentran en las leyes romanas, las ordenanzas y las costumbres, si se abolieran todas estas reglas para no dar a los jueces más regla que el Código la consecuencia sería que uno se entregaría a la arbitrariedad en gran número de controversias.

Pero por otra parte, si permanecen juntos este Código y estas leyes, abrogando solamente aquello en lo que las leyes lo contradicen, no se habrá hecho sino aumentar esta inmensa legislación que nos agobiaba.

El señor Malleville piensa que habría que abrogar todas las leyes contrarias a las disposiciones del Código en un artículo final y añadir que las que, no siendo contrarias, deciden sobre materias que son objeto de los títulos del Código, dejarán de tener fuerza de ley y ya solo podrán citarse como razón escrita.

El cónsul Cambacérès no ve más inconveniente a la primera de estas dos propuestas que sobrecargar el Código con un artículo inútil, porque es un principio incontestable que las nuevas leyes derogan las antiguas.

Pero la segunda propuesta tendría consecuencias enojosas. Es imposible que el Código civil incluya la solución para todas las cuestiones que puedan presentarse. A partir de ahora no se debe privar a los tribunales del beneficio de extraer sus decisiones de otras autoridades.

El señor Malleville dice que si las antiguas leyes conservaran su fuerza en las disposiciones que no se recogen, el Tribunal de casación se vería obligado a reparar su infracción suprimiendo los juicios que las ofendan.

El cónsul Cambacérès responde que solo habrá infracción de ley cuando la disposición desestimada por los tribunales se encuentre recogida en el Código civil.

Añade que esta discusión es además prematura, que hay que esperar a que la sección haya terminado su trabajo y se imprima su proyecto.

[...]

El cónsul Cambacérès vuelve a tomar la palabra y dice que es evidente que las nuevas disposiciones eliminan las disposiciones anteriores, pero que sería útil cambiar el artículo 6 en este sentido para mantener la autoridad de las leyes antiguas respecto a las cuestiones y los casos que no estuvieran resueltos en el Código civil. No se puede ocultar, en efecto, que abarcarlo todo en las leyes está por encima de las previsiones humanas.

Así pues, es una ventaja no despojar a los tribunales de la ayuda que pueden encontrar en las leyes anteriores para orientarse cuando el Código civil no les ofrezca aclaración. Incluso ya en el título de las servidumbres territoriales, el alquiler y los contratos en general y en algunos otros ha habido que remitir a las leyes antiguas para el desarrollo y la aplicación de algunas disposiciones del Código civil.

Es verdad que las gentes de leyes estarán obligadas a realizar estudios más largos, pero esto es más bien una ventaja que un inconveniente. La nueva ley sobre la enseñanza del derecho así lo entiende porque obliga a estudiar el derecho romano.

El señor Bigot-Préameneu dice que si se mantuviera la fuerza de las leyes anteriores la consecuencia sería que habría procesos incluso sobre los casos previstos en el Código civil cuyas resoluciones serían menos definitivas.

En los casos no previstos, no se puede dejar al derecho romano la fuerza que tenía en los territorios de derecho escrito sin introducir en el tribunal de casación abundantes principios y jurisprudencia: se vería obligado a casar la decisión de algunos tribunales por ir contra el derecho romano, ley aplicable en su instancia; mientras que la misma decisión no daría lugar a la casación cuando hubiera sido emitida por otros tribunales en los que el derecho romano fue siempre un derecho extraño.

El derecho romano tendrá siempre en todas partes la autoridad de la razón escrita y, dentro de esos límites, será aún más útil por el hecho de que, al utilizarlo, se podrán emplear las normas de equidad que encierra sin estar obligado a utilizar las sutilezas y los errores que a veces se mezclan en él. Pero no puede proporcionar vías para la casación en ningún lugar de la república.

El cónsul Cambacérès acepta que la infracción de las leyes antiguas no dé lugar a la casación con tal de que no se les niegue a los jueces la facultad de tomarlas como guía.

b) Lo normal: la supresión de esta relación subsidiaria

Carta patente con la que el emperador Francisco I publicó el texto de la codificación austriaca (1 de junio de 1811)

Tras habernos beneficiado de esta manera de las opiniones de las personas competentes y con la experiencia adquirida en la práctica para perfeccionar este ramo tan importante de legislación, estamos decididos a promulgar este Código civil universal para todos nuestros estados hereditarios alemanes y a ordenar que se ponga en vigor el 1 de enero de 1812.

De este modo dejarán de tener fuerza de ley el *jus commune* aceptado hasta ahora, la primera parte del Código civil promulgada el 1 de noviembre de 1786, el Código civil promulgado para Galitzia y todas las leyes y costumbres que se refieren al contenido de este derecho universal.

c) Lo excepcional: la confirmación de esta relación subsidiaria

Código civil de la República y Cantón del Tesino, 1837

Art. 5. Lo que no esté determinado por la ley se regulará y decidirá conforme a cuanto se establece para casos análogos y, en defecto de analogía, según las disposiciones del derecho común.

TEXTO 15

Sobre la relación que existe entre el código y la constitución, o sobre la necesaria correspondencia entre el orden político-constitucional y jurídico-privado

a) Cambacérès, *Discurso preliminar al primer proyecto de Código civil francés*, 1793

Llevemos al cuerpo de nuestras leyes el mismo espíritu que a nuestro cuerpo político, y así como la igualdad, la unidad y la indivisibilidad son la razón de la formación de la república, que la unidad y la igualdad sean la razón del establecimiento de nuestro Código civil: en una palabra, que a través de una pequeña cantidad de textos lleguemos a esa unidad armónica que es la fuerza del cuerpo social y que dirige todos sus movimientos con una conformidad maravillosa, más o menos como las leyes simples de la creación se ocupan del movimiento y de la armonía del universo.

b) Portalis, *Discurso preliminar al Código civil francés*, 1801

Todas las leyes se refieren a las personas o a los bienes, y a los bienes para utilidad de las personas.

Es importante dar, incluso al tratar solo de las materias civiles, una noción general de las distintas especies de leyes que rigen un pueblo, porque todas las leyes, del orden que sean, tienen entre ellas relaciones necesarias. No hay cuestión privada en la que no aparezca algún interés de la administración pública; como tampoco existe ningún objeto público que no se refiera en alguna medida a los principios de esta justicia distributiva que regula los intereses privados.

Para conocer los diferentes órdenes de leyes basta con observar los diferentes tipos de relaciones que existen entre los hombres que viven en la misma sociedad.

Las relaciones de quienes gobiernan con quienes son gobernados y de cada ciudadano con todos son la materia de las leyes constitucionales y políticas.

Las leyes civiles disponen acerca de las relaciones naturales o convencionales, obligadas o voluntarias, impuestas o de simple conveniencia que ligan a un individuo con otro individuo o con varios.

El Código civil está bajo la tutela de las leyes políticas; debe ser acorde con ellas. Sería una gran desgracia que surgieran contradicciones en las normas que gobiernan a los hombres.

c) Eugen Huber, *Reflexiones sobre la unificación del derecho de sucesiones suizo*, 1895

¿Y podemos entonces pensar en un derecho popular que sea diferente para el pueblo suizo, como un derecho igual a la libertad política? ¿Cómo podría ser digno de alabanza un ordenamiento jurídico popular diferente en el que la autonomía jurídica no contemplara su plenitud y su perfección mediante una configuración iusprivatista de derechos y deberes? Por eso queremos que el derecho suizo popular tenga ese rasgo característico que percibimos en el derecho político, y que el desarrollo del derecho privado surja y se consolide también en este sentido. Lo sostenemos para que la base de un futuro derecho privado popular se construya sobre aquellos principios que queremos designar como la libertad del ordenamiento jurídico.

[...]

Tenemos ante los ojos una situación en la que las verdaderas condiciones sociales y económicas del derecho pueden proporcionar la forma apropiada para cada región del país, para que los campesinos de Thurgau, desde Toggenburg hasta el Rin, los vaqueros en los Alpes de Obwalden y de Berna, los comerciantes de Zürich así como los de otras plazas comerciales, sin estar limitados por las barreras cantonales, puedan constituir el régimen de los bienes conyugales mediante el contrato, el derecho hereditario mediante el testamento y el régimen jurídico de los bienes familiares mediante el resarcimiento y la división, respondiendo a sus ideas y a sus necesidades. Una mayor unidad del ordenamiento jurídico crea de nuevo el espacio adecuado para moverse con libertad, la unidad del derecho se hermana con la libertad jurídica. En tanto en cuanto el bien público lo exija, el derecho imperativo debe generalizar la unidad en la medida de lo posible, y allá donde falte este interés general, en ese caso nuestra época ya no permite discutir dentro de las estrechas ataduras jurídico-privadas corporativas.

[...]

Vencedora la legislación suiza sobre las antiguas barreras corporativas sin abandonar el carácter popular, con la creación de un derecho privado libre puede completar adecuadamente el ordenamiento jurídico público para el autogobierno del pueblo, y estará también en condiciones de propiciar una etapa de mayor desarrollo, rechazado ahora casi por completo en la escasa producción legislativa cantonal.

## TEXTO 16

Argumentos en virtud de los cuales se considera que la codificación –prescindiendo de los orígenes de cada una de sus normas– renueva siempre el derecho, incluso materialmente

a) F.J. Stahl, *Historia de la filosofía del derecho*, 3ª ed., 1856

La oposición de la escuela histórica a la antigua cultura no se refiere solamente al modo de tratar el derecho positivo, sino también al perfeccionamiento del derecho en general y de la legislación. Según la antigua idea, el legislador aparece como creador y señor del orden jurídico, y puede darnos cada día un nuevo derecho sin conexión alguna con el anterior, ya que se explica por sí mismo: debe hacerlo, bien, como quieren unos, para establecer un orden jurídico absolutamente racional, bien, como quieren otros, para eliminar las dificultades e impedimentos del orden jurídico presente, producto naturalmente de las fuentes extranjeras y de los numerosos estatutos particulares. Esta última es la opinión defendida especialmente por Thibaut en su tratado “Sobre la necesidad de un código civil general para Alemania”. Al contrario, para la escuela histórica el legislador es solo el órgano de la conciencia jurídica nacional; debe dejar que el perfeccionamiento del derecho se realice mediante otros órganos, como la costumbre y la jurisprudencia, y solo debe ir en su ayuda cuando esté convencido de que estas se vuelven inseguras o contradicen las necesidades inmediatas de la vida. Pero toda la labor de la legislación se reduce a disponer sobre normas o materias particulares. Estas no deben renovar todo el orden jurídico ni en cuanto al contenido, es decir cambiando en su totalidad y por ello sin un motivo especial las normas usadas hasta ahora, ni en cuanto a la forma de su autoridad, es decir, reduciendo todo el derecho usado hasta ahora a un código, de tal modo que ya solo su entrada en el código decida acerca de la validez y del sentido de las normas jurídicas: la *codificación*. En este sentido, Savigny se opuso a la propuesta de Thibaut. Quiere ante todo que se consiga la unidad del orden jurídico en Alemania no por medio de una codificación común, sino por medio de una cultura científica y de una práctica común. Y lo que opone ante todo a la codificación, al tiempo que le niega a nuestra época la *vocación* para cons-

tituirla, es el *elemento técnico* o, como yo preferiría llamarlo, la *estructura del derecho*.

b) E. Boutmy, *De las relaciones y de los límites de los estudios jurídicos y de los estudios políticos*, 1889

La codificación es un acto decisivo del legislador que separa de alguna manera el derecho de sus orígenes, lo basa enteramente en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y la dependencia mutua de los diferentes artículos, y le exime de buscar antecedentes o títulos al margen de un instrumento auténtico más allá del día de la promulgación. A quien quisiera remontarse más atrás, la propia ley parece responderle: ¡para qué! Se ha liquidado todo el pasado y parece que se empieza de nuevo. Lo que podía conservarse de antaño se incorporó al texto, aparece en él bajo una nueva luz y se explica ya, no tanto por la larga serie de cambios que lo han traído hasta aquí como por su conformidad con las necesidades presentes y la justedad de las relaciones que señalan su lugar en el conjunto. La codificación es la filosofía de la volición creadora y del plano reflexivo sustituyendo a la filosofía de la evolución mediante modificaciones parciales y sucesivas. Es la obra de arte fechada y firmada que atrae la atención y el interés sobre el ajuste perfecto de sus elementos, unidos antes a las lentas y oscuras elaboraciones de las que surge todo ser real y vivo.

TEXTO 17

Temores y esperanzas del soberano ilustrado respecto a la codificación

Directrices regias para la elaboración de la codificación prusiana. Instrucciones de Federico II para el Gran Canciller von Carmer (14 de abril de 1780)

Cuando logremos, lo que no ha de ponerse en duda, nuestro objetivo de cambiar la ley y el orden procesal, muchos hombres de leyes perderán su críptica autoridad por la simplificación de estas cuestiones, acabando con todas sus farragosas sutilezas y haciendo innecesario el cuerpo de abogados. Pero, al contrario, nuestros fieles súbditos se liberarán de una carga no pequeña, y tanto más pueden esperarlo los expertos comerciantes, los fabricantes y los artistas, con los que el Estado tiene más necesidad de comprometerse.

Como ejecutar algo tan importante no es obra de un solo hombre, debéis buscar las personas más hábiles y honradas que podáis encontrar, distribuir entre ellas los diferentes métodos de elaboración, reunirlos luego en un cuerpo y encauzar todo en un Consejo común.

Tal comisión legislativa debe mantenerse en el futuro para que, si existen faltas, imprecisiones o defectos en las leyes, puedan ser cambiadas, sustituidas o interpretadas de manera radical.

En cambio, no admitiremos que ningún juez, cuerpo o ministro de Estado interprete, amplíe o reduzca nuestras leyes, y mucho menos que tenga la ocurrencia de hacer nuevas leyes; pero cuando encuentre una duda o una falta en la ley o en el orden procesal debe dar noticia de ello a la comisión legislativa; y si fuera realmente necesario cambiar o añadir algo, se nos entregará un informe detallado redactado bajo vuestra presidencia, atendiendo al significado y al propósito de la ley.

Así pues, os encomiendo que en adelante meditéis sobre la cuestión y que os encarguéis de lo que sea necesario para su ejecución; y a cambio prometo protegeros de la manera más enérgica de cualquier intriga e insubordinación.

Vuestro benévolo Rey  
Federico.

## TEXTO 18

La renuncia del *ALR* a la unificación territorial del derecho: una crítica francesa a los proyectos prusianos en vísperas de la gran revolución (1788)

Conde de Mirabeau, *Análisis razonado del proyecto para un nuevo código prusiano*

§ 2. “Deben considerarse abrogadas todas las leyes promulgadas hasta ahora que no estén expresamente incluidas en este código o en los códigos provinciales que se redacten a continuación”.

Serán objeto de nuestra reflexión los códigos provinciales mencionados en esta ley y a los que ya me he referido en el discurso preliminar. Nos atrevemos a creer que el proyecto es malo y está mal concebido en todos los aspectos: he aquí las razones.

Al promulgar vuestro código podéis o más bien debéis proponeros:

1º establecer las mejores leyes posibles;

2º unir perfectamente todas las provincias de vuestros Estados mediante la unidad de las leyes;

3º simplificar y facilitar con ello el estudio de las leyes.

Estos tres objetivos tienen unas consecuencias extraordinarias, y los códigos provinciales que proyectáis son diametralmente opuestos a cada uno de ellos.

En efecto, seguramente no tenéis solo el propósito de recoger por escrito en un cuerpo las leyes ya existentes en vuestro país. Sin duda valdría la pena emprender esta tarea; pero es la mínima que debe proponerse un legislador ilustrado que ama a su patria y a la humanidad. Debe dar a su país las mejores leyes que pueda imaginar. Debe proponerse este objetivo sublime, sobre todo cuando redacta por entero un nuevo código de leyes. ¿Y cómo podría dejar escapar una ocasión tan propicia que, dada la naturaleza de las cosas, no se presenta sino rara vez? Es también evidente que habéis aspirado a colmar este noble propósito puesto que habéis establecido tantas novedades y hecho tantos cambios en las antiguas leyes. Habríais evitado una empresa tan arriesgada si al mismo tiempo no hubierais pretendido corregir la antigua legislación.

Pero en tema de leyes solo hay una cosa buena: lo mejor excluye todo lo demás. Vuestro código contiene los mejores arreglos sobre tal o cual punto concreto, o si no se encontrarán en alguno de vuestros códigos provinciales. En este último caso hay que borrar vuestra ley del gran código y tomar la mejor del código provincial en el que se encuentra para convertirla en ley general. En el otro, hay que extender la ley del gran código a todas las provincias. No tengo respuesta para este dilema.

[...]

¿Queréis una prueba muy palpable de los malos efectos de esta incoherencia? Observad Francia en el momento en el que escribo (1788). Se está preparando la convocatoria de los Estados generales porque es tal el desorden que reina desde hace siglos en esta extensa monarquía que si una asamblea nacional no le pone remedio no se puede prever su destino, o más bien ha llegado inevitablemente la hora de su disolución. ¿Pero cómo puede poner el remedio sin una unión perfecta? Ahora bien, veis que los distintos derechos de las provincias presentan poderosos gérmenes de disensión, antes incluso de que esta asamblea se forme. Es fácil prever con qué energía se desarrollarán en la propia asamblea; y es de temer, sin duda, que si las faltas del gobierno o las pretensiones de los órdenes privilegiados no conquistan los espíritus y los corazones baste con estas disensiones y esta diversidad de derechos de una provincia a otra para destruir el gran objetivo de la convocatoria de los Estados generales.

Y que no me digan que estos derechos atañen a la constitución y no a la legislación de las provincias y que, además, la situación de la monarquía francesa difiere esencialmente de la de Prusia. En primer lugar, las únicas razones que aconsejan hacer códigos provinciales proceden de cuestiones puramente constitucionales y no habría ninguna dificultad para cambiar las de derecho puramente civil. Y luego, dejar que permanezcan diferencias tanto en la constitución como en la legislación es oponerse al gran objetivo de la unidad perfecta. Así pues, un gobierno no debe dejar escapar ocasión alguna de abolirlas todas ni olvidar jamás que una monarquía bien constituida no debe tener más que una lengua, un peso, una medida y, sobre todo, un derecho. En cuanto a la diferencia entre Francia y Prusia, es sin duda inmensa pero a favor de la primera y, por consiguiente, de nuestra opinión: correspondencia y contigüidad de las partes; un idioma semejante; un carácter nacional más flexible, más dado a la imitación, a las novedades; una unión más antigua al propio cuerpo del Estado. Porque el gobierno de Prusia no se haya visto nun-

ca obligado a implorar el auxilio del cuerpo de la nación, porque en el país haya habido una larga sucesión de administradores sabios y prudentes ¿se infiere de ello que jamás habrá otros o que las circunstancias jamás traerán una necesidad semejante?

Sea como fuere, esta unión, esta fusión de las provincias producida por la unidad de las leyes mejor que por cualquier otra medida tiene múltiples ventajas. Hace progresar muchísimo la circulación, ya sea de las provisiones, ya sea de las especies, ya sea de los hombres, que es una de las más útiles. ¿Os apropiáis de un nuevo territorio? Si le dejáis la constitución, las leyes y los usos que antes tenía siempre se considerará más bien un miembro de su nación que de la vuestra. Haréis bien, sin duda, en no cambiar bruscamente estos importantes elementos, pero cuando hayáis consolidado vuestra posesión, realizad una revolución en las costumbres, en las opiniones y en las leyes, llevad todo a la unidad o nunca convertiréis ese territorio en parte integrante del Estado.

Así pues, los códigos provinciales son malos desde dos importantes puntos de vista: el de establecer las mejores leyes y el de unir vuestras provincias.

TEXTO 19

Cómo refleja fielmente el Código de 1794 la estructura aún esencialmente estamental de la monarquía prusiana

*ALR*, 1794

Introducción § 82

Los derechos de los hombres surgen por su nacimiento, por su posición y por las acciones o los acontecimientos a los que las leyes han asociado un determinado efecto.

I/1, § 2

La sociedad civil se compone de varios pequeños estamentos y sociedades unidos mediante la naturaleza o la ley, o mediante ambas al mismo tiempo.

I/1, § 6

Las personas que en virtud de su nacimiento, empleo o dedicación principal tienen atribuidos iguales derechos en la sociedad civil forman todas juntas un estamento del Estado.

I/1, § 7

Los miembros de cada estamento en cuanto tales, considerados individualmente, tienen determinados derechos y deberes.

## TEXTO 20

Alexis de Tocqueville, en un análisis despiadado, denuncia la ambigüedad de fondo de la codificación prusiana

A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución*, 1856

El Código de Federico el Grande. Entre las obras de Federico el Grande, la menos conocida incluso en su país y la menos deslumbrante es el código redactado bajo su autoridad y promulgado por su sucesor. No obstante, no sé si existe otra que arroje más luz sobre este hombre y sobre su época y muestre mejor la influencia recíproca de la una sobre el otro.

Este código es una auténtica constitución, en el sentido que se le atribuye a esta palabra; su fin es regular no solo las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también las relaciones de los ciudadanos con el Estado: es a la vez un código civil, un código criminal y una carta.

Se apoya, o más bien parece apoyarse, en cierto número de principios generales expresados de forma muy filosófica y muy abstracta y que se parecen en gran medida a los que aparecen en la Declaración de los derechos del hombre en la Constitución de 1791.

En él se proclama que el bien del Estado y de sus habitantes es el fin de la sociedad y el límite de la ley; que las leyes no pueden restringir la libertad y los derechos de los ciudadanos sino por el fin de la utilidad común; que cada miembro del Estado debe esforzarse por el bien general según su posición y su fortuna; que los derechos de los individuos ceden ante el bien general.

No se trata en ningún lugar del derecho hereditario del príncipe ni de su familia, ni siquiera de un derecho particular distinto del derecho del Estado. El nombre de Estado es ya el único que se emplea para designar el poder real.

En cambio se habla del derecho general de los hombres: los derechos generales de los hombres se fundan en la libertad natural de procurar su propio bien sin dañar el derecho ajeno. Las acciones que no son prohibidas por la ley natural o por una ley positiva del Estado están permitidas. Cada habitante puede exigirle al Estado que defienda su persona y su propiedad y tiene el derecho de defenderse él mismo por la fuerza si el Estado no acude en su ayuda.

Tras exponer estos principios, el legislador, en lugar de extraer de

ellos, como en la Constitución de 1791, el dogma de la soberanía del pueblo y la organización de un gobierno popular en una sociedad libre, da un viraje y llega a otra consecuencia, igualmente democrática pero no liberal. Considera al príncipe como el único representante del Estado y le otorga todos los derechos que se acaban de reconocer a la sociedad. En este código, el soberano ya no es el representante de Dios, no es más que el representante de la sociedad, su agente, su servidor, tal como ha quedado impreso en todas las obras de Federico, pero la representa solo, ejerce solo todos sus poderes. El jefe del Estado, se dice en la introducción, a quien se le entrega el deber de procurar el bien general, fin único fin de la sociedad, está autorizado a dirigir y a regular todos los actos de los individuos con vistas a este fin.

Entre los principales deberes de este agente todopoderoso de la sociedad encuentro estos: mantener la paz y la seguridad públicas en el interior y proteger a todos de la violencia. En el exterior tiene el privilegio de hacer la paz y la guerra; solo él puede dar leyes y hacer reglamentos generales de policía; solo él tiene el derecho de dispensar el perdón y de anular las acusaciones criminales.

Todas las asociaciones que existen en el Estado y todos los establecimientos públicos están bajo su inspección y dirección en pro de la paz y de la seguridad generales. Para que el jefe del Estado pueda cumplir sus obligaciones debe tener algunas rentas y derechos útiles; tiene por lo tanto el derecho de establecer impuestos sobre las fortunas privadas, sobre las personas, sus profesiones, su comercio, su producto o su consumo. Tienen que obedecerse las órdenes de los funcionarios públicos que actúan en su nombre como si fueran las suyas, incluso para todo lo que se encuentra en el límite de sus funciones.

Bajo esta apariencia totalmente moderna vemos aparecer ahora un cuerpo totalmente gótico. Federico no hace más que quitarle lo que podría estorbar la acción de su propio poder, y el conjunto forma un ser monstruoso que parece la transición de una creación a otra. En esta extraña producción Federico muestra tanto desprecio por la lógica como preocupación por su poder y deseo de no crearse dificultades inútiles atacando lo que aún podía ser defendido.

Los habitantes del campo, excepto en algunos distritos y algunas localidades, son sometidos a una servidumbre hereditaria que no se limita solo a las prestaciones personales y servicios inherentes a la posesión de algunas tierras, sino que se extiende, como hemos visto, a la persona del poseedor.

La mayor parte de los privilegios de los propietarios del suelo son reconocidos de nuevo por el código; puede decirse incluso que lo son en contra del código, puesto que se dice que, en caso de que la costumbre local y la nueva legislación difieran, ha de seguirse la primera. Se declara formalmente que el Estado no puede destruir ninguno de estos privilegios sino mediante su redención y siguiendo las formalidades de la justicia.

El código asegura, es cierto, que la servidumbre propiamente dicha (*Leibeigenschaft*), en la medida que establece la servidumbre personal, está abolida, pero la sujeción hereditaria que la sustituye (*Erbunterthänigkeit*) sigue siendo una especie de servidumbre, como ha podido comprobarse al leer el texto.

En este mismo código el burgués está cuidadosamente separado del campesino; se reconoce una especie de clase intermedia entre la burguesía y la nobleza: se compone de altos funcionarios que no son nobles, de eclesiásticos y de profesores de escuelas superiores, institutos y universidades.

Por lo demás, aun estando apartados del resto de la burguesía, estos burgueses no se confundían con los nobles; al contrario, estaban en situación de inferioridad ante estos. En general, no podían comprar bienes de caballeros ni conseguir los puestos más altos en el servicio civil. Tampoco eran *hoffähig*, es decir que no podían presentarse en la Corte salvo en casos excepcionales, y nunca con sus familias. Como en Francia, esta inferioridad era aún más hiriente porque esta clase era cada día más ilustrada e influyente, y porque los funcionarios burgueses del Estado, si bien no ocupaban los puestos de más brillo, desempeñaban ya aquellos en los que había más cosas que hacer y de más utilidad. La irritación contra los privilegios de la nobleza, que tanto iba a contribuir a la Revolución entre nosotros, preparaba en Alemania la aprobación con la que al principio fue recibida. Sin embargo, el principal redactor del código era un burgués, pero sin duda seguía las órdenes de su amo.

La vieja constitución de Europa no está tan en ruinas en esta parte de Alemania como para que Federico crea, pese al desprecio que le produce, que ya es el momento de hacer desaparecer sus escombros. Se limita en general a quitar a los nobles el derecho de reunirse en asamblea y de administrarse como cuerpo, pero mantiene los privilegios individuales de cada uno de ellos; no hace más que limitarlos y regular su uso. Así pues, este código, redactado por orden de un alumno de nuestros filósofos y aplicado tras el estallido de la Revolución francesa, es el documento legislativo más auténtico y reciente que

otorga un fundamento legal a esas desigualdades feudales que la Revolución iba a abolir en toda Europa.

Declara que la nobleza es el principal cuerpo del Estado; deben ser nombrados de preferencia los gentileshombres, se dice ahí, para todos los puestos honoríficos cuando sean capaces de desempeñarlos. Solo ellos pueden poseer bienes nobles, crear sustituciones, gozar de los derechos de caza y de justicia inherentes a los bienes nobles, así como de los derechos de patronato sobre las iglesias; solo ellos pueden tomar el nombre de la tierra que poseen. Los burgueses autorizados por un privilegio expreso a poseer bienes nobles no pueden gozar de los derechos y honores aparejados a la posesión de dichos bienes sino dentro de los límites exactos de este privilegio. Aunque el burgués fuera poseedor de un bien noble, no puede dejárselo a un heredero burgués sino cuando sea de primer grado. En caso de que no existiera tal heredero u otros herederos nobles, el bien debía ser subastado.

Una de las partes más características del código de Federico es el derecho penal en materia política que se le añade.

El sucesor de Federico el Grande, Federico Guillermo II, quien, a pesar de la parte feudal y absolutista de la legislación que acabo de resumir, creía ver tendencias revolucionarias en esta obra de su tío y suspendió su publicación hasta 1794, no quedaba tranquilo, se dice, más que al pensar en las excelentes disposiciones penales con cuya ayuda corregía este código los malos principios que contenía. En efecto, nunca hasta entonces, e incluso después, se vio nada más completo en este género; no solo las revueltas y las conspiraciones se castigan con la mayor severidad, sino que las críticas irrespetuosas a los actos de gobierno son igualmente reprimidas con gran severidad. Se prohíbe con celo la compra y la distribución de escritos peligrosos: el impresor, el editor y el distribuidor son responsables de la obra del autor. Los bailes, las mascaradas y otras diversiones se declaran reuniones públicas; tienen que ser autorizadas por la policía. Lo mismo ocurre con las comidas en lugares públicos. La libertad de prensa y la de expresión están estrechamente sometidas a una vigilancia arbitraria. Está prohibido llevar armas de fuego.

En fin, a lo largo de toda la obra, sacada en parte del medievo, aparecen disposiciones cuyo extremado espíritu centralizador es rayano con el socialismo. Así, se declara que le compete al Estado cuidar de la alimentación, del empleo y del salario de todos aquellos que no pueden mantenerse por sí mismos y no tienen acceso ni al auxilio del señor ni al del municipio: a estos hay que asegurarles el trabajo conforme a sus fuerzas y a su capacidad.

El Estado tiene que fundar establecimientos para socorrer a los ciudadanos pobres. El Estado está autorizado además a destruir las fundaciones que tiendan a fomentar la pereza y a distribuir él mismo a los pobres el dinero del que disponían estos establecimientos.

En esta obra de Federico el Grande se ven por todas partes la audacia y las novedades teóricas así como la timidez en la práctica. Por una parte, se declara el gran principio de la sociedad moderna de que todo el mundo debe estar sujeto por igual a los impuestos; por otra, se mantienen las leyes provinciales con exenciones de esta regla. Se afirma que los procesos entre un sujeto y el soberano se juzgarán con las formalidades y según las prescripciones indicadas para todos los demás litigios; de hecho, esta regla jamás se respetó cuando se opusieron los intereses o las pasiones del rey. Se mostró con ostentación el molino de Sans-Souci y se sometió la justicia sin escándalo en otras muchas circunstancias.

Lo que prueba cuán poco innovó en realidad este código que tanto innovaba en apariencia y, en consecuencia, lo que hace tan curioso su estudio para conocer bien el verdadero estado de la sociedad en esta parte de Alemania a finales del siglo XVIII es que la nación prusiana apenas advirtió su publicación. Solo lo estudiaron los legistas y hay actualmente muchas personas ilustradas que nunca lo han leído.

TEXTO 21

*Código civil universal de la monarquía austriaca, 1811*

§ 7. Cuando una causa no pueda ser resuelta ni por las palabras ni por el sentido natural de la ley, se prestará atención a los casos similares ya resueltos por las leyes y a los fundamentos de otras leyes análogas. Con todo, si el caso sigue siendo dudoso, habrá que resolver según los principios del derecho natural, tomando en consideración todas las circunstancias del caso ponderadas con prudencia.

§ 13. Los privilegios y las dispensas concedidos individualmente o incluso en beneficio de la comunidad se juzgarán igual que cualquier otro derecho cuando las ordenanzas políticas no contengan una decisión especial sobre ello.

§ 16. Todos los hombres tienen unos derechos innatos que se conocen por la sola razón; por ello deben considerarse como personas. No se toleran en estos estados la esclavitud o propiedad sobre el hombre ni el ejercicio del poder correspondiente.

§ 18. Todos son capaces de adquirir derechos bajo las condiciones establecidas por la ley.

§ 354. La propiedad considerada como derecho es la facultad de disponer sin limitaciones y de modo exclusivo de la sustancia y de la utilidad de una cosa.

§ 357. La propiedad plena e indivisa es el derecho sobre la sustancia de la cosa unido en una sola persona al derecho sobre la utilidad. Si solo uno tiene el derecho sobre la sustancia de la cosa y a otro le corresponde, junto a algún derecho sobre la sustancia, el derecho exclusivo sobre la utilidad, el derecho de propiedad se considera dividido y no pleno, tanto para uno como para otro. El primero se denomina propietario directo, el segundo propietario útil.

§ 359. La separación entre el derecho sobre la sustancia y el que recae sobre la utilidad nace, en parte, de la disposición del propietario y, en parte, de la

determinación de la ley. Dependiendo de las distintas relaciones existentes entre el propietario directo y el útil, los bienes cuya propiedad está dividida se llaman bienes feudales, arrendamientos hereditarios y enfiteusis. En cuanto a los feudos, se tratan en el derecho particular feudal. De los arrendamientos hereditarios y de las enfiteusis se habla en el capítulo de los contratos de arrendamiento.

TEXTO 22

La codificación austriaca. Una interpretación en clave liberal, unida al descubrimiento de un ascendiente ya olvidado, Adam Smith

Franz Klein (1854-1926), escrito de 1911 para celebrar el primer centenario del Código austriaco

Es sabido que en el Código civil hay realmente pocas novedades. Contiene ideas originales de su autor, pero lo esencial proviene de distintas fuentes: antiguas leyes señoriales y derechos provinciales, derecho alemán y derecho común, el derecho de otros Estados, costumbres, etc. La elección, los matices de los préstamos o herencias y el proyecto para elaborar el nuevo cuerpo son, en conjunto, sus características. Según las pautas expuestas de la codificación, el código civil era la carta de una economía nacida de la autoridad del Estado. Brindó el derecho civil de la sociedad del individualismo económico o –en otros términos– de la libre economía de mercado. Lo que caracteriza a esta última es la igualdad natural de los hombres, la libertad personal, la propiedad libre, la libre circulación económica, la libertad de contratación, una sociedad de cambio favorecida por el Estado tal como la describe Turgot, la limitación del Estado a la protección jurídica, seres humanos naturales a quienes nada humano les resulta ajeno y cuya inclinación egoísta puede ser considerada de manera optimista porque se pone por sí sola en armonía con los intereses de los otros; todo esto se encuentra también en el Código civil como objetivo, medio o presupuesto. Aquí no encontramos solamente conceptos ilustrados y naturales, sino que –esta es la diferencia esencial, la novedad del siglo XIX– las teorías de Adam Smith, consciente o inconscientemente, ofrecían el rasgo esencial para la política económica burguesa.

## TEXTO 23

La «pandectización» del Código civil austriaco de 1811: argumentos con los que el ministro conde Leo Thun-Hohenstein propuso al emperador Francisco José que encargara a Joseph Unger la enseñanza del derecho civil en la Universidad de Praga (1853)

Hasta la fecha, y aún hoy, el derecho civil austriaco ha sido tratado casi exclusivamente en las universidades austriacas mediante el árido método exegético. Se prescindió totalmente, por considerarlas innecesarias, de las referencias a los fundamentos históricos que integran los derechos romano, germano y antiguo austriaco, sin los cuales es imposible en general una comprensión profunda del Código civil general, así como de todo el nuevo derecho positivo. La otra razón de este estado de la ciencia jurídica en Austria reside en que el fundamento imperante era el concepto racionalista de la época en que se crearon y establecieron códigos civiles generales en toda Alemania bajo la influencia de la filosofía kantiana; y en Austria, bajo esta y en la misma época, se mantuvo a la fuerza un plan de estudios importado, mientras que en Alemania la ciencia jurídica superó en solitario el racionalismo jurídico por los grandes logros de la escuela histórica del derecho y le dio un nuevo y mayor impulso. Es pues importante trasplantarlo a Austria, por cuanto esa idea racionalista del derecho mantiene un estrecho vínculo con las actuales ideas revolucionarias.

TEXTO 24

El *ABGB*: ¿un código que se adelanta a su época? ¿Una anticipación?

De un artículo de Franz Klein (1854-1926), redactado en 1911 para celebrar el primer centenario del Código austriaco

Aunque podía actuar como siempre históricamente, desde un punto de vista meramente objetivo, en la época de la entrada en vigor del Código civil todavía no existía el nexo entre la ley y la vida, estaba por llegar. Por el momento, la ley no era más que una anticipación, un anhelo. Que este se colmara dependía del destino, los austriacos eran poco exigentes.

[...]

El Código civil era una anticipación. Diseñaba una época de desarrollo intelectual, político y económico que entonces era un sueño remoto, y, a través de entes y organismos en los que se unían los inconvenientes del absolutismo y de la constitución estamental, se veía una comunicación reconfortante y naturalmente fluida “entre un fundamento libre y un pueblo libre”. Una feliz coincidencia que, de no haber entrado en vigor como un eslabón de las reformas josefinas, no hubiera podido ser una obra de un idealismo tan espléndido. Así pues, era maravilloso cómo se familiarizaba plenamente la época con la ley. Pero, una vez más, esto solo era posible mientras la ley, independiente de su época y casi libre de seguir el ritmo histórico, pudiera esperar hasta que su derecho fuera el adecuado.

TEXTO 25

*Libro preliminar del Código civil.* Texto programático elaborado por Portalis en 1800 que resume los postulados de la ilustración jurídica y de la reflexión iusnaturalista. Destinado inicialmente a ser la introducción del Código, fue sustituido más tarde por un simple “Título preliminar” de solo seis artículos

Título I  
Definiciones generales

Art. 1. Existe un derecho general e inmutable, fuente de todas las leyes positivas: no es sino la razón natural en tanto que gobierna a todos los hombres.

2. Todos los pueblos reconocen un derecho exterior o de gentes y tienen un derecho interior propio.

3. El derecho exterior o de gentes es el conjunto de reglas que obedecen las distintas naciones.

De esas reglas, unas se fundan únicamente en los principios de la equidad general; otras han sido fijadas por las costumbres recibidas o mediante tratados.

Las primeras forman el derecho de gentes natural; las segundas, el derecho de gentes positivo.

4. El derecho interior o particular de cada pueblo se compone en parte del derecho universal, en parte de leyes propias y en parte de sus usos o costumbres, que suplen a las leyes.

5. La costumbre es resultado de una larga serie de actos repetidos constantemente que han adquirido la fuerza de una acuerdo tácito y común.

6. La ley es, en todos los pueblos, una declaración solemne del poder legislativo sobre una cuestión de régimen interior y de interés común.

7. La ley ordena, permite, prohíbe y anuncia recompensas y penas.

No decide sobre hechos individuales, se supone que no decide sobre

casos raros o singulares, sino sobre lo que ocurre en el transcurso ordinario de las cosas.

Se refiere a las personas o a los bienes, y a los bienes para la utilidad común de las personas.

## Título II División de las leyes

Art. 1. Hay diferentes clases de leyes.

Unas regulan las relaciones de quienes gobiernan con quienes son gobernados y las relaciones de cada miembro del cuerpo de ciudadanos con todos: son las leyes constitucionales y políticas.

Otras regulan las relaciones de los ciudadanos entre sí: son las leyes civiles.

Las terceras regulan las relaciones del hombre con la ley. Esta parte de la legislación es la garantía y la sanción de todas las leyes: se compone de las leyes referentes al orden judicial, de las leyes criminales, de las leyes que conciernen a la policía y de todas las que tienen directamente como objeto las costumbres o la paz pública.

Las cuartas disponen acerca de los objetos que no pertenecen exclusivamente a alguna de las divisiones precedentes: son las leyes fiscales, las leyes comerciales, las leyes marítimas, las leyes militares y las leyes rurales.

2. Las leyes, cualquiera que sea su naturaleza, interesan al mismo tiempo a lo público y a los particulares. Las que interesan de manera más inmediata a la sociedad que a los individuos forman el derecho público de una nación.

En el derecho privado se encuentran las que interesan de manera más inmediata a los individuos que a la sociedad.

3. Las leyes difieren de los reglamentos: los reglamentos son variables; la vocación de las leyes es la perpetuidad.

## Título III De la publicación de las leyes

Art. 1. Las leyes se dirigen a las autoridades encargadas de ejecutarlas o de aplicarlas.

2. Las leyes cuya aplicación atañe a los tribunales tienen carácter ejecutivo para los tribunales de apelación en cada una de las partes del territorio de la república desde el día de su publicación.

3. Esta publicación debe hacerse, bajo pena de prevaricación, en la audiencia que sigue inmediatamente al día de la recepción por la sección que esté de servicio. El secretario judicial levanta acta de ello en un registro propio.

4. Las leyes cuya ejecución y aplicación atañe tanto a los tribunales como a otras autoridades, se envían a cada uno de ellos y tienen carácter ejecutivo en lo que se refiere a la competencia de cada autoridad, desde el día de la publicación por la autoridad competente.

#### Título IV

##### De los efectos de la ley

Art. 1. El primer efecto de la ley es terminar con todos los razonamientos y despejar todas las incertidumbres sobre los puntos que regula.

2. La ley no dispone sino para el porvenir: no tiene efecto retroactivo.

3. Sin embargo, una ley explicativa de otra anterior regula también el pasado, sin perjuicio de los juicios en última instancia y de las transacciones y decisiones arbitrales con fuerza de cosa juzgada.

4. La ley obliga sin distinción a quienes viven en el territorio: durante su residencia, el extranjero se somete a ella por los bienes que posee y por su persona.

5. El francés que resida en un país extranjero sigue estando sometido a las leyes francesas por sus bienes situados en Francia y por todo lo que se refiere a su estado y a la capacidad personal.

Sus bienes muebles se regulan por la ley francesa al igual que su persona.

6. La forma de los actos se regula por las leyes del lugar en el que se han hecho o han ocurrido.

7. No pueden derogarse mediante acuerdos las leyes que pertenecen al derecho público.

8. La ley regula las acciones; no examina los pensamientos; considera lícito todo lo que no prohíbe. Sin embargo, no siempre es justo todo lo que no es contrario a la ley.

9. Las leyes prohibitivas llevan pena de nulidad aunque esta pena no esté expresada formalmente.

### Título V

#### De la aplicación e interpretación de las leyes

Art. 1. La función del juez es aplicar las leyes con discernimiento y fidelidad.

2. A menudo es necesario interpretar las leyes.

Hay dos clases de interpretación: por vía de doctrina y por vía de autoridad. La interpretación por vía de doctrina consiste en captar el verdadero sentido de una ley al aplicarla a un caso particular. La interpretación por vía de autoridad consiste en resolver las dudas bajo la forma de disposición general y de mandato.

3. Se prohíbe a los jueces el poder resolver bajo la forma de disposición general.

4. La aplicación de cada ley debe hacerse según el orden de las cosas sobre las que dispone. Los objetos que son de un orden diferente no pueden decidirse por las mismas leyes.

5. Cuando una ley es clara no hay que descuidar la letra bajo el pretexto de introducirse en su espíritu; y al aplicar una ley oscura, es preferible en su ejecución el sentido más natural y el menos defectuoso.

6. Para fijar el verdadero sentido de una parte de la ley hay que combinar y reunir todos sus preceptos.

7. No debe ponerse la presunción del juez en el lugar de la presunción de la

ley: no está permitido distinguir cuando la ley no distingue; y no deben suplirse las excepciones que no se encuentran en la ley.

8. Los argumentos de un caso no deben servir para otro, salvo cuando existe el mismo motivo para resolver.

9. Cuando, por temor al fraude, la ley declara nulos algunos actos, sus preceptos no pueden omitirse basándose en que se habría aportado la prueba de que esos actos no son fraudulentos.

10. Es abusiva la distinción entre leyes odiosas y leyes favorables hecha con el objeto de ampliar o restringir sus preceptos.

11. En las materias civiles, el juez es, en defecto de ley precisa, ministro de equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural o a los usos recibidos a causa del silencio de la ley positiva.

12. El juez que rehúsa juzgar o lo aplaza bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley es culpable de un abuso de poder o de denegación de justicia.

13. En las materias criminales, el juez no puede, en ningún caso, hacer las veces de la ley.

## Título VI

### De la abrogación de las leyes

Art. 1. Al no deber ser cambiadas, modificadas o abrogadas las leyes sino con gran reflexión, su abrogación no se presume.

2. Las leyes se abrogan, en todo o en parte, por otras leyes.

3. La abrogación es expresa o tácita.

Es expresa cuando es pronunciada literalmente por la nueva ley.

Es tácita si la nueva ley contiene preceptos contrarios a los de las leyes anteriores.

TEXTO 26

El *Code civil* de 1804 y su contenido: las confirmaciones, las supresiones y las innovaciones

a) Portalis, *Discurso preliminar al Código civil francés*, 1801

Hemos hecho, si está permitido expresarse así, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres siempre que nos ha resultado posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas con las otras sin romper la unidad del sistema y sin ir contra el espíritu general. Es útil conservar todo lo que no es necesario destruir: las leyes deben emplear los hábitos con moderación cuando esos hábitos no son vicios. Se reflexiona demasiado a menudo como si el género humano terminara y comenzara a cada instante, sin comunicación alguna entre una generación y la que la sustituye. Las generaciones, al sucederse, se mezclan, se entrelazan y se confunden. El legislador alejaría sus instituciones de todo lo que pueda naturalizarlas sobre la tierra si no cuidara de las relaciones naturales que ligan siempre, en mayor o menor medida, el presente al pasado y el futuro al presente, y que hacen que un pueblo, salvo si es exterminado o cae en una degradación peor que la aniquilación, no deje nunca en cierto modo parecerse a sí mismo. En nuestra época moderna hemos apreciado demasiado los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia son teatro de los abusos, los siglos de filosofía y de ilustración no son a menudo más que teatro de los excesos.

b) Jaubert, *Discurso pronunciado ante el Cuerpo legislativo*

Nuestro Código es pues, por las normas que contiene, el más bello regalo que el genio y la sabiduría pueden hacer a la sociedad.

¡Cuánpreciado ha de parecerse también por los cambios a los que ha sometido la antigua legislación!

Estos cambios agotan fuentes abundantes de procesos; fomentan también la industria y rinden homenaje al pudor público, a la dignidad del nombre francés.

La acción *ab irato* cuestionaba la memoria del padre.

La desheredación establecía una pugna entre el interés pecuniario del hijo y el honor paterno.

La necesidad de la institución de heredero no se basaba más que en sutilezas.

Las reglas sobre la fiducia no se basaban más que en conjeturas.

El derecho de elegir no llevaba a menudo más que a tratados inmorales.

¡Cuántas polémicas engendraron las sustituciones fideicomisarias, ejemplares, pupilares y compendiosas! No eran más que una ampliación desordenada del derecho de propiedad, un alimento para el orgullo y un obstáculo para la libertad de las transacciones y para el progreso de la agricultura.

Los derechos de primogenitura y de masculinidad ofendían a la naturaleza.

Las cartas de legitimación menoscababan las uniones legítimas.

La interdicción por prodigalidad atacaba el derecho de propiedad y comprometía el honor del ciudadano inflamando las pasiones de los colaterales.

Los derechos nobiliarios de algunas herencias introducían una suerte de servidumbre.

Los derechos feudales eran incompatibles con los principios de la libertad pública.

El retracto gentilicio paralizaba el derecho de propiedad.

Las rentas territoriales no redimibles atribuían al acreedor una especie de dominación e imponían una molestia demasiado onerosa para el propietario del suelo.

La imprescriptibilidad del dominio público dejaba a los ciudadanos temiendo a perpetuidad ser perseguidos por el fisco.

La división de los bienes en libres y propios se oponía a la naturaleza de las cosas; daba lugar a un proceso en cada sucesión.

La donación mutua, propiamente dicha, no era sino una ocasión para la captación.

La viudedad consuetudinaria aseguraba beneficios a las esposas que no deben recibir sino de una voluntad libre, reflexiva y agradecida.

El privilegio del propietario de la casa, que podía interrumpir el arrendamiento, era con frecuencia ocasión de fraude y siempre una fuente de obstáculos para el padre de familia que confiaba en su contrato.

La venta interrumpía los arrendamientos, con gran perjuicio para la agricultura.

He aquí una parte de los errores que nuestro código ha hecho desaparecer.

Nuestra época y la posteridad hablarán de todos los bienes que de él manan; dirán que ninguna obra salida de la mano del hombre podía contribuir más eficazmente a contemplar en nuestro suelo los progresos de la civilización. ¿Qué mejor para formar y mantener las costumbres públicas que la acción de las leyes civiles, que se da en todo momento y alcanza a todos los individuos?

TEXTO 27

*Code civil* de 1804: el contrato como fuente de derecho

Art. 1101: El contrato es un acuerdo por el cual una o varias personas se obligan para con una o varias a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Art. 1134: Los acuerdos legalmente establecidos suplen a la ley para quienes los han realizado.

Art. 6: Las leyes que atañen al orden público y a las buenas costumbres no se pueden derogar mediante acuerdos particulares.

TEXTO 28

*Code civil* de 1804: la importancia de “un derecho terrible y quizá innecesario”, esto es, la propiedad privada

Portalís, *Exposición de motivos de 17 de enero de 1804*

Este es en conjunto y al detalle, legisladores, el proyecto de ley sobre la Propiedad.

No os sorprenderá que este proyecto se limite a algunas definiciones, a algunas reglas generales, porque el cuerpo entero del Código civil se dedica a definir todo lo que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad, derecho fundamental sobre el que se asientan todas las instituciones sociales y que es tan precioso para los individuos como la propia vida puesto que les asegura los medios para conservarla.

La ciudad no existe, decía un orador romano, sino para que cada uno conserve lo que le pertenece. Con la ayuda de esta gran verdad, este orador filósofo atajaba en su época todos los movimientos de las facciones que iban contra el orden del imperio.

A su respeto por la propiedad le deben las naciones modernas este espíritu de justicia y de libertad que incluso en las épocas de barbarie supo defenderlas de la violencia y las agresiones del más fuerte. Fue la propiedad la que asentó en los bosques de Germania las primeras bases del gobierno representativo. Fue ella la que alumbró la constitución política de nuestros antiguos territorios de estados y que, en estos últimos tiempos, nos ha dado el valor para remover el yugo y liberarnos de todas las trabas del feudalismo.

Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es del derecho de gozar y disponer del propio bien de la manera más absoluta y que este derecho es sagrado en la persona del individuo más insignificante. ¿Hay un principio más fecundo en consecuencias útiles?

Este principio es como el alma universal de toda la legislación; recuerda a los ciudadanos lo que se deben entre sí y al Estado lo que le debe a los ciudadanos; modera los impuestos; afianza el reino dichoso de la justicia; impide, en los actos del poder público, las gracias que perjudicarían a terceros; ilumina la virtud y la propia beneficencia; se convierte en regla y medida

del sabio equilibrio entre todos los intereses particulares y el interés común; transmite además un carácter de majestad y de grandeza a los más pequeños detalles de la administración pública.

Por eso habéis visto al genio que gobierna Francia establecer sobre la propiedad los fundamentos más inquebrantables de la República.

Los hombres cuyas posesiones garantizan la fidelidad son convocados desde ahora a elegir a aquellos cuya inteligencia, sabiduría y celo deben garantizar las deliberaciones.

TEXTO 29

Un resultado fatal que el *Code civil* de 1804 (como tampoco los códigos burgueses sucesivos) no quiso quizá favorecer deliberadamente pero sin embargo no pudo impedir: la «invisible tiranía» del más fuerte

a) La aguda previsión de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 1764, § 20

No hay libertad cuando las leyes permiten que en ciertas ocasiones el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa. Veréis entonces la astucia del poderoso afanándose por sacar de las múltiples combinaciones civiles aquellas que la ley establece en su favor. Este descubrimiento es el secreto mágico que transforma a los ciudadanos en animales de carga, que es en manos del fuerte la cadena con la que amarra las acciones de los incautos y de los débiles. Esta es la razón por la que, en algunos gobiernos que tienen toda la apariencia de libertad, se esconde la tiranía o se aloja, sin ser advertida, en algún ángulo descuidado por el legislador, y en él cobra fuerza y crece imperceptiblemente. Por lo general, los hombres construyen sólidos diques frente a la tiranía evidente, pero no ven la estructura invisible que los consume y abre una vía al río que se desborda, tanto más segura cuanto más oculta.

b) Un testimonio literario, Balzac, *Los campesinos*, 1855

Cuando las despóticas parentelas burguesas convierten a alguien en víctima, la dejan tan bien envuelta y amordazada que no se atreve a quejarse; está cubierta de liga, de cera, como un caracol metido en una colmena. Esta invisible tiranía, impalpable, cuenta con la ayuda de poderosas razones: el deseo de estar en el centro de su familia, de vigilar sus propiedades, el apoyo mutuo que se dan, las garantías para la administración viendo a su agente bajo la mirada de sus conciudadanos y de sus semejantes. Por eso el nepotismo se practica tanto en la esfera elevada del departamento como en la pequeña ciudad más alejada.

¿Qué ocurre? El terruño y lo local triunfan sobre las cuestiones de interés general, la decisión parisina de centralizar es a menudo aplastada, la verdad de los hechos se transforma.

En fin, una vez satisfechos los grandes intereses públicos, es evidente que las leyes, en lugar de actuar sobre las masas, reciben su huella, las poblaciones las adaptan a ellas en lugar de adaptarse a ellas. Quien haya viajado al sur, al oeste de Francia, a Alsacia para algo más que dormir en una posada, ver los monumentos o el paisaje, debe reconocer la verdad de estas observaciones. Estos efectos del nepotismo burgués son hoy hechos aislados; pero el espíritu de las leyes actuales tiende a aumentarlos. Esta dominación chata puede causar grandes males, como lo demuestran algunos acontecimientos del drama que entonces se desarrollaba en el valle de las Aigues.

El sistema, derribado con más imprudencia de lo que se cree, el sistema monárquico y el sistema imperial corregían estos abusos mediante existencias consagradas, clasificaciones y contrapesos que de manera tan torpe se han definido como *privilegios*. No hay privilegios desde el momento en que a todos se les permite trepar por el mástil de la cucaña del poder. ¿No serían mejor los privilegios reconocidos, conocidos, que unos privilegios así descubiertos, establecidos con astucia en fraude del espíritu que se desea hacer público y que reanudan la obra en los cimientos del despotismo y en un nivel más bajo que antes? ¿No se habrá derribado a los nobles tiranos dedicados a su país sino para crear tiranuelos egoístas? ¿Estaría el poder en los sótanos en vez de reinar en su lugar natural? Hay que reflexionar sobre ello. El espíritu de lo local, tal como acaba de ser descrito, llegará a la Cámara.

c) El mismo mensaje en la formulación fría y racional de Max Weber, *Economía y sociedad*, 5<sup>a</sup> ed., 1972

Cuando los participantes en un derecho privilegiado monopolizaban en calidad de tales determinados bienes, por ejemplo ciertas tierras (censos, feudos), al ponerse fin al aislamiento personal de la comunidad bajo la influencia de los intereses que conocemos, y sobre todo al multiplicarse las asociaciones a las que simultáneamente pertenecía el individuo, el derecho privilegiado podía unirse de tal manera a la posesión de esos objetos que, a la inversa, el hecho de poseer decidía la participación en el derecho privilegiado. Esta fue desde luego una etapa de transición hacia la actual posibilidad formal general de acceso a las relaciones sujetas a un derecho privilegiado; pero, en todo caso, solo una etapa de transición, pues los derechos privilegiados de este antiguo modelo se aplican como una cualidad privilegiada permanente,

bien directamente de las personas pertenecientes como tales a una organización, bien de determinados objetos cuya posesión facilitaba esta pertenencia. Estas cualidades puramente técnicas o económicas de las cosas o de las personas dan lugar también a disposiciones privilegiadas en el derecho actual: por ejemplo, para las “fábricas”, o acaso para los “terrenos agrícolas”, o para “abogados”, “farmacéuticos” y determinados “profesionales”. Naturalmente, en el derecho de todas las épocas se encuentran normas privilegiadas vinculadas a situaciones técnicas y económicas. Pero los derechos privilegiados aquí mencionados tenían otro carácter; no era económico o técnico, sino “estamental”, esto es, determinado por el nacimiento o el modo de vida o la pertenencia a un determinado grupo, por la calidad de las personas («nobles» o «caballeros» o «agremiados»), o definido por ciertas relaciones sociales de las cosas («feudo de servicio», «bien nobiliario») –y, según la naturaleza de su definición, condicionadas también indirectamente por determinadas circunstancias estamentales–. Era en las cualidades de estas cosas en las que se basaba la validez de este tipo de derecho privilegiado. Así pues, siempre hubo en esta situación jurídica cualidades individuales de las personas y relaciones de las cosas individuales. En el caso extremo, el “privilegio” también podía ser de una sola persona o cosa, y lo era bastante a menudo. En este caso, el derecho “subjeto” y la norma “objetiva” eran prácticamente una unidad: el individuo privilegiado puede exigir el empleo para sí de la disposición objetiva correspondiente como un derecho subjetivo propio. Pero con frecuencia el criterio natural del derecho fue también que allí donde había grupos específicamente estamentales de personas o de cosas había un titular del derecho privilegiado, porque para los partícipes la utilización de las normas del derecho privilegiado era un derecho personal subjetivo de los interesados. Aun no faltando la idea de normas “vigentes” de manera general, esta quedaba inevitablemente sin desarrollar. El “derecho” aparecía así como “privilegio” de las personas o de las cosas de manera individual o de grupos individuales.

El concepto jurídico de “institución” estatal se presentó como algo opuesto en principio a esta concepción. En parte –sobre todo en la primera época de las nacientes clases “ciudadanas” en la antigua Roma y en el mundo moderno– con una oposición tan radical que negó absolutamente la posibilidad del derecho “privilegiado”. La creación de privilegios por decisión popular se consideró en Roma como algo jurídicamente imposible y la época de la revolución en el siglo XVIII contempló una legislación que se aprestó a erradicar la autonomía de las corporaciones y las particularidades jurídicas. Esto

no se logró por entero, y más tarde veremos que el derecho moderno creó de nuevo abundantes particularidades jurídicas; pero, en lo fundamental, sobre otras bases distintas a las de los antiguos privilegios estamentales.

La progresiva integración de todas las personas y situaciones de hecho individuales que radica, al menos hoy, en principio y formalmente en la institución de la “igualdad jurídica” es obra de dos grandes fuerzas de racionalización: por una parte, la expansión del mercado y, por otra, la burocratización de la actividad de los órganos comunitarios de decisión. Sustituyeron la creación siempre individual del derecho privilegiado por la concesión en monopolio de un poder propio o de privilegios a grupos de personas: la autonomía cuya prioridad era la unificación estamental por otras dos autonomías diferentes. Por un lado, la autonomía de las “asociaciones”, alcanzable de manera formal y general mediante normas jurídicas escasamente limitadas que podían ser creadas por cualquier persona; y por otro, estableciendo legitimaciones esquemáticas para todos para crear decididamente un derecho privilegiado a través de negocios jurídicos privados objetivos. El motor decisivo para esta transformación de las formas técnicas de la creación autónoma del derecho fueron, desde el punto de vista político, la exigencia por parte del poder de los señores y de los oficiales públicos de fortalecer la institución política estatal, y desde el punto de vista económico —no exclusivamente pero sí en gran medida— los intereses de los implicados en el poder del mercado, es decir, los privilegiados económicamente por sus posesiones (“situación de clase”) en la lucha por la “libertad” de precios y la libre competencia en el mercado. Pues, por ejemplo, la “autorización” general correspondiente a la igualdad jurídica formal que podía establecerse “para todos sin acepción de personas”, para crear por ejemplo una sociedad por acciones o un fideicomiso, significa en realidad la creación de una autonomía de hecho de las clases poseedoras, a las que pertenece en exclusiva su ejercicio.

## TEXTO 30

El Código civil suizo (1907) y los modelos disponibles: la obligación de consultarlos y la libertad para valorarlos

E. Huber, *Exposición de motivos del anteproyecto*, 1902

En cuanto a la relación entre el derecho nacional y el derecho extranjero, conviene recordar que sin una comparación continua y atenta con otros derechos el legislador se expone a recluirse en una estrechez y una inmovilidad nefastas. Los pueblos, como los individuos, necesitan salir de ellos mismos y mezclarse con la vida universal. La legislación no debe convertirse en la muralla china. Pero sería ir demasiado lejos si se obligara al legislador a verlo todo, a estudiarlo todo y a tomarlo para sí yendo a buscar a los cuatro puntos cardinales lo mejor que pudiera encontrar. ¡No olvidemos que toda institución jurídica tiene unos orígenes propios! Se desarrolló en el ambiente y en el suelo en que nació y necesitó no de un día, sino de siglos. Por eso una institución puede tener una influencia excepcional sobre el medio en el que surgió mientras sus efectos serían quizá diferentes en otro medio. Solo sopesando bien todas las circunstancias podrá decirse si es prudente o incluso si es posible aclimatar en el país lo que se ha producido en el extranjero. Tampoco podría uno desinteresarse de las costumbres y de los usos que se apoyan en el derecho tradicional. El pueblo trabaja mucho mejor con un utensilio al que está acostumbrado que con un instrumento mejor pero cuyo manejo no le es familiar. Por eso casi nunca adoptaremos pura y simplemente una institución extranjera; el principal provecho que se obtendrá del trabajo de comparar será ver cómo consideraron y resolvieron ciertas cuestiones fuera de nuestro país. Consultaremos los modelos; no los copiaremos. Trataremos de darle a nuestro país instituciones apropiadas para sus necesidades y tan buenas como las del extranjero. No intentaremos por lo tanto plagiar las leyes de los países que nos rodean, en particular el Código civil francés y el Código civil del imperio alemán, sino que intentaremos hacer una obra que, en la medida de lo posible, no sea inferior a ellos.

## TEXTO 31

Un código popular: las razones para desearlo y el camino que había de seguirse para elaborarlo

a) E. Huber, *Exposición de motivos del anteproyecto*, 1902

Por lo que al lenguaje se refiere, la idea que prevalece es que el proyecto, como se ha dicho más arriba, debería ser comprensible para todos; hemos tratado de lograr este objetivo eligiendo expresiones simples y claras. Insistamos aquí en algunas particularidades.

En la medida de lo posible, hemos evitado el escollo de los artículos largos. Aparte de las enumeraciones, como las que se encuentran en el derecho de tutela para los actos que requieren del consentimiento de la autoridad del tutor, casi siempre hemos conseguido no tener nunca más de tres apartados por artículo. Los apartados se componen en general de una sola frase; serán lo suficientemente cortos como para que una persona, incluso estando poco acostumbrada a consultar las leyes, pueda darse cuenta de su contenido a primera vista. Las subdivisiones son escasas y los artículos nunca han sido divididos en párrafos. Se consigue así una guía fácil y se simplifican las citas porque, por así decirlo, solo será necesario citar el artículo y el apartado.

[...]

En segundo lugar, hemos pretendido hacer comprensible, o al menos legible, cada artículo considerado de manera aislada. De ahí la necesidad, en la medida de lo posible, de no tener en cuenta las remisiones. Cuando han sido inevitables, se han facilitado no indicando el número del artículo, sino mediante una frase clara que ofrece el contenido de la remisión.

[...]

El orden que se ha seguido en general a lo largo de los artículos que se refieren a una materia determinada es este: las reglas generales irán en primer lugar, luego las disposiciones que se refieren a la constitución y a la extinción de una relación jurídica y, finalmente, las que regulan sus efectos. Este método, y en particular la reunión de las reglas sobre la constitución y la extinción, le dan al proyecto una organización clara y fácil; se volverá a encontrar en el conjunto del sistema, por ejemplo, en la agrupación de las reglas

sobre la celebración del matrimonio y del divorcio, por contraposición con los efectos del matrimonio. Veremos además que la realización de esta idea ha dependido de la manera de tratar cada materia; como hemos dicho más arriba, no hemos pretendido exponer un cuerpo de doctrina, sino fijar las reglas necesarias para la práctica. Esto explica por qué, cuando la constitución y la extinción de una relación jurídica están determinadas de manera explícita, hemos establecido una rúbrica especial para cada uno de estos grupos de prescripciones, mientras que en otros lugares hemos podido reunir las bajo una misma rúbrica, titulada, por ejemplo, “comienzo y fin”.

En tanto era compatible con las exigencias de la lengua, hemos designado siempre con los mismos términos las nociones que se repiten; pero no habría que deducir de ello que una fórmula diferente propone siempre necesariamente un sentido distinto. También hemos tratado siempre de expresar de la misma forma las ideas que se repetían con frecuencia. La aplicación de las leyes existentes ha demostrado profusamente la perplejidad que puede apoderarse del juez por una simple discrepancia del texto debida a una inadvertencia del legislador. Por eso hemos resuelto, por ejemplo, emplear una única fórmula siempre que se trate de la apreciación del juez: “El juez decidirá libremente”. Es cierto que la preocupación por la concordancia de los artículos lleva a veces a dar a las disposiciones del proyecto cierta apariencia de monotonía, pero esto nos ha parecido mejor que la falta de seguridad acerca del propio sentido de la ley. Desde un punto de vista diferente, hemos creído en cambio poder mantener cierta libertad al renunciar a señalar de manera expresa la diferencia entre las reglas de derecho absoluto y las de derecho dispositivo, eligiendo fórmulas más o menos sinónimas, por ejemplo, entre el verbo auxiliar “debe” y el verbo en futuro. Durante la vigencia de la ley puede variar la opinión respecto al carácter permisivo de un texto y a las exigencias de la moral pública, y sería un error redactar la ley de manera que a los tribunales les resultara imposible seguir la evolución de las ideas sin una revisión del texto legal. Por lo demás, el método, que no hemos querido seguir demasiado rigurosamente, llevaba más a reconocer un lenguaje convencional y más o menos esotérico que al enunciado de verdaderos mandatos legales. Cuando el legislador quiera conferir a una disposición un alcance imperativo absoluto debe decirlo. Si no lo dice, la cuestión se resolverá según el espíritu de la época.

b) E. Huber, artículo de 1910 inédito durante mucho tiempo, en el que reflexionaba sobre las diferencias entre el BGB alemán (1900) y el Código civil suizo (1907). El artículo permaneció inédito hasta 1961

Como tercer factor para diferenciar la formación de ambas codificaciones hemos destacado la aplicación del derecho a tenor de las condiciones existentes. El Imperio alemán cuenta con un estamento de juristas con una formación científica en general homogénea y que maneja la legislación con un gran rigor en el control científico del tema. Aquí no se trata de captar el contenido de la ley con un rápido vistazo, sino que se puede asegurar que estos, al tener que aplicar la ley, se ocuparon de ella durante muchos años y captaron su precisión. ¿Qué importancia tiene que los parágrafos estén redactados en lengua popular o en un lenguaje erudito si quien tiene que aplicarlos está totalmente familiarizado con su significado? En esta situación solo goza de una ventaja, a saber, la de poder deducir con todo detalle, en las combinaciones artificiales del lenguaje legal, las normas que necesita para resolver los casos prácticos. Las condiciones son muy diferentes en la administración suiza de justicia. Por lo general no tenemos un estamento de funcionarios. Las personas elegidas para aplicar el derecho, o la mayor parte de ellas, están lejos de tener una sólida formación científica. Desde la vida práctica, desde algunas profesiones, guiados por sus preferencias y asumiendo la confianza de sus conciudadanos, alcanzan el alto puesto de la administración de justicia y allí necesitan de una ley que les hable directamente de manera comprensible, y cuando esta no les proporciona una norma, entonces completan la ley a través de las deducciones a las que llegan gracias a su razón y a su experiencia práctica de la vida. La interpretación especializada de las reglas jurídicas no sería para ellos un alivio, sino que supondría una complicación en su tarea y representaría para ellos, en la mayoría de los casos, una mayor dificultad. A ellos y a la autoridad del pueblo les basta, como base para la jurisprudencia, el derecho con una orientación, en gran medida, popular.

## TEXTO 32

La ambición del derecho privado de contribuir a luchar contra los desequilibrios sociales y económicos. El Código civil suizo como mensajero del “derecho privado social”

a) Eugen Huber, *Historia del derecho privado suizo*, 1893

En las modernas instituciones del derecho privado de la Confederación solo se mantiene un aspecto de la antigua vida comunitaria; el otro, quizás el más importante, ha sido suprimido, como hemos destacado anteriormente, por el derecho de los Estados modernos. Sin embargo, es inconcebible crear en los Estados modernos un derecho que ignore todas las diferencias sociales y económicas, y sin duda tampoco puede señalarse como una desviación del carácter civil general del derecho, por ejemplo, si el legislador hace hincapié en el tráfico de bienes muebles, propone cláusulas para proteger la adquisición de buena fe, o introduce el registro de la propiedad para las relaciones jurídicas sobre la propiedad inmobiliaria, o acompaña la gestión mercantil de reglas y consecuencias especiales. La desigualdad sustenta, ante todo, otra característica, en especial si el derecho civil se crea en beneficio de uno o en perjuicio de otro. Por supuesto, no se da la particularidad de que el derecho privado se ocupe más de la riqueza y de la posesión e incluso de los intereses de los poseedores que de otras relaciones, porque es propio de la naturaleza del derecho privado y de su función. Dentro de este rasgo inevitable, es probable que el derecho privado tenga, en alguna medida, cierta tendencia a lograr o a evitar algunas situaciones sociales, adquiriendo así un carácter especial, no corporativo sino social. Por una parte, el derecho privado social va en contra del viejo derecho corporativo, pues no se basa en la pérdida de capacidad jurídica de una asociación de pares, sino en el derecho civil no estamental; pero, por otra parte, muestra un elemento relacionado con el antiguo derecho: tiene en cuenta las diferencias de la población en el trabajo y en el nivel de vida, pero no aislando a unos estamentos de otros, sino en beneficio de todo el correspondiente proyecto.

[...] De esta manera, el derecho privado moderno crea un individuo evolucionado que transita por él equipado con grandes habilidades y grandes

expectativas y atrapado bajo grandes exigencias, liberado de todas las ataduras anteriores y gozando para sí de la explotación ilimitada de las ventajas del derecho privado. Y sin embargo esto puede ser solo un fenómeno pasajero. Se alzan ya por el horizonte síntomas de que el individuo podría quedar sujeto por ataduras tan pesadas como las de antes. No queremos tener más responsabilidad al respecto, sin embargo contamos con la intervención del Estado en el derecho del individuo a disponer de su propiedad, con las cargas que se imponen al individuo para el bienestar público, con las restricciones a la libre disposición en caso de muerte donde ningún pariente cercano puede considerarse heredero, con las normas en relación con el contrato de trabajo. Y aún se podrían mencionar otros factores que indican que el derecho privado, pese a esta estructura individualista, no ha llegado hasta el final de sus posibilidades. Con el libre desarrollo del individuo en el derecho privado, esta época ha ocasionado, como en otras ocasiones, muchas malas experiencias, por eso estará llamado a otro tipo de vinculación, y no puede ser ya la vinculación familiar o estrictamente corporativa, sino solo la vinculación de la organización jurídico-privada del pueblo.

b) Eugen Huber, *Unificación y reforma del derecho de sucesiones suizo*, 1896

El derecho de sucesiones tiene una función social, implícita en la propia naturaleza del ordenamiento sobre sucesiones. En la próxima reforma de este ordenamiento debe prestarse atención a los dos elementos fundamentales que se contienen en el ser humano y conciliar los derechos del individuo y los de la comunidad. Aquí se repite solo para el derecho de sucesiones todo lo que es propio del derecho civil en general y todo lo que hemos designado en otro lugar como las ideas del derecho civil social para el desarrollo moderno del derecho; séanos permitido reproducir nuestra opinión con las mismas palabras que empleamos allí:

“Las ideas que tienden a un derecho civil socialista son fruto de las circunstancias y se justifican como elemento de progreso pero son rechazables como sistema; lo mismo debe decirse de un derecho civil meramente individualista. El derecho civil debe ser resultado de las fuerzas que dan vida a la comunidad del pueblo y sería un error creer que la verdad está solo de un lado. Tampoco se encuentra en el centro, pero la propensión a ir más a la derecha que a la izquierda depende de las condiciones de cada país y de

su fase de desarrollo económico. Feliz el Estado y la época que han unido en una armonía soportable los dos elementos fundamentales de la formación del derecho, la comunidad y la individualidad”.

TEXTO 33

Para concluir: las disposiciones más conocidas (y problemáticas) del Código civil suizo de 1907

Art. 1

1. La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas a las que pueda referirse la letra o el sentido de sus normas.
2. En los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre y, en defecto de esta, según la regla que aprobaría como legislador.
3. Debe atenerse a la doctrina y a la jurisprudencia de más prestigio.

Art. 2

1. Todos están obligados a actuar de buena fe tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.
2. El abuso manifiesto del derecho propio no está protegido por la ley.

Art. 4

El juez está obligado a decidir según el derecho y la equidad cuando la ley se remite a su prudente criterio o hace depender la decisión de la apreciación de las circunstancias o de motivos graves.

Art. 11

1. Todas las personas gozan de derechos civiles.
2. Por consiguiente a todos les corresponde, dentro de los límites del orden jurídico, la misma capacidad para tener derechos y obligaciones.

Art. 27

1. Nadie puede renunciar, ni siquiera en parte, a la capacidad civil.
2. Nadie puede enajenar su libertad ni someterse en el uso de la misma a una limitación incompatible con el derecho o con la moral.

Art. 28

1. Aquel cuya personalidad es lesionada de manera ilícita puede pedir, para su tutela, la intervención del juez contra cualquiera que participe en la ofensa.

2. La lesión es ilícita cuando no está justificada por el consentimiento de la persona lesionada, por un interés público o privado preponderante o bien por la ley.

TEXTO 34

Cuando la literatura (y así, por ejemplo, Stendhal) se cruza con el *Code civil*

a) Cómo percibió Stendhal el “estímulo” que impregnaba el *Code*. Se dirigió con estas palabras a un veterano de las guerras de Napoleón (Stendhal, *Memorias*, 1837):

La energía sembrada por las hazañas que os han costado un brazo no sobrepasa por ahora la fortuna de mil quinientas libras de renta. Además, aún nos horroriza lo que es fuerte; pero el Código civil llega rápidamente a todos los millonarios, divide las fortunas y obliga a todo el mundo a valer algo y a venerar la energía.

b) Y consideró además el *Code* como un monumento lingüístico. En una carta a Balzac del 30 de octubre de 1840 afirmó:

Al redactar *La Cartuja*, para lograr el tono, cada mañana leía dos o tres páginas del Código civil.



PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17310>