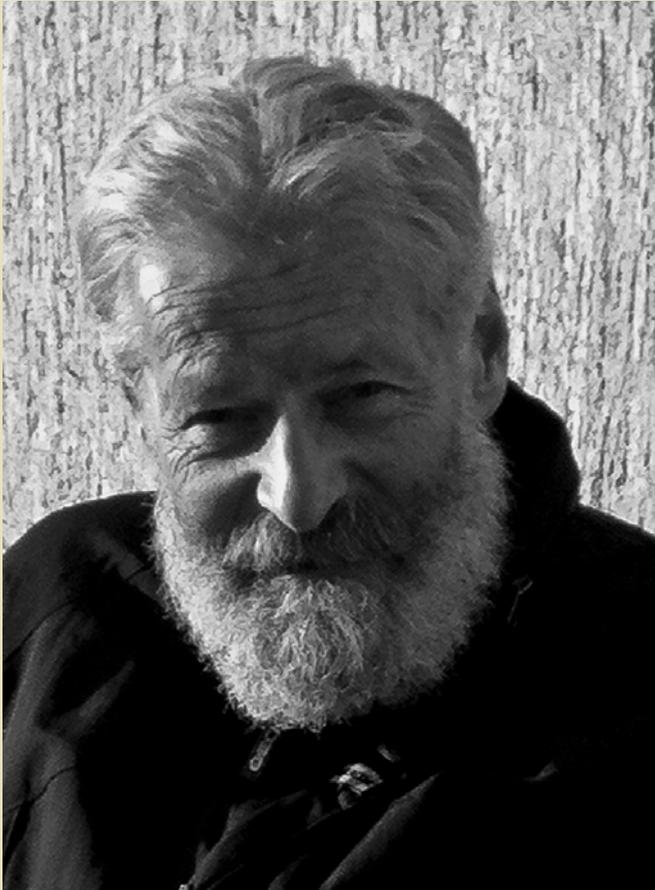


ESCRITOS SOBRE LA CODIFICACIÓN

PIO CARONI



Escritos sobre la codificación

Escritos sobre la codificación

Pio Caroni

Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2012

© 2012 Pio Caroni

© 2012 Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, para la traducción

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

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-15454-51-9

Depósito Legal: M

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/13028>

*A Adela Mora Cañada, Aquilino Iglesia Ferreirós e Manuel Martínez Neira,
che traducendo in castigliano miei scritti sulla codificazione
li hanno salutarmente chiariti ed abbelliti*

CONTENIDO

Quizás un epílogo	xi
1. La codificación en la obra de Savigny	1
2. Constitución liberal y código civil en el siglo XIX	45
3. El código desencantado	71
4. Las codificaciones del derecho privado y sus postulados funda- mentales	107
5. ¿Qué tipo de historia para un derecho atrapado por el código?	137
6. La historia de la codificación y la historia del código	171
7. El código aplazado. Resistencias europeas a la elaboración y a la difusión del modelo codificador	205
8. Por fin una historia social del código	249
9. Cuando se agota el ciclo de las compilaciones: la llegada del código en el siglo XIX	271
10. Codificar remitiendo al derecho común. Cómo entender el art. 5 del Código civil del Tesino de 1837	287
11. Codificar en dos ámbitos: el civil y el penal. Reflexiones sobre el mito del código-guía	301
12. Receptio duplex vel multiplex. El AGB en el contexto suizo	335
Nota de edición	363
Índice	367

ABREVIATURAS

CCS	Código civil suizo de 1907
Index	Index. Quaderni camerti di studi romanistici
Initium	Initium. Revista catalana d'història del dret
Ius commune	Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
Materiali	Materiali per una storia della cultura giuridica
Quaderni fiorentini	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche
RSDI	Rivista di storia del diritto italiano
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SZG	Schweizerische Zeitschrift für Geschichte
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
ZbJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHF	Zeitschrift für historische Forschung
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

QUIZÁS UN EPÍLOGO

The only wisdom we can hope to acquire
Is the wisdom of humility: humility is endless.

T.S. ELIOT, *Four Quartets*, East Coker, II.

1. *En busca de una metáfora*

Naturalmente tengo amigas y amigos repartidos por el mundo (a pesar del título de mi último libro), a los que desde hace años consigno una copia de mis trabajos sobre la historia de la codificación con buena regularidad, pero por desgracia no frecuente. De manera habitual –seguramente porque casi todos son personas educadas e incluso afectuosas– lo agradecen, comentan y aplauden. Pero sucede también, sobre todo en los últimos tiempos, que muchos me preguntan amablemente: “Pero ¿no te das cuenta de que repites las mismas cosas?”. O quizás “¿no se te ocurre otra cosa?” O, por último, “¿no te aburre esta historia?”

Cuando respondo, respondo como puedo. No negaré que desde hace más de cuarenta años me intereso con frecuencia y con agrado por fragmentos del pasado que se refieren a la codificación o que pueden reconducirse a ella fácilmente. Ya lo habían notado mis estudiantes, a quienes gustaba repetir (respetuosamente) que “la codificación es el hueso de jibia que utiliza a diario el profesor Caroni para afilarse el pico”. Y menos aún negaré que la cosa, lentamente, me sorprende incluso a mí. Es decir: desde hace años *yo también* me pregunto sobre las razones de esta curiosa reincidencia con la que, por otro lado, convivo bastante serenamente. Nunca he intentado contestar del todo a esta pregunta. Siempre he preferido posponerlo. No por superstición, sino más bien en espera de una ocasión propicia. Y mira por donde se presenta ahora, en el momento de

publicar la versión castellana de estos escritos, relativos todos ellos, más o menos, al tema de la codificación.

Como sucede con frecuencia en estos casos, intento agarrarme al poder –mágico aunque quizás engañoso– de las metáforas. ¿Cuál puedo utilizar para dar cuenta de mi obstinación? Quien me conoce bien sabe que nunca jamás hablaría de una pesca milagrosa gracias a la cual se extraen del mar una perla tras otra, hallazgos preciosos para ordenar mi imaginario y a los que recurrir para rellenar mis historias, pues nunca he pescado nada y además –habiendo nacido entre montañas– siento desagrado solo con pensar en todo lo que de peligroso esconden esas aguas. Si acaso, prefiero considerar el núcleo de la codificación como un cruce de caminos con muchísima circulación hacia el que convergen grandes arterias y que por ello es atravesado diariamente por miles de vehículos, grandes y pequeños. Es como decir que el discurso de la codificación, más pronto o más tarde, convoca y articula los grandes temas de la historia jurídica, los que el investigador descubre a medida que intenta profundizar en él. Esto está mejor, pienso, pero no me satisface todavía. Esta segunda metáfora incluye un elemento aleatorio que me molesta. Finalmente me decido por una tercera propuesta, más concreta y terrena que la primera, menos incierta que la segunda. ¿Por qué no considerar como una *sonda milagrosa* la investigación atenta a la influencia social del tema de la codificación? Recordaría, no tanto la recogida más o menos interesada de teselas destinadas a formar un mosaico imaginario (¡que necesitaría esas teselas precisamente!), cuanto la idea de un itinerario sin ruta programada y sin un claro final. La sonda penetra continuamente en estratos cada vez más profundos, desvelando así la extrema complejidad (y riqueza) del terreno que perfora. ¿Y si este terreno fuese el de la sociedad histórica en cuyo seno se propuso, proyectó, discutió, combatió, rechazó o aprobó, y finalmente se promulgó como derecho vigente la codificación del derecho (privado, penal, procesal, etc.)? Probemos al menos a aventurarnos en el camino que esta metáfora nos empuja a seguir, desde luego sin prometer o garantizarnos nada.

2. *Una historia social de la codificación*

Para un historiador del derecho esto es casi una acrobacia: partir, no de un

concepto jurídico previamente elaborado para reconstruir después meticolosamente su concreción, es decir su formación, sino de una *sociedad* agitada, irritada de alguna manera por nuevas exigencias, quizá acosada por reivindicaciones sectoriales cada vez más exigentes y que intenta encontrar de una vez una solución en el terreno jurídico, esto es, codificando el derecho. Quien está dispuesto a esta acrobacia descubre en la historia de la codificación la de una sociedad que codifica, y por la misma razón considera el código, *no* como un fruto casual o un resultado imprevisto, sino como *el deseado producto jurídico de un anhelo social*. Lo que no impide concebir el código como objeto de estudio. Pero exige analizarlo y describirlo, *no* como entidad autónoma y autorreferencial, sino como un derivado o producto de una sociedad histórica, es decir concreta, que no puede separarse de ella, a ella se refiere y no puede comprenderse sin tenerla en cuenta. Por ello, la sociedad que decide en un momento (quizá de manera excepcional) poner en marcha esta estrategia jurídica confeccionará el código al que aspira si no a su imagen y semejanza, sí de manera que le resulte cómodo y útil; teniendo en cuenta, no tanto las sugerencias de los teóricos o las recomendaciones de los historiadores, sino sus necesidades concretas. Todo esto es fácil decirlo, pero no ejecutarlo. Por esta razón he hablado de acrobacia. Pero ¿por qué? Porque desde siempre al código le gusta promocionarse a sí mismo. Domina por ello en nuestro imaginario, con la misma resolución indiscutible con la que reivindica ser el epicentro de un nuevo sistema de fuentes. Deslumbra, atrapa, retiene nuestra atención; arrasa con lo que está a su alcance, prescinde con arrogancia de los vínculos del pasado. Y los historiadores del derecho se ilusionan, aplauden generalmente, asienten más o menos orgullosos y reivindican consecuentemente la historia de la codificación (y la del código) como terreno propio.

Este es el primer mito que hay que destruir: es urgente resistirse a este canto de sirenas, a la cegadora atracción que el código ejerce sobre nosotros. Resistirse significa entonces relacionarlo con el mundo exterior del que deriva y en el que pretende incidir; leerlo e interpretarlo a la luz de cuanto en este mundo externo (que es la sociedad) se mueve; tener en cuenta los valores que esta manifiesta y también las contradicciones que no logra esconder, ya que *estos* son los elementos que ocupan y agitan el área de influencia del código, el espacio –amplio pero hasta ahora poco explorado– que se abre tras su fachada aparentemente silenciosa, equi-

distante e impasible. Pienso que no solo es vagamente deseable, sino urgente y necesario, oponerse a esta atracción fatal. Para explicar el porqué, reflexionaré sobre un tema recurrente de la historia jurídica decimonónica.

Todos sabemos que los códigos civiles de inspiración liberal-burguesa ignoran generalmente el mundo de las desigualdades, sobre todo de las materiales que la sociedad civil, primero, había heredado del Antiguo Régimen y, luego, había agravado con frecuencia a lo largo del siglo XIX. A quien pregunta por las razones de este silencio generalmente se le responde que indica la evidente indiferencia del mundo jurídico respecto a los temas económicos y a los problemas concretos que conllevan. Una indiferencia totalmente similar a la autorreferencialidad teórica y dogmática que reivindicaba el código. Si callaba no era por ignorar los hechos ni por pudor; sino simplemente porque las realidades económicas no le competían. Como gustaban de sentenciar los pandectistas, las dejaban a la curiosidad de los periodistas.

A esta interpretación, que intenta subrayar la autonomía científica del derecho, contrapongo la mía, un poco distinta. En mi opinión, el código ni ignora ni niega la existencia de desigualdades materiales, de grandes diferencias patrimoniales. Y no solo eso: las aprecia, no prescinde de ellas, cuenta con ellas *hasta aprovecharse de ellas*, y en vista de ello las deja fuera, las aísla en el ámbito socio-económico que sería erróneo concebir como un limbo inofensivo.

Concretamente: está demostrado que hasta avanzado el siglo XVIII el derecho se había ocupado de estos temas económicos, los había considerado suyos, propios. Y tenía la preocupación de atenuar el impacto de las desigualdades y ejercía una función compensadora; por ejemplo, promoviendo el asociacionismo, regulando las corporaciones, prohibiendo o limitando la competencia, interviniendo sobre la formación de los precios mediante el establecimiento de topes, etc. Al derecho patrimonial propuesto por los códigos burgueses le desagradaba esta vocación compensadora, ya que chocaba con las opciones jurídico-políticas que los sostenían y que eran de signo opuesto, es decir rígidamente individualistas. Consideraban la desigual distribución de la riqueza más bien como una fuente de energía, que había que explotar con determinación. Si los códigos ignoraron las desigualdades, diferencias e incapacidades, no lo hicieron para neutralizarlas, sino por el contrario porque aspiraban a valorarlas. Para

ello había que sacarlas del ámbito jurídico (que en el pasado, como hemos visto, generalmente las había moderado e incluso combatido) y confiarlas exclusivamente al de la economía, ahora literalmente colonizada por las leyes del mercado y por el *juego* de la competencia. Lo que equivale a decir que se transfirieron del mundo del derecho al de la economía para facilitar su óptima explotación. He aquí –y aquí quería llegar– por qué no es muy recomendable contentarse con moverse dentro de la lógica que emanaba del código, confiar en los mensajes que solo ella transmitía, dejarse deslumbrar por las certezas que proponía o, peor aún, dejarse fascinar por las promesas que reiteraba.

3. *¿Y la historia jurídica?*

Es el momento de preguntarse si, junto a esta historia *social* de la codificación, no existe quizás otra más decididamente jurídica, más atenta a los aspectos técnicos de los hechos y de las secuencias mencionadas. Me gustaría negarlo en virtud de un principio que siempre he tomado en serio, *ubi societas, ibi ius*, que nadie puede impedirme invertir con las consecuencias del caso que se pueden intuir. Pero sería injusto con tantos autores que a lo largo de los años han recorrido el mismo camino con igual empeño, aunque llegando a conclusiones que a veces me resulta difícil compartir. También existe esta *otra* historia de la codificación que tiende a emanciparse de los condicionamientos sociales, con libertad para combinar, ordenar, deducir, seleccionar según sugiere (o al menos anima a hacerlo) la lógica jurídica. Voy a tratar de caracterizarla recordando los temas sobre los cuales ha reflexionado en el pasado reciente.

a) El primero, prioritario ya que en cierto sentido es previo, se refiere al *estatuto ontológico* del código y por eso intenta descubrir los elementos característicos del concepto de código. La referencia a la tradición iusnaturalista e ilustrada resulta indudable; menos clara es la eficacia real de esta referencia. Hoy parece prevalecer la tesis *minimalista* de quienes consideran los primeros códigos como estrategias destinadas a instaurar solo la uniformidad territorial o nacional del derecho. Este habría sido el núcleo original y puro de la política codificadora. Todo lo demás –el deseo de preparar un código simple, completo, exhaustivo, pleno– habría sido

un añadido posterior, una reinención (dicen) de la segunda mitad del siglo XIX, fruto espurio porque procede de ideologías propias de los intérpretes del código. Percibo en este razonamiento una intuición preciosa, la de distinguir entre la historia del proceso codificador y la del código vigente en la sociedad que lo estableció. Una intuición que retomaré. Pero, al margen de este aspecto que me parece positivo, disiento de esta carrera de rebajas que descalifica *a limine* (por considerarlas espurias o precarias) adquisiciones importantes de la historia de la codificación. Y me asalta la sospecha de que el minimalismo de esta tesis intenta introducir una afirmación de veras extraordinaria, la de que el código en realidad fue solo la última etapa (provisional) de un itinerario propio todavía del *viejo* sistema de fuentes. A los autores que se refugian con agrado en estas posiciones, que me resultan indefendibles, sugeriría –si se me permite– dos lecturas: la del *Beruf* savignyano y la de los escritos de Federico el Grande de Prusia sobre la reforma del derecho vigente. En el primero, la lectura crítica de los tres códigos llamados iusnaturalistas culmina en una descripción del estatuto ontológico del código tan articulada, meditada y soberana que doscientos años después permanece inmutable. Pero Savigny sabía bien de lo que hablaba porque consideraba el código como la estrategia enemiga, la que se enfrentaba a su programa científico. Los escritos de Federico el Grande ponen de manifiesto como pocos la importancia y la urgencia de ese plan ilustrado que aspiraba a lograr y garantizar *inmediatamente* la plenitud, es decir la certeza del derecho.

b) Logrado de esa manera un acuerdo de máximos sobre las características de la novedad llamada código, se inicia después la exploración histórica, es decir esa frenética exploración de los siglos pasados destinada a reclutar –y no podía ser de otra manera– los *precursores* del concepto moderno. Se releen entonces, desde luego, los escritos de los humanistas franceses, de los iusnaturalistas holandeses y alemanes, y de los ilustrados europeos con la esperanza de encontrar avances, prefiguraciones o, en un prelude insólito y desconocido, todo lo que pueda servir para clasificar al autor entre los antecesores de los grandes codificadores modernos. Debe admitirse que ha sido con frecuencia un ejercicio seductor. Le debemos el conocimiento de autores hasta ahora ignorados u olvidados, de escritos inéditos y de influencias jamás imaginadas. Pero después me

pregunto sobre la relación que tiene todo esto con la realidad histórica, y la admiración por los descubrimientos de estas investigaciones sufre. Concurren a mitigar mi entusiasmo, *en primer lugar*, no tanto una lectura *teleguiada* de estos autores, que puede no gustar pero en mi opinión es inevitable, cuanto el hecho de que esta –para actualizar el mensaje– ignora con frecuencia el contexto en el que vivían y actuaban; y *en segundo lugar*, la irrealidad, la total artificiosidad del diálogo mantenido entre protagonistas que vivían en países y tiempos distintos, y de los resultados basados en datos poco contrastable o dominados por intereses teóricos muy personales. En mi opinión, en esta lectura del pasado todo es ficticio o imaginario; no solo el pretendido encuentro entre los distintos precursores (por ejemplo entre Hotman, Leibniz y Bentham, por citar el ejemplo más usual) y el diálogo que tuvo lugar aparentemente entre ellos, sino también esa irresistible e inevitable convergencia hacia un concepto *canónico*, universalmente compartido y subyacente con posterioridad en las historias jurídicas nacionales o locales. Hay que decir que quien obra de tal manera –quizás sin darse cuenta– tiene en realidad poco respeto por el pasado, se sirve de él, lo coloniza. Extrae los elementos que le interesan para regular el presente, para alimentar la interpretación deseada. Por el contrario, creo que las experiencias de los denominados *precursores* han sido obviamente heterogéneas y, ligadas como estaban a su tiempo y a su lugar, resultan difícilmente comparables. Solo quien olvida su auténtico condicionamiento temporal y espacial obtiene teselas de un mosaico quizás colorido pero por desgracia, como decía, solo imaginario.

c) No tendríamos motivos para criticar con tanto brío este planteamiento si la cosa se hubiera quedado en esto. Un planteamiento como otro cualquiera, se podría decir, que se puede compartir o rechazar. Pero aquí hubo en realidad un resultado en el que no faltaron aspectos poco edificantes que explican muchas orientaciones de la actual disciplina. En efecto, el acuerdo de máximos que se logró en referencia al *estatuto ontológico* del código provocó esas selecciones y sugirió esas condenas que recuerdan vagamente una caza de brujas de la cual se salvaron solo pocos ejemplares inmaculados y por ello regulares. Cito algunos episodios de estos discutibles ajustes:

– se comenzó a distinguir entre recopilaciones, compilaciones y

ciones por una parte y *auténticas* codificaciones por otra, quedando claro que a las primeras, como mucho, se debían considerar como una simple anticipación;

- nos acostumbramos a hablar de códigos realizados en el momento justo (como por ejemplo el francés de 1804), y de otros tardíos (como el suizo de 1907);

- se descalificaron los códigos que no tenían en cuenta elementos esenciales de la definición canónica, y aquí el elenco es numeroso ya que comprende los que no garantizaban la unificación territorial del derecho, conservaban la estructura estamental, reconocían la función subsidiaria del derecho común o le concedían de alguna manera demasiado espacio, se *abrían* con demasiada generosidad al derecho consuetudinario, mezclaban derecho civil y penal, o privado y público;

- se inventaron jerarquías, como mínimo, postizas, como la que asigna al código civil una función aparentemente clara de código-guía, o la que privilegia el código penal al considerarlo más *fuerte*, es decir más imperativo y, por tanto, más incisivo que el civil.

Presentada desde este observatorio que tiende a la falta de equilibrio, la historia del código aparece inevitablemente cubierta de lagunas y fisuras, de condenas y exclusiones, todas ellas provocadas, al parecer, por el deseo de salvaguardar la pureza de los conceptos. Una pureza frente a la cual yo preferiría la realidad, que en mi opinión no excluye sino que *incluye*, aunque tal vez sea impura, ambigua e imperfecta, ya que me parece haber entendido que todas las irregularidades denunciadas en la relación arriba citada no son consecuencia de errores, descarrilamientos y olvidos. Son, como mucho, ausencias explicables, concesiones a exigencias locales y compromisos cuyas razones, por desgracia, se le escapan a quien se nutre solo de conceptos y desdeña examinar el impacto sobre las sociedades históricas concretas; como, por lo demás, ya había intuido Montesquieu cuando recordaba “que es una enorme casualidad” que las leyes de un país convengan también a otro.

4. *¿Cuántas historias?*

He hablado hasta ahora de codificación de manera genérica, esto es, sin especificar a qué realidad me refiero: si al *procedimiento* anterior a la pre-

paración y a la promulgación de una ley llamada código o si al resultado de él, es decir al *producto* final, al código. No era necesaria la distinción para reflexionar, como he intentado hacer, sobre los temas que se acaban de tratar. Pero antes o después llega el momento en el que distinguir, más que útil, es inevitable. Es el momento en el que nos damos cuenta de que en el gran contenedor al que acudimos para documentarnos confluyen en realidad materiales muy variopintos *que reflejan historias distintas*: la de la elaboración del código (es decir la codificación en sentido estricto) y la de su vigencia, es decir su incidencia normativa en la sociedad; la primera, si se quiere, sobre la materia textual, la segunda, por el contrario, operativa.

a) La historia que describe la lenta aparición del código, que sigue el *iter* que va desde que surge la idea hasta la definitiva sanción parlamentaria, está normalmente plagada de éxitos. Solo por este motivo goza de nuestra simpatía, agrada. Quiero decir que todos nos ocupamos con más agrado de programas realizados que no de simples proyectos olvidados antes o después, cuando no explícitamente rechazados. Equivocándonos, naturalmente. Cito un ejemplo que conozco bien: la historia del proyecto de código de comercio suizo de 1864, que nunca fue realizado, muestra verdades de gran relieve aunque concluyera sin resultados. No vendría mal una mayor humildad para reflexionar también sobre todo cuanto sucede en el *otro* lado de la vida, el marcado por el fracaso.

Comoquiera que sea, esta primera historia está llena de protagonistas que afrontan el tema de la codificación en los contextos más diversos y proclaman mensajes con frecuencia (y naturalmente) discordantes. Hay así quien desea la elaboración de un código y quien la rechaza; quien lo quisiera cargado de material histórico y quien está más abierto a la modernidad; quien lo concibe junto a fuentes subsidiarias y quien por el contrario prescindiría de ellas. Es importante darse cuenta de la historicidad de estas posiciones para no utilizarlas de manera inadecuada o parcial, como por desgracia se hace cuando, por ejemplo, se citan las conocidas afirmaciones del tribuno Faure para deducir que el *Code* de 1804 en realidad recicló sistemáticamente derecho romano clásico. Si es justo denunciar estas maniobras, es igualmente importante no olvidar que nosotros estamos manchados por culpas similares cuando sondeamos esta primera historia en busca de elementos concretos o instituciones del código de ex-

tracción romanista, germanista, canonista o iusnaturalista. Y cuando nos hemos servido de los resultados de estas exploraciones para interpretar las correspondientes reglas de los códigos, secundando de esa manera implícitamente la teoría que afirma la continuidad sustancial entre la realidad anterior a la codificación y la regulada por el código.

El hecho es que el peso de estos intereses, más teóricos que prácticos, ha ensombrecido con frecuencia otros aspectos de esta historia preliminar, los ligados a los motivos políticos, sociales y económicos que sugerían la codificación del derecho o aconsejaban su rechazo. Los tenemos poco en cuenta porque a nosotros, que reflexionamos sobre estas cosas cien o doscientos años después, la codificación nos parece una conquista indiscutible. Será así, pero no por esto nos es lícito renegar de sus orígenes rigurosamente burgueses y de su originaria idoneidad para ir al encuentro de instancias sectoriales que, al triunfar políticamente, se generalizaron. Quiero decir que nos corresponde comprender que tras la afirmación de esa particular estrategia unificadora que denominamos codificación, así como tras otros descubrimientos típicos del siglo XIX, ferrocarril y telégrafo incluidos, se entrevé cada vez más nítidamente el ascenso de la burguesía: de la agraria primero y de la industrial después. ¿Es excesivo por ello pretender vincular el tema de la codificación a esta nueva realidad política y esperar verlo enriquecido o relativizado por los estímulos o las reflexiones que esta expresaba?

b) Relegada a la sombra durante mucho tiempo por el triunfo en general clamoroso de las estrategias codificadoras, hay otra historia, sometida, silenciosa, casi subterránea, y por ello nuestra sonda prefiere descubrirla o mostrarla. Comienza el día en que, recién entrado en vigor, el código se dispone a incidir sobre la sociedad que lo ha dispuesto y a regularla en consecuencia. Cada código traza un programa e incuba una esperanza. Pues bien, precisamente esta segunda historia intenta averiguar tenazmente si tal programa fue realizado y si la esperanza se cumplió. Y lógicamente nos habla de cómo se enfrentó la sociedad al código, de cómo (cor)respondió; pero podría también decir, para situar esta reflexión en los principios hermenéuticos hoy generalmente compartidos, de cómo recibió el destinatario el mensaje y qué hizo en concreto. Si es cierto que el significado de un mensaje es aclarado inevitablemente por el destinatario, como lo confirma la experiencia cotidiana, solo quien cultiva esta histo-

ria estará en condiciones de saber hasta qué punto se han realizado los códigos, se han convertido en realidades, no solo deseables sino ciertas y operativas, de la vida social, también aquí como secuela de la concisa respuesta de Portalis: “los códigos se hacen”.

Como es fácil intuir, quien la realiza debe afrontar dificultades y obstáculos, que la primera historia, la de su *redacción*, no conoce. Basta con hacer un índice de sus temas principales para darse cuenta de ello. La *Wirkungsgeschichte* del código, como resume con gran eficacia el intraducible vocablo alemán, indaga sobre el trabajo interpretativo de la doctrina y de la jurisprudencia, y registra las críticas y las propuestas dirigidas a modificar, corregir e integrar reglas del código. Pero no por esto pierde de vista los eventuales cambios estructurales, los que se refieren al conjunto del sistema de fuentes dominado por el código: estará por ello atenta al equilibrio de las jerarquías (hoy visiblemente turbado por el mayor peso que reivindica la jurisprudencia), a la influencia que ejercen sobre el código las fuentes externas, ya sean nacionales (por ejemplo la constitución) o supranacionales (por ejemplo las directivas europeas), así como el innegable fraccionamiento progresivo del sistema, que nos hemos acostumbrado a llamar fuga del código o descodificación. Y al intentar aclarar el grado real de aceptación social del código estará bien no olvidar la característica constitutiva del derecho privado burgués cosida con doble hilo al individualismo: la abstracción y, por tanto, el carácter dispositivo de sus normas que, al ser concebidas con un carácter transitivo, remiten a la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y estimulan su libre y dinámica actuación. Si por este motivo el derecho privado burgués ha sido llamado *esqueleto sin carne*, solo el examen del comportamiento real de los destinatarios será capaz de indicarnos el valor real de un código.

Quiero concluir recordando una verdad que aconseja gran prudencia: como estos temas, a su modo, anticipan, como sugiere la hermenéutica y como recordaron ya hace un siglo los ninguneados sociólogos del derecho, es necesario habituarse a la idea de que entre las intenciones del legislador y la respuesta concreta de la sociedad, destinataria del mensaje puede existir discontinuidad, puede incluso abrirse (aunque solo sea en casos excepcionales) una brecha. A esto nos incita esta segunda historia.

5. *Codificar para cambiar*

Pero sé muy bien que antes de terminar debo afrontar un último obstáculo, es decir responder de alguna manera a una pregunta típica que divide desde siempre a los historiadores: ¿cambió algo el código? Y en el caso de que la respuesta sea afirmativa: ¿*Qué* cambió, y *cómo*?

a) Hay un tratamiento muy polémico de este tema. Es el preferido hoy en día por los neopandectistas cuando afirman, por ejemplo, que el BGB alemán es una destilación del derecho romano-común; o el elegido por sus críticos cuando sostienen que el código ha hecho *tabula rasa* del pasado. No tengo deseo alguno de aventurarme por este camino que considero como inútiles y ridículas polarizaciones, razón por la que recuerdo enseñada que me parece obvio que un código cambia *y* confirma, y es por ello continuidad *y* renovación. La vida demuestra que en el código (también) quedan cosas viejas. Cuando decide abrir nuevos caminos, está obligado a partir de las posiciones hasta entonces conocidas, y de certezas hasta entonces vinculantes y compartidas. Lo nuevo se injerta en lo antiguo, siempre hay un testigo que, más o menos furtivamente, cambia de mano y garantiza la continuidad. Pero no por esto es lícito olvidar que la codificación es un proceso largo, complejo y controvertido, y que por este motivo nadie la afronta para dejar las cosas como están. Quien codifica intenta cambiar, mucho o poco. Si, desde un punto de vista formal, es igualmente lícito reflexionar, tanto sobre las cosas del pasado que un código deja aparentemente intactas, como sobre las que intenta regular de otra manera, en la realidad es este último aspecto el que prevalece. Preferirlo significa abrirse a lo nuevo sin renegar de lo viejo.

b) Tema específico de mi reflexión final serán por lo tanto las novedades que el código realizó progresivamente –fiel a las intenciones explícitas del legislador o rindiéndose a las aspiraciones de quien lo lee, lo interpreta, lo aplica y, además, del destinatario– ha realizado progresivamente. Pero ¿cómo descubrirlas? ¿Cotejando quizás las reglas codificadas con las previas? Sería un trabajo arduo y poco ventajoso, ya que tras este examen lograría enumerar reglas verdaderamente nuevas, aunque no demasiadas, sobre todo las destinadas a desfeudalizar el derecho patrimonial, que además no necesitaban un código: bastaba con una simple ley. En realidad yo

buscaba otra cosa, buscaba los cambios que solo un código era capaz de provocar. ¿Pero existen?

c) Existen y ocupan dos vertientes necesariamente ligadas entre ellas, como las dos caras de una moneda. Resumo, según mi opinión, el significado concreto del gran cambio que el principio de la codificación dejó impreso en la historia jurídica europea, un cambio estructural, es decir de todo el sistema jurídico, que cada Estado realizó a su modo adoptando tiempos y siguiendo estrategias dictadas por la historia local.

La *primera* de estas vertientes muestra la *obsesión unificadora* típica del ímpetu codificador. Por ella tendía el código a una cuádruple unificación. En primer lugar, quería ser una ley única, completa y exclusiva que, por este motivo, reflejaba un *ordo* rígidamente sistemático. En segundo lugar, pretendía regular de manera uniforme todo el territorio estatal. En tercer lugar, buscaba dirigirse de igual manera a todos los habitantes y contribuía así, en el fondo suavemente, a constituir, reforzar o garantizar la unidad política del Estado.

La otra vertiente muestra *cómo* se realizó tal unificación: consagrando la ley y marginando la costumbre (en la doble acepción del término tan genialmente intuita por Savigny, *Beruf*, cap. 2 *in fine*). Pero también podría o quizás debería decirlo finalmente: sustituyendo el silencioso epicentro consuetudinario-sapiencial por el (ruidoso) de la ley codificada. Razón por la que el código adoptó un método simple y accesible; el latín fue sustituido por las lenguas habladas en los países respectivos. La transición que estaba realizándose modificó el sistema de fuentes y subrayó la fuerza creadora del aparato estatal, esto es, de un monopolio del poder político hasta ahora inimaginable. No fue, como alguno dijo, una acción fulminante, sino compleja, inquietante, laboriosa y con recaídas. El código se impuso lentamente, casi tímidamente al viejo sistema. Y marcó así esa extraña bipolaridad que caracterizó largos periodos de la historia jurídica decimonónica, de la continental al menos.

Y como si todo esto no bastase, imponiendo ahora al intérprete la obligación de concentrarse sobre el texto legislativo, lo liberó del examen retrospectivo previo que desde mucho tiempo atrás servía para encontrar el derecho vigente y ahora era sustituido por la autoridad de la ley. Dejó de ser operativo, cargando a los historiadores del derecho, si no *expropiados* al menos sustancialmente desmotivados, con la búsqueda más bien engo-

rosa de nuevas razones, de nuevos apoyos y de nuevos pretextos para no romper todos los vínculos con el pasado y para continuar considerándolo –aunque ahora *de forma diferente*– cercano, ilustrativo, nuestro. Nuestro de nosotros, historiadores y juristas.

6. *Las razones de este libro*

Mucho he podido observar en el curso de los años mientras la sonda milagrosa de la cual se habló al comienzo perforaba diligente el terreno. La he acompañado en su trabajo como los periodistas, y lo he referido fielmente como si fuese uno de ellos. Un periplo que, si se quiere, ha durado decenios; de desarrollo generalmente sereno, a veces árido, otras veces claramente revelador, como demostración de lo inevitable de los temas, de la densidad de los problemas sucesivamente tratados como de su continua imbricación. Lo que basta para justificar el largo compromiso destinado a registrar cuanto la sonda iba descubriendo paulatinamente, a reflejarlo y a escribirlo; y a esperar después nuevas revelaciones. Que es lo que hago ahora, mientras en esta espléndida mañana de diciembre el sol irrumpe en la casa paterna y casi la incendia. Sí, había olvidado decir que la sonda excava todavía, incansable y silenciosa. Y que, por tanto, el periplo continúa. Ítaca está todavía lejos, desde mi observatorio ni siquiera la entreveo. Será el trabajo de generaciones. Parece confirmarlo el hecho de que mi exposición haya recordado por último un tema que nos interpela a todos inevitablemente, a todos nos atormenta y nos incita a todos a explorar nuevos itinerarios.

Antes de despedirme definitivamente faltan dos reflexiones conclusivas sobre el significado que personalmente atribuyo a esta publicación. *En primer lugar*: también ella es un milagro, pero esta vez un milagro de amistad. Porque sin la amistad, con la cual me honran Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira y a la que correspondo con gran afecto, este libro –que precisamente ellos han querido y traducido del italiano con tanta competencia como rigor– no existiría. Es un regalo que les agradezco infinitamente.

En segundo lugar: no desvelo ningún secreto si recuerdo que precisamente de España me han venido los estímulos decisivos para profundizar en un tema ya tratado por mí en 1969, pero solo con brío cuando

Aquilino Iglesia Ferreirós me invitó en la primavera de 1993 a desarrollarlo sistemáticamente en una serie de *Lecciones catalanas*, publicadas después en 1996. Más tarde, Adela Mora Cañada me hizo una invitación parecida (después reiterada en el tiempo). Debo por tanto a estas invitaciones externas y a los estímulos que suponían la continua atención que le dediqué después al tema. Me produce una gran alegría ver que el fruto de tanta pasión, gracias a este libro y a la tenacidad de quien la ha querido, vuelve finalmente al país que más que ninguno lo merece.

Pio Caroni
Rancate (Canton Ticino), nell'Avvento del 2011

LA CODIFICACIÓN EN LA OBRA DE SAVIGNY

1. *Un preámbulo*

Son muchas las claves de lectura de Savigny, o bien –de un modo menos genérico– diferentes las aventuras interpretativas destinadas a descubrir y evaluar los significados de su desarrollo histórico y sistemático. ¿Cuáles son posibles, cuáles útiles? La utilidad depende del elemento elegido, es decir de su capacidad para asumir y expresar valores interpretativos generales; para ir más allá de lo contingente y lo concreto y, por lo tanto, para abarcar *también* los pasajes que el intérprete considera cruciales y definitorios de *toda* una obra. Hoy me propongo reflexionar sobre la postura de Savigny contra la codificación. Aún la considero –a pesar de lo manido del tema a causa de tantos enfoques complacientes– como un rasgo de la obra que, al menos así lo espero, no me hará encallar en los detalles ni me obligará a exagerar o convertir en abstracto lo que es ocasional.

Ésta no es una elección obvia. Pero renuncio a aprovecharme de dos argumentos para justificarla: el de la importancia y la fama del *Beruf*, en el que se afronta el tema de la codificación con el ímpetu de quien se siente –quizá– con el agua al cuello; y también el de la constante reaparición de este tema en las obras sistemáticas posteriores al *Beruf*.

Prefiero explicar esta elección reflexionando sobre los lugares savignyanos en los que se repite el elemento de la codificación; sobre su oportunidad, sobre su duración, sobre el nexo que los une a otros lugares que no tengo el derecho de eliminar de mi investigación solo por estar rotulados con un elemento diferente.

2. *Partiendo de un ensayo de 1969*

Hace diez años, proponiéndome indagar sobre los orígenes del concepto

moderno de codificación, me tropecé con la reflexión de Savigny contra la codificación, que es bien conocida por su condena indiferenciada y por la inercia que de ella resultó; menos en cambio –como comprendí luego reflexionando sobre el tema– por su congruencia con las opciones científicas ya definitivas de Savigny y por su oculta –pero modernísima– justificación.

La exploración monográfica que siguió a mi curiosidad inicial confirmó –creo poder decir– la relevancia del episodio, al menos en el ámbito de la investigación concreta mencionada al principio. En aquel trabajo¹, lejano ya en el espíritu y en el tiempo, intentaba aclarar las razones que habían movido al fundador de la escuela histórica a pronunciar una condena despiadada y definitiva del postulado codificador. También me interesaba comprender cuál era la apuesta que estaba efectivamente en juego para Savigny. La rapidez de la respuesta a las provocaciones de Thibaut y la dureza del veredicto dejaban lugar para algunas conjeturas que había que comprobar o –si era el caso– corregir. Y, por último, me parecía urgente intentar situar el episodio en el *iter* científico de Savigny, es decir, intentar comprobar si estaba conectado con él y, en caso afirmativo, de qué modo: orgánico, estructural o accidental.

Para responder a todas estas preguntas retrocedí en el tiempo, aunque permaneciendo siempre en el seno de la perspectiva savignyana. Por consiguiente, concedí una amplia extensión a la biografía científica, fui reuniendo cartas y seguí con atención las distintas circunstancias que, después de 1814, obligaron a Savigny a reflexionar de nuevo sobre el tema de la codificación. Terminada la investigación, llegué a este resultado: Savigny rechazó la codificación, no tanto porque entraba en conflicto con su tesis general sobre el nacimiento del derecho (la *Volksgeistlehre*), cuanto por el peligro que de ella derivaba para su programa científico, concebido como un programa de reforma del derecho vigente. La premisa de esta conclusión, expuesta aquí sin matices, era la aclaración del sentido que tenían en el léxico jurídico savignyano expresiones como codificación,

1 P. Caroni, «Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des “Berufes”», *ZRG Germanistische Abteilung* 86 (1969), pp. 97-176. Estas primeras averiguaciones fueron retomadas, desarrolladas y corregidas (al menos parcialmente) más tarde, en diferentes trabajos: sobre todo en «Der unverstandene Meister? Savigny’s Bemerkungen zum österreichischen ABGB», *Festschrift H. Baltl*, herausgegeben von K. Ebert, Innsbruck 1978, pp. 107-122, y también en dos recensiones, que se encuentran en la *TRG* 47 (1979), pp. 168-170, y en la *ZNR* 2 (1980), pp. 95-98.

Volksgeistlehre, programa científico, etc. Quien esté algo familiarizado con la obra de Savigny sabe que se trata de conceptos clave sobre los que no solo se reflexiona en la actualidad.

A algunos no les ha agradado este punto de vista o, sencillamente, no les ha parecido razonable. De modo que no todos comprenderán por qué, diez años después de las primeras investigaciones, insisto hoy sobre el tema y tomando precisamente como punto de partida los resultados que acabo de resumir. Para ser del todo explícito, nadie me ha pedido volver a reflexionar sobre el mismo tema para luego confirmarlo, corregirlo o completarlo. Con absoluta libertad, retomo las investigaciones en el punto en el que las cerré entonces, para corregirlas o formularlas de nuevo, pero sobre todo para proseguirlas. Examinaré en primer lugar el concepto de codificación que Savigny da por descontado en el *Beruf*, para avanzar después indagando sobre las razones concretas que provocaron el rechazo radical y en abstracto del postulado de la codificación, sobre la reorganización que posiblemente se produce en la *Volksgeistlehre* y sobre el valor jurídico-político del rechazo. Más adelante, intentaré ampliar el discurso a la alternativa (científica) que Savigny opuso a la codificación del derecho, a su impacto sobre la praxis y a sus raíces iusfilosóficas. De este modo, por una explicable ironía del destino, volveré a encontrarme muy cerca del tema inicial.

3. *El concepto savignyano de codificación*

Entre los modelos de código que la rica y variada reflexión ilustrada había propuesto, había uno que Savigny ignora intencionadamente: *el del código completo e innovador*². Las razones de esta ignorancia son claras. En los razonamientos de los ilustrados, Savigny percibió «una confianza ilimitada en la época actual, que se creía que no estaba de manera alguna destinada a algo de escaso valor, sino a la auténtica manifestación de la perfección absoluta»³. Su inteligencia del presente como un tiempo

2 Sobre este concepto, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, pp. 323-324; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Auflage, Tübingen 1963, p. 503.

3 “Eine gränzenlose Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man keineswegs zu etwas geringerem berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten

determinado (exclusivamente) por la historia se oponía radicalmente a esta expectativa; algo habrá que decir sobre esta inteligencia, que volvió a formular en la *Volksgesetzlehre*. Y, por lo demás, tampoco los tres códigos iusnaturalistas que estuvieron realmente en vigor le hicieron cambiar de idea. Muchos historiadores del derecho consideraron su rechazo de la codificación –quizá un poco apresuradamente– como el repudio de las novedades materiales que contenían los nuevos códigos⁴. Al hacerlo así, omiten distinciones y ejemplos y olvidan que Savigny no emitió un juicio sobre los tres códigos iusnaturalistas que se aproximara a la uniformidad, sino que distinguió claramente y los condenó con argumentos diferentes⁵. Y además, el propio Savigny dijo, justamente de ellos y corrigiendo parcialmente opiniones propias⁶, que se habían limitado a ordenar de nuevo

Vollkommenheit”. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, citado aquí en la edición que hizo de él en 1914 J. Stern (*Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin, 1914, reed. Darmstadt 1959), p. 74.

4 Véanse, ante todo, los autores citados por mí en *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 139, nota 254, a los que querría añadir: E. Kaufmann, «Savigny in seiner Zeit: Aufklärung-Romantik-Positivismus», en *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F.C. v. Savigny*, ed. de H.G. Leser, Marburg 1979, pp. 73-94, y especialmente p. 82; G. Pugliese, «I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto», *RISG* 1973, pp. 89-132, especialmente p. 123; F. De Marini, *Savigny. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1980, «Introduzione», p. 14; W. Ogris, «Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch», en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. I, Frankfurt am Main 1974, pp. 153-172, especialmente p. 154; W. Wilhelm en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, herausgegeben von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main 1969, p. 146; F. Renner, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, Zürich 1968, p. 158.

5 *Beruf*, pp. 102-136; *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, pp. 102-103, 197-205. La crítica más agresiva la dirige Savigny –como es natural– al *Code civil* de 1804: presintió su peligro. Los historiadores del derecho insisten justamente sobre los motivos también políticos que alimentaron o determinaron su postura al respecto. Véanse, por ejemplo, W. Wieacker, en *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 143; W. Schubert, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln/Wien 1977, pp. 594 ss.; De Marini, cit., pp. 11-12.

6 *Beruf*, pp. 74-75. Sobre esta precisión, Caroni, *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 114 nota 49.

y a fijar «de todos modos el derecho existente»⁷.

Por consiguiente, la codificación –incluso prescindiendo de los tres códigos históricos– no podía innovar materialmente. Savigny jamás hizo de ello una caricatura que pudiese convertirse más adelante en blanco de sus agudas controversias. No utilizó la estratagema de considerar válido, todavía en 1814, el postulado codificador de la primera ilustración⁸. Prefirió considerar la codificación como la confirmación de instituciones y soluciones legislativas ya corroboradas por la praxis; precisamente como una «fijación por escrito de todo el derecho existente»⁹.

Hay que preguntarse entonces: ¿por qué tanto ruido? ¿Por qué apresurarse a callar a Thibaut, a apaciguar el entusiasmo levantado por su escrito y a desacreditar en abstracto una idea y un programa si éstos no modificaban en absoluto la situación actual? La respuesta a estas preguntas, que considero del todo pertinente, la dio J. Stahl unos años más tarde. La escuela histórica, recordó, no pretendió condenar la legislación. «Y no obstante, toda la labor de la legislación se reduce a establecer disposiciones o materias particulares; no debe renovar todo el estatuto jurídico ni en cuanto al contenido, es decir, las normas confirmadas hasta ahora, ni en cuanto a la forma de su autoridad, es decir, reduciendo a un código todo el derecho que se ha consolidado hasta ahora, de modo que a partir de entonces solo su admisión en el código decida sobre la validez y el sentido de las disposiciones jurídicas: *la codificación*». Y añade a con-

7 “Das ohnehin bestehende Recht”. *Beruf*, p. 81; *System*, I, p. 104. Esto es válido también en orden al *Code*: «Nichts ist irriger, als wenn viele glauben, dieser wäre ganz aus neuer revolutionärer Weisheit, kraft einer Art von Inspiration, hervorgegangen. Vielmehr brachten sowohl die ersten Redactoren, als nachher die Mitglieder des Staatsrathes, alle ihre Kenntnisse und Irrthümer aus der Zeit der alten Jurisprudenz mit hinzu» (*System*, II, p. 153).

8 Por consiguiente, no puedo compartir la opinión expresada por Kriele en *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 139, según la cual Savigny «polemisierte sein Leben lang gegen die Kodifikationsidee, fasste sie aber in einer Weise, in der sie lediglich im 18. Jahrhundert eine Zeitlang verwendet worden ist, nämlich in Verbindung mit einem absoluten Auslegungsverbot».

9 “Aufzeichnung des gesammten bestehenden Rechts” (*Beruf*, pp. 81-82). Remito además a lo que escribí en *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 142-143; *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 114. Me parece sensible a esta perspectiva, que acepta el inmovilismo de los contenidos y considera el código, por lo tanto, como un problema de método y de forma, M. Bretone, «Tradizione e unificazione giuridica in Savigny», *Materiali per una storia della cultura giuridica* 6 (1976), pp. 187-213, especialmente 193-194.

tinuación: «Éste es el sentido de la oposición de Savigny a la propuesta de Thibaut»¹⁰.

En otras palabras: Savigny comprendió claramente que la codificación, aun cuando contuviese solo derecho preexistente, modificaba en él «la forma de la autoridad». Esta establecía un nuevo orden formal, fijaba un nuevo horizonte y se imponía como un nuevo cosmos en cuyo seno aun las cosas viejas se cargaban de significados nuevos. Lo que había sucedido en el ámbito de la compilación justiniana¹¹ se repetía ahora en materia de codificación: la novedad no estaba provocada por la sustitución material de instituciones ya en desuso, sino precisamente por el distinto valor que les confería el hecho de encontrarse reordenadas y recogidas a tenor de nuevos principios sistemáticos. La quintaesencia del valioso descubrimiento savignyano es precisamente el haber comprendido que toda codificación renovaba la jerarquía de las fuentes y, al hacerlo, creaba nuevas interdependencias e innovaba, tanto en el ámbito formal como en el material¹².

¿Cuál es el valor de este descubrimiento? Creo poder resumirlo en dos puntos:

a) Ciertamente, Savigny no fue el primer jurista europeo en captar de un modo consciente el nacimiento de un *ius novum* por la refundición de las fuentes. Tuvo también maestros para ello, entre los que se encuentra desde luego Leibniz¹³. Pero llegó recorriendo nuevos caminos.

10 F.J. Stahl, *Storia della filosofia del diritto* (traducida por P. Torre y con notas de R. Conforti), Torino 1853, p. 627.

11 *System*, I, pp. 258-260.

12 Es evidente que aquí corrijo ampliamente lo que escribí en *Der unverstandene Meister?*, p. 115, *cfr.* I.

13 En la *Praefatio Novi Codicis*, escrita entre 1678 y 1688 en defensa de la preparación de un Codex Leopoldinus, puede leerse: «Veteres leges merito retinentur, quia nostras magnam partem inde excerptimus; nolumus tamen nostras ex illis interpretationem capere, sed contra illas ex nostris» (G.W. Leibniz, *Textes inédits*, publicados y anotados por G. Grua, Paris 1948, II, pp. 627-628). El pasaje también está citado en F. Sturm, *Das römische Recht in der Sicht von Leibniz*, Tübingen, 1968, p. 21 nota 40. Sobre esta cuestión, véase también E. Molitor, «Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz», en *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, Milano 1954, I, pp. 359 ss., y en particular pp. 373 ss.; J. Baron, *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codifikationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert*, Bern 1888, pp. XXVIII-XXXI.

Su conocimiento de la ley de la interdependencia no fue ocasional, sino que se remitía directamente a los principios de su programa científico. Era la confianza y el conocimiento de quien había asignado a la ciencia jurídica la tarea de descubrir la «intrínseca unidad» de la tradición jurídica consignada con la necesidad de la historia, y que sabía bien que de esta inteligencia del material histórico surgiría «una nueva vida orgánica que volvería a actuar formando la propia materia»¹⁴; la confianza y el conocimiento de quien había hecho de la «repercusión formal de la ciencia en el derecho»¹⁵ la piedra angular de una vida y de un programa. Desde este punto de vista, puede decirse que la reflexión savignyana sobre la codificación, si quería permanecer fiel a sus inspiraciones fundamentales, debía desembocar necesariamente en el descubrimiento aquí analizado.

b) Las intuiciones de Savigny, sostenidas por una extendida conciencia metodológica y aguzadas por la clara percepción del peligro inminente, todavía nos resultan modernísimas. Dieron comienzo a un planteamiento formal del problema codificador que –aun siendo parcial¹⁶– permitió descubrir después las verdaderas novedades llevadas a cabo por la codificación iusprivatista. Al no haberlas percibido en seguida –salvo en casos aislados y poco conocidos¹⁷–, los historiadores del derecho se aventuraron en un largo debate sobre el concepto de codificación, estéril en su desarrollo y de resultados decepcionantes. Me refiero a las tesis sostenidas sucesivamente por Van Kan, Vanderlinden y Viora y que

14 “Ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurück wirkt”. *System*, I, p. 46.

15 “Formelle Rückwirkung der Wissenschaft auf das Recht”. *System*, I, p. 47; así, sustancialmente, también en pp. XXIII y 104 («organisch bildende Kraft einer jeden Rechtstheorie»).

16 El esbozo de una crítica al respecto en Caroni, *Der unverstandene Meister?*, cit., pp. 115-117.

17 Véase un ejemplo de ello en H.A.A. Danz, *Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht. Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1861. Según Danz, la codificación provoca una renovación radical del derecho, sobre todo en el ámbito formal y, en consecuencia, también en el ámbito material (pp. 6, 9-12, 15, 19, 24, 26, 29). Es ahistórico y por consiguiente rechaza –pues es superfluo– cualquier argumento que no se deduzca del texto codificado (pp. 45-47). Sobre Danz, véase ahora –rápidamente– A. Buschmann, «Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863/1865», *Juristische Schulung* 20 (1980), pp. 553-559, en particular p. 557.

debo, al menos, resumir para demostrar hasta qué punto giraban en torno a una alternativa solo aparente.

Van Kan, en un trabajo ya clásico de 1929, desarrolló un concepto de codificación reducido esencialmente al aspecto formal que, normalmente, no tenía nada que ver –o aparecía solo como un motivo secundario o accidental– con el deseo de una renovación material¹⁸. «La codificación es, ante todo, un cambio de formas», dedujo de ello¹⁹. Esta teoría fue confirmada luego, más recientemente, por J. Vanderlinden, que consideró el código «como una operación esencialmente técnica, destinada a facilitar el conocimiento del derecho bajo cualquier faceta que esta acción pueda presentar [essentiellement une opération technique, destinée à faciliter la connaissance du droit sous tous les aspects que cette action peut revêtir]»; operación distinta, por consiguiente, de «cualquier intento de reforma del derecho realizado por vía legislativa»²⁰.

M.E. Viora mostró una opinión contraria. En una conocida y afortunada lección inaugural del curso académico, distinguió entre compilación y codificación²¹, reivindicando para la segunda el mérito de la «novedad del material legislativo»²² y condensando en el concepto de compilación

18 J. Van Kan, *Les efforts de codification en France*, Paris 1939, pp. 34-35, 172-173, 186-187, 265-266, 341, 357-358.

19 “La codification est avant tout un changement de formes”. Van Kan, cit., p. 259.

20 “Toute entreprise réformatrice du droit qui serait réalisée par la voie législative”. J. Vanderlinden, «Aspects de l’idée de codification», en *Rapports belges au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, pp. 41-54, y especialmente pp. 48, 52. Vanderlinden desarrolló luego estas ideas en *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle. Essai de définition*, Bruxelles 1967.

21 M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3^a ed. (inalterada, pese a lo que se dice en la p. VIII), Torino 1967. La distinción presentada por Viora en este trabajo (compilación, pp. 2-3; codificación, pp. 40-44) fue generalmente aceptada por la historiografía italiana. Véase, por ejemplo, T. Ascarelli, «L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione», en *Saggi giuridici*, Milano 1949, pp. 41-81, especialmente 49-51; P. Ungari, *L’età del codice civile*, Napoli, s.f. (pero es de 1967), p. 22 nota 15 (reproducido luego en *Quaderni fiorentini* 1 [1972], p. 227 nota 15); D. Corradini, *Garantismo e statualismo*, Milano 1971, p. 124.

22 Viora, cit., p. 41. Las tesis de Viora respecto a la codificación fueron sustancialmente compartidas por W. Wilhelm, «Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert», *Ius commune* 1 (1967), pp. 240-270. En este ensayo, Wilhelm rechaza explícitamente el planteamiento de Van Kan (ibídem, p. 259).

(*consolidazione*) todo lo que la historiografía jurídica había considerado hasta entonces como una simple “actualización”²³.

En realidad, las dos versiones ni se oponen ni se excluyen allá donde solo se comparte el planteamiento savignyano. Porque resulta entonces evidente que de cualquier arreglo formal mana siempre también derecho nuevo, lo que relativiza e incluso falsea la teoría de Van Kan; y que, no obstante, el criterio de la innovación material nunca muestra ser adecuado para distinguir las codificaciones burguesas de las *ordonnances* del antiguo régimen. En definitiva, solo reflexionando de este modo y archivando ya distinciones poco dignas de crédito, aparece ante nuestros ojos, ahora libres, la esencia de la revolución codificadora: la *unificación territorial y social* ahora ya conseguida y de la que todavía se hablará.

4. Los motivos del gran rechazo

Tras haber fijado así el concepto de codificación y haber encontrado el hilo (oculto pero fuerte) que lo vincula a las intuiciones del programa científico, ahora es más fácil indagar sobre los motivos reales que llevaron a Savigny a pronunciar la condena del postulado codificador –considerada por los más, y con razón, como definitiva²⁴–.

Ya en la *Methodenlehre* de 1802, y después conscientemente en las obras programáticas de los años 1814-1815, Savigny formuló una teoría que solo consideraba el presente como «continuidad y desarrollo de todas las épocas pasadas [Forsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten]», como algo que estuviese «en [com]unión indisoluble con todo

23 Sobre la distinción así planteada y sobre el concepto de «restatement», véase ahora W. Teubner, *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, pp. 22-23. Pero ya en el trabajo de Danz (citado *supra* nota 17) se encuentra una dicotomía (Incorporation/Codification) que prefigura las categorías empleadas luego por Viora (Danz, cit., pp. 5-12 y *passim*).

24 Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, p. 136, y los autores allí citados; J. Rascher, *Die Rechtslehre des Alois von Brinz*, Berlin 1975, p. 111; H. Mitteis, *Ueber das Naturrecht*, Berlin 1948, p. 28; R. Stammler, «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie», en *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, I, Charlottenburg 1925, pp. 3-40, y especialmente p. 4. Son de otra opinión K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, pp. 203 nota 7, 346 nota 25, 527 nota 54; Corradini, cit., p. 107.

el pasado»²⁵. Aceptar el presente como consecuencia *orgánica* del pasado (por ello no mecánica o casual) significaba, en primer lugar, infravalorar *a limine* toda crítica o toda perplejidad: el presente se concreta «por una necesidad intrínseca»²⁶. No podemos eludirlo o rechazarlo; solo podemos intentar dominarlo para no ser dominados por él²⁷. He recordado estos pasajes de las obras programáticas –conocidísimos por otra parte– por dos motivos: en primer lugar, porque son las premisas de la reforma savignyana, que prescinde de la intervención legislativa y utiliza únicamente la acción mediadora del jurista. Y después, también porque dan cuenta adecuadamente de lo que querría designar como principios epistemológicos de Savigny. Si el presente es continuación (o incluso solo manifestación) orgánica del pasado, el único método para conocerlo (y por lo tanto para dominarlo) es el histórico: «la historia es la única vía para el conocimiento real de nuestra propia situación»²⁸. Por ello, a los juristas se les pide «sondear históricamente» el presente²⁹ o, más explícitamente aún, el «seguimiento de cada materia hasta su raíz»³⁰. Estas ideas, no está de más recordarlo, no son fruto de la intemperancia juvenil o romántica. Todas ellas están confirmadas por Savigny en la importante introducción al pri-

25 “In unauf löslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit”. Savigny, «Ueber den Zweck dieser Zeitschrift», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1817), p. 3. Así ya en la *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, ed. de Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, p. 32. Es también hermosa la descripción de Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, p. 617.

26 “Mit innerer Notwendigkeit”. *Ueber den Zweck*, cit., pp. 3-4, 6-7; *Beruf*, cit., p. 137.

27 *Beruf*, cit., p. 137, 147-148; *System*, VII, “Vorrede”, p. VII. Véase también W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, p. 27; Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 169.

28 “Geschichte ist der einzige Weg zur wahren Erkenntnis unseres eigenen Zustandes”. *Ueber den Zweck*, p.4. Sobre este punto, ahora también Bretone, cit., pp. 196-197; G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, pp. 79-81; Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 17-18.

29 “Historische Ergründung”. *Beruf*, cit., p. 137.

30 “Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel”. *Beruf*, cit., pp. 140, 142, 154. H. Klenner, «Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft», *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX. Anales de la cátedra Francisco Suárez 18-19* (1978-1979), pp. 133-169, observa justamente que la filosofía de la historia savignyana legitimaba de este modo «eine juristische Forschungsmethode, die stets nach hinten losging» (ibídem, p. 42).

mer volumen del *System des heutigen römischen Rechts* (que escribió en septiembre de 1839)³¹ y fueron luego valoradas por Stahl como «algo de lo que podemos gloriarnos, como el mayor mérito de nuestra civilización frente a todas las generaciones que nos han precedido»³².

Me parece ahora evidente que esta teoría del conocimiento pudo nacer y producir efecto solo en el ámbito de un sistema de fuentes que garantizase la constante capacidad de actuación del «seguimiento de cada materia hasta su raíz». Debía tratarse, en concreto, de un sistema que no obstaculizase la vía de la reconstrucción histórica, es decir, que no se opusiese a una operación retrospectiva, la única que garantizaba la comprensión del presente. Por consiguiente, esta teoría del conocimiento podía vincularse idealmente al sistema de fuentes del derecho común, que reconocía el predominio de una fuente jurídica con una estratificación histórica compleja pero nunca fijada hasta entonces de modo exclusivo y autoritario. Y, en consecuencia, solo este sistema autorizaba y posibilitaba una completa revalorización de la historia en el ámbito de la ciencia jurídica: permitía considerar el pasado como una causa «inmanente» del presente, y de este modo liberaba la historia de su función de auxilio externo para convertirla en una «vertiente esencial de la jurisprudencia»³³; de la jurisprudencia, recordó Savigny en 1806, «que no es otra cosa que historia del derecho»³⁴. Era el único sistema en el que esta última cita de Stahl no daría la impresión de ser tautológica, anticuaria o incluso solo vagamente culta: «no se trata de estudiar la historia del derecho, sino de conocer el derecho históricamente»³⁵.

31 *System*, I, pp. XIV-XV.

32 Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 617. En la p. 616, el autor había afirmado: «Nuestro siglo tiene un mérito particular que diferencia toda su civilización de la de los precedentes, esto es, el conocimiento histórico».

33 Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 621-622.

34 “Die selbst nichts Anderes ist, als Rechtsgeschichte”. Savigny, en la conocidísima recensión a la tercera edición del *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* de G. Hugo (*Vermischte Schriften*, vol. V, Berlin 1850, pp. 1-36, el pasaje citado, en pp. 2-3: «Bei dem vorliegenden Werke liegt eine höhere Idee zum Grunde, nach welcher die ganze Rechtswissenschaft selbst nichts Anderes ist, als Rechtsgeschichte, so dass eine abgesonderte Bearbeitung der Rechtsgeschichte von jeder anderen Bearbeitung der Rechtswissenschaft nur durch die verschiedene Vertheilung von Licht un Schatten unterschieden seyn kann. Diese Ansicht, die würdigste, die für unsere Wissenschaft gefasst werden kann...»).

35 Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 624. Sobre este punto, también Wilhelm, *Metodologia giuridica*, pp. 18-19. Insistí sobre este nuevo modo de agregar la

La codificación venía a destruir esta comprensión de la historia y Savigny lo había entendido en seguida y de modo penetrante. Nació de una filosofía diferente que consideraba el presente como un simple efecto del pasado «que, tan pronto ha sido producido, ya no tiene nada que ver con la causa»³⁶. Y por ello redefinía el horizonte jurídico y reordenaba las relaciones jerárquicas entre las distintas fuentes de un modo totalmente contrario a las escapadas históricas de Savigny. Cerraba el paso autoritariamente al «seguimiento de cada materia hasta su raíz», eliminando para lo sucesivo el derecho común de la categoría de las fuentes del derecho positivo. Sobre este punto me parece entonces posible llegar a una conclusión segura.

Savigny rechazó la codificación porque la consideró incompatible con su programa científico y, precisando más, porque destruía las premisas epistemológicas con las que este programa se había ido formando. Dadas esas premisas, el rechazo era lógico, necesario y perentorio. Es necesario insistir en este último punto para no caer en la tentación de excederse en el alcance de la condena, demostrando la falta de seriedad de las críticas concretas dedicadas a las tres codificaciones recientes³⁷. El propio Savigny las consideró como ejemplos contingentes de una aversión radical que hacía abstracción de las formas de código conocidas históricamente para atacar «todas sus características»³⁸.

historia a la ciencia jurídica, de formar parte de su dogmática, en una recensión publicada en *ZNR* 2 (1980), p. 97. Remito a ella para más detalles, observando aquí solamente que esta readaptación legitimaba el nombre que luego se dio la escuela. Con ello no se quiere decir, desde luego, que la escuela de Savigny fuera más o menos histórica que las anteriores o las competidoras. Lo era de distinto modo.

36 Así, de nuevo Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 622, citado después por Feuerbach.

37 *Beruf*, cit., p. 102-136. Analicé detalladamente la crítica a la que sometió Savigny la codificación austriaca en *Der unverstandene Meister?*, cit., en particular pp. 108-114. Remito a estas páginas para un examen más atento de lo que ahora no puedo sino esbozar en el texto. Se corresponde, pues, con la realidad lo que H. Thieme le reprochó a Savigny: haber condenado la codificación prusiana «ohne auch nur auf eine materielle Rechtsfrage einzugehen» («Die preussische Kodifikation», *ZRG Germanistische Abteilung* 57 (1937), pp. 335-428, el pasaje citado, en pp. 409-410). Pero, como digo en el texto, esto no cambia nada respecto al motivo histórico de la condena.

38 “Den Charakter des Ganzen selbst”. *Beruf*, cit., p. 135. Sobre esta cuestión, también Caroni, *Der unverstandene Meister?*, cit., pp. 113-114; Íd., *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 131-132, 149-150.

Para atacar, podremos concluir con sus palabras, «la codificación en sí misma»³⁹.

5. *¿La desmitificación de la Volksgeistlehre?*

Llegado a este punto, y al menos como barrera, me parece oportuno detenerme brevemente en la *Volksgeistlehre*, porque se mueve en el ámbito de las ideas que se acaban de mencionar sobre el origen del presente aunque sin identificarse con ellas.

Hace diez años, en el ensayo mencionado inicialmente, dediqué un amplio espacio a esta teoría pero no la consideré tan decisiva para la polémica de Savigny contra la codificación⁴⁰. En la actualidad, tras numerosas nuevas reflexiones, creo poder confirmar esta comprobación. El haber comprendido que desde la óptica savignyana la codificación innova necesariamente no me obliga a revalorizar el papel (en realidad preliminar y omisible) de la *Volksgeistlehre*, no me hace creer que ella empujara a Savigny a oponerse a Thibaut. ¿Cómo puedo justificar esta postura?

En parte, con los argumentos presentados en el epígrafe anterior, en parte al considerar el *papel exclusivamente negativo* (o defensivo) que la *Volksgeistlehre* desempeñó en el diseño savignyano. Hace años que insisto en ello⁴¹, y por lo tanto ahora me limito a unas breves referencias.

Al referirse a la función creadora del espíritu popular (*Volksgeist*), Savigny creyó combatir dos postulados relacionados estructu-

39 “Die Codification an sich”. En este sentido Savigny, *Vorschläge zu einer zweckmässigen Einrichtung der Gesetzrevision* (8 de enero de 1842), publicado por A. Stölzel en *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, II, Berlin 1888, pp. 733-750, el pasaje citado, en p. 736. Por este motivo, ninguna codificación, comoquiera que fuera definida, se correspondía con la argumentación savignyana, contraria en abstracto a la codificación. Es distinta la opinión (en orden al código civil de Sajonia, puesto en vigor en 1865) de Buschmann, *Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863/1865*, cit., p. 558.

40 *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 140-150.

41 *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 138; *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 117 nota 74; *ZNR* 2 (1980), pp. 96-97. Sobre este punto, véase también ahora W. Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied-Darmstadt 1972, p. 49.

ralmente entre sí y considerados igualmente falsos y peligrosos⁴²: el método de conocimiento de los juristas del círculo de Göttingen que, siguiendo la huella de Montesquieu, se habían separado ciertamente del modelo matemático pero no por ello habían renunciado a descubrir (inductivamente) las leyes que determinaban y movían el mundo social⁴³; la pretensión de innovar materialmente en el terreno jurídico a través de la legislación⁴⁴.

Una vez cumplida esta tarea (de modo tosco pero eficaz), la teoría podía ser abandonada. No suponía un postulado positivo correspondiente, no imponía alternativas y no sugería modelos que oponer a las soluciones que excluía o contribuía a frustrar. Es por ello inútil e históricamente inaceptable adjudicarle culpas que en realidad no puede tener. Trato de precisar y de ejemplificar: si Savigny fue antihistórico en sus reconstrucciones –lo que puede sostenerse a condición de precisar los términos de la crítica y de renunciar a definiciones demasiado unilaterales⁴⁵– por identificar la evolución histórica con el derecho justiniano, olvidando totalmente la evolución posterior⁴⁶ y menospreciando por lo tanto la ex-

42 La conexión resulta evidente precisamente en el reproche que Savigny dirige a los pragmáticos de Göttingen de considerar «dass das Recht in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht werde, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit und nur nach bester Ueberzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe» (*Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 9). Me parece que también acepta esta interpretación E.W. Böckenförde, «Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», en *Collegium philosophicum. Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel/Stuttgart 1965, pp. 9-36, especialmente p. 13.

43 H.U. Stühler, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin 1978, pp. 61-63, 114-151, 169, 176, 190, 195. Sobre el grupo de Göttingen y sobre los métodos de investigación allí elaborados, véanse H. Thieme, «Die Zeit des späten Naturrechts», *ZRG Germanistische Abteilung* 56 (1956), pp. 202-263, especialmente pp. 211-215; G. Marini, *Savigny*, cit., pp. 14 ss.

44 Stühler, cit., pp. 28-29.

45 Precisamente sobre este punto me parece importante la precisión de H. Kiefner, «Der junge Savigny (Marburg 1795-1808)», en *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F.C. von Savigny*, ed. de H.G. Leser, Marburg 1979, pp. 15-49, y especialmente pp. 21-26.

46 Esclarecedores al respecto: la confesión decidida de G. Geib, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20 (que admite, en el ámbito de la escuela, una «gewöhnliche Verwechslung der Aufgabe des Antiquars mit der des Juristen»), y la

perencia científica de los glosadores y de los comentaristas⁴⁷, o bien por negarle al presente la facultad creadora que encontraba en el pasado⁴⁸, no fue desde luego aplicando (o manipulando) la *Volksgeistlehre*⁴⁹. Y además: si Savigny aisló el hecho jurídico (como hecho culto) del tejido social y si, en contra de algunas de sus manifestaciones a las que generalmente se les concede demasiado crédito⁵⁰, no consideró el derecho como un

breve referencia de J.G. Droysen, *Historik. Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, 6ª ed. inalterada, Darmstadt 1971, p. 258. Sobre este punto, véanse también los autores citados en Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 108-110, y además: M. Scheuermann, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, Berlin-New York, 1972, p. 9; Wilhelm, *Metodologia giuridica*, pp. 32 ss.

47 Sobre este punto, véase, sobre todo, F. Calasso, *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957, pp. 15, 25; Íd., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 15 ss.

48 Reproche que se le dirige repetidamente desde terrenos opuestos. Por citar algunos ejemplos: por G. Phillips (*Vermischte Schriften*, vol. II, Wien 1856, p. 507: «So wahr und richtig das Prinzip für die Behandlung des Rechtes ist, welches die historische Schule aufgestellt hat, so ist dennoch auch sie nicht ganz von Irrthümern oder Inconsequenzen bewahrt geblieben. Diese haben sich theils in Betreff der Frage nach dem Ursprunge des Rechts, theils darin gezeigt, dass man, aus wissenschaftlichem Wohlbehagen an dieser oder jener einzelnen Zeitperiode, direct oder indirect die spätere Entwicklung als unberechtigt hingestellt und gewissermassen gefordert hat, dass jener Zeitpunkt als die eigentliche Norm der Rechtsgestaltung angesehen werden solle»); por O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 23; por E. Huber, «Deutsches Privatrecht», *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Recht*, herausgegeben von G. Schmoller, NF 20 (1896), 2. Heft, pp. 96-163, y especialmente p. 159; y para concluir –como todos saben– por K. Marx, «Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule», en K. Marx/F. Engels, *Werke*, I, Berlin 1969, pp. 78-85; Íd., «Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie», ibídem, pp. 378-391. Sobre la crítica de Marx a Savigny, véanse algunos nuevos textos, abundantes en ideas originales: Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 134 ss.; J. Kuczynski, *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, vol. VI, *Gelehrtenbiographien*, Berlin 1977, pp. 126, 150; P. Wolf, «Marx versus Savigny», *Anales de la cátedra Francisco Suárez* 18-19 (1978-1979), pp. 243-269; A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto*, Bari 1980, pp. 24-30; R. Guastini, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna 1974, pp. 59-60 ss., 87-93.

49 Pienso aquí, ante todo, en afirmaciones propias (*Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 110, 138, 163) pero ya corregidas en *ZNR* 2 (1980), fundamentalmente p. 97.

50 Le da precisamente demasiado crédito D.A. Labarca Prieto, «Savigny, Thibaut y la codificación», *Revista de ciencias sociales* (Valparaíso), 14 (1979), pp. 587-619,

producto de las fuerzas y de los antagonismos sociales⁵¹, desde luego no fue a causa de la teoría del espíritu popular, que por su naturaleza tan indeterminada e indeterminable dejaba abierto el terreno a numerosas conjeturas incluso discrepantes⁵².

Para resumir: entender la *Volksgeistlehre* como una teoría únicamente defensiva significa también liberarla de reproches inmerecidos, pero sobre todo rebajarla y reducirla a la función (modesta y transitoria) que tuvo en el programa savignyano.

6. *El valor jurídico-político del rechazo*

Aun ahora nos preguntamos, siguiendo la huella de una tradición iniciada ya en 1815 por el agudo pero pérfido H.Th. von Gönner⁵³, si es posible atri-

y especialmente pp. 611 y 618, quien considera que el gran mérito de Savigny es haber intuido la dependencia del derecho de los factores sociales. En este sentido también (por muy sorprendente que pueda parecer la contraposición) Kuczynski, cit., vol. VI, p. 149; Corradini, *Garantismo e statualismo*, cit., pp. 98-99. De opinión contraria y, por lo tanto, no dispuestos a detenerse ante las concesiones verbales de Savigny, Z. Krystufek, «La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne», *RHDFE* 44 (1966), pp. 59-75, especialmente pp. 65, 67, 69; Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 151-152. Distinta y más prudente es la opinión de R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª ed. (reimpres.), Torino, 1963, quien recuerda el mérito de la escuela por haber estimulado la indagación de la realidad empírica (pp. 214, 216), pero admite al mismo tiempo que Savigny no realizó este programa (ibídem, p. 217). En esta misma línea interpretativa se mueve ahora De Marini, cit., p. 21.

51 En este sentido, sobre todo Böckenförde, *Studien Ritter*, cit., con referencias continuas y precisas a la relevancia de la teoría savignyana que, sobreentendiendo la «correspondencia orgánica» del derecho con la sociedad, menospreciaba en realidad el historicismo (pp. 16 ss., 19-21, 25). Insiste ahora en la «Verengung des Gesichtskreises» provocada por este antihistoricismo inconsciente Stühler, cit., pp. 29-30, 125, 127, 187, 195, 224, 233. Claramente ya en esta línea Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 36-37.

52 Sobre el significado impreciso e indeterminado de los conceptos fundamentales de la teoría savignyana, ha insistido manifiestamente Bergbohm, cit., pp. 489, 505 ss.

53 N.Th. Von Gönner, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen, 1815. Respecto a la valoración expresada en el texto, véase Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 147. Sobre la reacción de Gönner, véase ahora también H. Wrobel, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*, Diss. iur., Bremen 1975, p. 122-126.

buir el rechazo de la codificación a las opciones jurídico-políticas de Savigny; si por lo tanto, para expresarlo con más precisión, se puede vincular la intransigencia contra la codificación a la defensa de intereses materiales, de clase o de estamento; y, en consecuencia, si no corresponde a una opción ideológica precisa el movilizar la historia de la cultura o la filosofía de la historia para justificar (¿camuflar? ¿ennoblecen?) un movimiento programado, en definitiva, para la tutela de intereses corporativos⁵⁴.

Partiendo del hecho de que la codificación era entonces, indudablemente, una esperanza incubada por la burguesía ¿se puede considerar a Savigny como el ideólogo de la aristocracia feudal que, al rechazar el código de derecho privado, bloqueó el “progreso”, frustró los planes burgueses (y, correlativamente, los declaró inaceptables durante generaciones) contribuyendo así a reforzar las estructuras de la propiedad feudal? Existe, indudablemente, la tentación de responder de modo afirmativo e indiferenciado a todas estas preguntas. Bastaría con compartir las tesis formuladas, sucesivamente, por Hattenhauer, Wrobel o Kristufek (por citar algunos nombres), quienes, entre otras cosas, insisten en la extracción social aristocrática de Savigny y deducen de ella el rechazo a los códigos⁵⁵.

54 Emplean (irónicamente) este modo de plantear el problema algunas figuras utilizadas con predilección por Wrobel en el trabajo citado hace poco. Su intemperancia, altanería y apatía es mucha, pero no bastan para justificar la desproporcionada crítica negativa de K. Luig/B. Dölemeyer, en *Quaderni fiorentini* 8 (1979), pp. 558-559.

55 Expongo aquí en conjunto estas opiniones, sin entrar –por ahora– en detalles: H. Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 2.^a ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1980, N. 179, 240 ss., 243, 245; Íd., *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, München, 1973, pp. 50-51; Wrobel, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., pp. 3, 4, 12, 84-85, 107-108; Íd., «Rechtsgeschichte, Wirtschafts-geschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny Kontroverse», *Kritische Justiz* (1973), pp. 149-157, especialmente pp. 149-150; Krystufek, cit., pp. 69-70, 75; Íd., en *Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahre 1848. Acta facultatis juridicae Universitatis comenianae*, Bratislava, 1968, p. 374; F. Mádl, «Das erste ungarische Zivilgesetzbuch –das Gesetz IV vom Jahre 1959– im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation», en *Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest, 1963, pp. 9-102, especialmente pp. 15, 17-19, 32; Guastini, cit., p. 92. No es extraño que la premisa de estas tesis se origine al sobrevalorar el enfoque burgués de las propuestas de Thibaut: en este sentido, Wrobel, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., pp. 3, 6 ss., 16-19, 51-56, 60 ss.; Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit., p. 25 nota 30. A referencias precisas se limitan, en cambio, los autores citados por Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 135, 148-149 y también Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit., p. 41 nota 92, 77-78; Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 96, 98.

Pero creo, al menos por el momento, que es necesario resistir a estas tentaciones⁵⁶. Ciertamente, con esto no se quiere negar lo que manifiesta la evidencia y que incluso las páginas del *System* (y no solo ellas) descubren sin reservas: Savigny era un aristócrata y, por lo tanto, el mundo estamental jerarquizado de la organización feudal debía serle, sin duda, más familiar que el –más o menos aparentemente igualitario– que anhelaban sus contemporáneos socialistas y burgueses⁵⁷. Como conservador que era, luchaba lógicamente contra las instancias democráticas de la época. Por este motivo (por citar algunos ejemplos, escogidos sin orden alguno) ironiza sobre los seguidores de Saint-Simon⁵⁸, rechaza la teoría del contrato social⁵⁹ y no tolera, ni siquiera en el terreno iusprivatista, la doctrina de la soberanía popular⁶⁰. Por el mismo motivo, actúa para que, rápidamente pero de forma estable, la mediación de los juristas sustituya al espíritu popular –en la creación del derecho–⁶¹.

Pero pregunto ¿es suficiente esta comprobación casi imprecisa y sin discusión para hacer de Savigny un antiburgués, un reaccionario, un testarudo e interesado defensor del antiguo régimen? Antes de responder a todos estos interrogantes, deseo extender la indagación de la presente investigación en dos direcciones al menos:

56 Rechazan las generalizaciones que se acaban de mencionar, entre otros, H. Kiefner, «Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts», en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band V, Frankfurt am Main, 1980, pp. 27-54, especialmente pp. 38-39; H.P. Benhör, «Politik und Rechtstheorie: die Kontroverse Thibaut-Savigny vor 160 Jahren», *Juristische Schulung* 14 (1974), pp. 681-684, especialmente 682, 684; G. Marini, *Savigny*, cit., pp. 117-120.

57 Lo recuerda justamente A. Wolf, «Savignys “Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neuern Europa”», *Jus commune* 8 (1979), pp. 120-147, y especialmente 131-133.

58 *System*, II, p. 278 nota e.

59 *System*, I, pp. 29 ss., 40; III, pp. 311, 319, 321. Sobre este punto, ahora Marini, *Savigny*, pp. 169-170.

60 *System*, II, pp. 329-332 (con notables consecuencias para la teoría de la persona jurídica, expuesta con detalle en las páginas 329-359).

61 Sobre este punto, véase ahora J. Schröder, «Savignys Spezialistendogma und die “soziologische” Jurisprudenz», *Rechtstheorie* 7 (1976), pp. 23-52. Sobre el llamado concepto aristocrático de espíritu popular, véase Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 96, 98; H. Thieme, «Naturrecht und römisches Recht», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp. 95-111, especialmente p. 103; pero sobre todo Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 143 (contrario, también sobre este punto, a la versión sorprendentemente eufórica de Kuczynski, cit., vol. VI, pp. 149 y 156).

– Por una parte, creo que es oportuno indagar acerca de la exacta naturaleza de la alternativa (científica) de Savigny opuesta a la codificación. Solo este análisis, creo, nos hará vislumbrar el auténtico alcance de la apuesta y permitirá luego la confrontación, con resultados por lo demás sorprendentes.

– Por otra parte, pienso que ha llegado el momento de apartarse de la línea de investigación seguida hasta aquí, destinada exclusivamente a aclarar el punto de vista savignyano sobre los hechos analizados, y de comprobar la congruencia de las teorías formuladas sucesivamente sobre los pilares del proyecto de reforma. Es el momento de examinar el impacto de estas teorías en la sociedad alemana del siglo pasado.

7. *El impacto en la sociedad y la falta de organización de la tradición escolástica*

Así pues, si dirigimos la mirada más allá de la óptica personal del fundador y analizamos en primer lugar las adhesiones, pronto numerosas, que convirtieron rápidamente al grupo en escuela, percibe una realidad inesperada y un poco turbadora: el gran rechazo savignyano, que los escritos programáticos de 1814-1815 aducían continuamente ante la necesidad de luchar por el éxito de un nuevo método y que por ello se había convertido imperceptiblemente en el *Leitmotiv* de la nueva etapa, *no obtuvo un consenso caluroso y compacto*. Esto es: los seguidores de Savigny, precisamente ellos, supieron distinguir concienzudamente entre la función defensiva-negativa de la *Volksgeistlehre* y la alternativa de oponerse a ella⁶². Y en esta distinción, realizada sin una recepción entusiasta o uniforme de las opciones del maestro, está todo el perfil –variado, diferenciado, necesariamente inorgánico– de la escuela⁶³.

El único acuerdo verificable, el único que caracterizó la adhesión a la escuela, se refería a la función defensiva de la *Volksgeistlehre*. Más allá de este consenso (tal vez sumiso) sobre una doctrina que, en realidad, solo

62 Las primeras reflexiones sobre este punto en Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, pp. 141, 144.

63 Formulé las primeras hipótesis sobre el pluralismo temático y metodológico de la escuela en *TRG* 47 (1979), p. 170. Una clara alusión a la necesidad de diferenciar en mayor medida, también en J. Rückert, *ZRG Romanistische Abteilung* 93 (1976) p. 502.

decía qué factores *no* influían en la formación de nuevo derecho⁶⁴, en seguida tomaban cuerpo varias interpretaciones que, cuidado, no abordaban todavía el detalle, lo marginal, sino que se referían al (y quizá constituían incluso el) elemento más importante de la nueva doctrina. Savigny relacionó rápidamente el espíritu popular con la tradición científica culta del derecho⁶⁵, demostrando también de este modo que usaba el concepto en una acepción desde luego no hegeliana⁶⁶. Y precisamente para *descubrir* la continuidad de esta tradición escribió una *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, que *no es* la historia de las instituciones jurídicas romanas en el mundo medieval, sino una *Litterär-geschichte*, una historia,

64 Al expresarme de este modo tengo en cuenta la importante investigación jurídico-filosófica de R. Stammler sobre el método de la escuela histórica. En ella descubre Stammler una unicidad metodológica fundamental: «Man sucht: welche Faktoren tatsächlich bei der Erzeugung von Recht beteiligt sind. Was ist die wirkliche Wurzel von Recht und Staat; wie beschaffen sind die tatsächlich treibenden Ursachen der Rechtsbildung; welches die faktischen Quellen des Rechts? Man ist bemüht, die bei der Rechtsentstehung tatsächlich wirkenden Kräfte in eine einheitliche Formel zu fassen; man hat das Bestreben, die Schaffung von Recht auf einen letzten festen Faktor zurückzuführen [...] Einheitliche Formulierung der tatsächlichen Gründe aller Rechtsentstehung auf Grund verallgemeinernder geschichtlicher Forschung – darin erscheint die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie beschlossen» (Stammler, *Ueber die Methode*, cit., p. 6). Pero hay que decir que esta matriz historicista uniforme («ausschliesslich empirische Erforschung der geschichtlichen Rechte», ibidem, p. 13) tampoco cambia el panorama –sustancialmente inorgánico– de la escuela, porque se agota (como reconoce el propio Stammler) en un momento formal (ibidem, p. 7), ya implícito por lo demás en la adhesión solo negativa a la *Volksgeistlehre*. Me parece, pues, casi superfluo añadir que Stammler, partiendo de premisas filosóficas idealistas, critica el método de la escuela histórica porque lo considera inadecuado para resolver los problemas esenciales de la filosofía jurídica (ibidem, pp. 9 ss., 18, 31). Sobre la crítica de R. Stammler, véase R. Saleilles, «École historique et droit naturel», *Revue trimestrielle de droit civil* 1 (1902), pp. 80-112, especialmente pp. 92 ss.

65 Insiste en ello sobre todo Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 385, 392, 393; Íd., *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967, pp. 14, 18. Una reelaboración de estas tesis en G. Marini, *Savigny*, pp. 106 ss., 170 ss.

66 El influjo hegeliano sobre el concepto de *Volksgeist*, tal como fue utilizado también por Savigny, fue sostenido por W. Benjamin, en un ensayo dedicado a J.J. Bachofen (trad. francesa en *Les lettres nouvelles* 2 [1954], pp. 28 ss., y en particular p. 35). La misma opinión encuentro en Renner, cit., p. 158. Pero ya B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 21 nota 14, recordó oportunamente que el espíritu popular de Savigny se acercaba más al concepto de los romanistas que al de Hegel.

pues, de escuelas, de libros, de universidades y de juristas⁶⁷. Los germanistas, proclives a entender el espíritu popular en un sentido inmediato, que hoy más bien llamaríamos biológico o psicogenético, le respondieron desde la otra orilla. De aquí su diferente modo de entender la historia (en cualquier caso, más respetuoso con la evolución). De aquí también su disponibilidad para propiciar una política del derecho sensible sin reserva a las instancias nacionales y, más tarde, incluso populares⁶⁸.

La misma división se produjo en cuanto a la codificación⁶⁹. Germanistas y romanistas no siempre compartieron lo que consideraban que era intolerancia y miedo por parte del maestro. Demandaron ocasionalmente la codificación del derecho civil, y con frecuencia pusieron directamente manos a la obra. ¿Por qué motivos y con qué argumentos? Es preciso distinguir.

67 Wilhelm, *Metodologia giuridica*, pp. 31-32; P. Caroni, *ZNR* 2 (1980), p. 98. Desde este punto de vista, Thibaut le criticó con razón haber descuidado la *Dogmengeschichte* («Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule», *Archiv für civilistische Praxis* 21 [1838], pp. 391-419, y especialmente p. 413). Viene ahora que ni pintado el comentario de Goethe al aparecer el primer volumen de la *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*: «El autor es acusado de no haber hecho lo que no ha querido hacer, y de haber hecho lo que ha querido hacer» (citado así por Volterra en el *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* 75 [1972], p. 395).

68 Sobre esta divergencia interpretativa fundamental, véase por ahora Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen*, cit., pp. 187 ss.; Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, cit., pp. 50-52. No me extiendo –porque no es necesario hacerlo aquí– sobre la función que los germanistas otorgaban al espíritu popular; me limito a un ejemplo, el de Jacob Grimm (véase G. Marini, *Jacob Grimm*, Napoli 1972, pp. 84 ss.). Por el contrario, me urge aclarar otro punto: en el ámbito explícitamente político, las instancias de los germanistas no fueron favorables solo a los sectores populares, oprimidos por el diabólico mecanismo de la industrialización. Junto a ellos (de los que Gierke fue el portavoz más consciente y creíble), hubo otros que sostuvieron directamente el despliegue económico burgués y las instituciones jurídicas liberales. Por ello, es urgente una investigación que tenga en cuenta estas oscilaciones, sin perderse en los detalles. Una primera exploración en esta dirección, desengañada y distinta, se la debemos a H. Krause, «Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung», *Juristische Schulung* 10 (1970) pp. 313-321. Comentarios válidos ya en W. Schönfeld, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart/Köln 1951, pp. 453 ss., 461 ss.

69 Me limito aquí a unas pocas referencias esquemáticas, con la esperanza de poder reanudar el tema más tarde y tratarlo enteramente. Unas primeras informaciones en O. Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2. Abteilung, Braunschweig 1864, p. 440; Stammler, *Ueber die Methode*, cit., pp. 4-5.

Para los germanistas, a quienes la arrogancia de Savigny, y más todavía la de sus discípulos, condenaba a dedicarse al derecho particular y, por lo tanto, a la marginalidad por no decir a la inacción⁷⁰, la codificación se había convertido ya en la única gran ocasión a la que vincular sus esperanzas de ver finalmente revalorizado su derecho y de realizar los postulados (incluso políticos y sociales) que relacionaban con él. Es decir, que incluso en el ámbito de la lógica jurídica su argumentación era impecable. En efecto –J. Grimm, G. von Beseler, A.L. Reyscher, por citar algunos de ellos⁷¹– comprendieron que la fuerza del derecho romano común se encontraba en su posibilidad estructural de ampliación, y que ésta tenía sus raíces en el predominio que le aseguraba el sistema de fuentes de la época.

Así pues, luchaban por la codificación⁷² porque solo ella cortarían la planta desde la raíz y redistribuiría las materias teniendo en cuenta también la tradición no romanista.

A partir de 1850, también algún romanista de moda consideró ya

70 Una descripción, aún sustancialmente válida, de la parcialidad de los romanistas se encuentra en O. Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, pp. 12-18. Sobre la postura que mantuvo Savigny hacia el derecho alemán, véase sobre todo H. Thieme, «Savigny und das deutsche Recht», *ZRG Germanistische Abteilung* 80 (1963), pp. 1-26. Sobre este punto, también Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 498, y sobre todo Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 28, 34-35 ss. También este tema merecería hoy un análisis crítico.

71 Para Jacob Grimm, véase el saludo inaugurando la reunión de los germanistas de Frankfurt en 1846 («Ueber die wechselseitigen Beziehungen und die Verbindung der drei in der Versammlung vertretenen Wissenschaften», en *Kleinere Schriften*, vol. VII, Berlin 1884, pp. 556 ss., y sobre todo p. 561). Para G. Beseler, véase *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 3ª ed., Berlin 1873, I, p. 46; Íd., *Erlebtes und Erstrebtes*, Berlin 1884, p. 48. Sobre este punto, ahora K. Volk, *Die juristische Enzyklopädie des Nikolaus Falck*, Berlin 1970, p. 85. Respecto a Reyscher, véase ahora la amplia investigación de J. Rückert, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, Berlin 1974, pp. 191-318.

72 Opiniones globales, tal vez sarcásticas, tal vez con convencimiento, sobre los lances del postulado codificador entre 1846 y 1849, en S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm/Uppsala/Göteborg 1960, pp. 51 ss. 77, 111-112; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4ª ed., München/Berlin 1966, pp. 152-153; *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 411-412, 458 ss.; Íd., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, pp. 88-91. Todavía son válidos los comentarios de Gierke, *Die historische Rechtsschule*, cit. pp. 23, 30, 53 nota 77. Sobre el episodio de 1849, véase en particular G. Wesenberg, «Die Paulskirche und die Kodifikationsfrage (zu § 64 der Paulskirchenverfassung)», *ZRG Romanistische Abteilung* 72 (1955), pp. 359-365.

poder dejar a un lado el veredicto savignyano. Los ejemplos más llamativos de este viraje los ofrecieron K.L. Arndts y C.G. Bruns⁷³. Compartían la convicción del maestro de que el código debía limitarse, sustancialmente, a redefinir el derecho preexistente⁷⁴. Pero, quizá envanecidos por la incipiente (y para ellos prometedor) pandectización del código civil austriaco⁷⁵, rechazaron las previsiones catastrofistas de Savigny acerca del destino de la ciencia romanista en el régimen de la codificación⁷⁶. Así pues, aceptaron que el código negara en lo sucesivo el valor subsidiario del derecho común⁷⁷, pero al mismo tiempo pusieron en guardia contra las tentaciones exegéticas de crear una ciencia vinculada a la letra solo del código⁷⁸. Era urgente luchar por un estudio que devolviera a los orígenes *históricos* de los materiales del código, que eran, obviamente, romanistas⁷⁹. En todo caso, se confirmaba una profecía del maestro: incluso admitiendo los códigos, «es un estudio agotador de las antiguas fuentes del derecho, pero en absoluto inútil»⁸⁰.

73 Existen matices entre las posiciones de estos dos autores sobre los que no deseo detenerme aquí porque no son decisivos para el tema tratado.

74 K.L. Arndts, *Gesammelte civilistische Schriften*, III, Stuttgart 1874, pp. 127, 153, 389-390, 408; C.G. Bruns, «Ueber Gegenwart und Zukunft unseres Privatrechts», en *Kleinere Schriften*, vol. I, Weimar 1882, pp. 1-20, y especialmente pp. 14-15.

75 Lo señala con satisfacción indisimulada Arndts, cit., III, pp. 214 ss., 392. Sobre la pandectización del código civil austriaco, iniciada por los escritos de Josef Unger de los años 1853-1855, véase Caroni, *Der unverstandene Meister?*, cit., pp. 118 ss.

76 Para demostrar estas pesimistas previsiones bastaría con el pasaje en *System*, I, pp. 161, y después 166-167. Estos presagios (o temores) fueron compartidos por Alois Brinz (véase Rascher, *Die Rechtslehre des Alois Brinz*, cit., pp. 113-116, 195).

77 Arndts, cit., III, pp. 153, 261, 387, 392, 404, 477-478. Es contraria, en este importante punto, la opinión de C.G. von Wächter, que considera deseable mantener la subsidiariedad del derecho romano incluso dentro del código. Véase de C.G. von Wächter, «Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht», *Archiv für civilistische Praxis* 23 (1840), pp. 33-111, en particular 34-35.

78 Arndts, cit., III, pp. 122 ss., 145, 154, 211 ss., 477.

79 Bruns, *Ueber Gegenwart und Zukunft*, cit., pp. 18-20; Arndts, cit., III, pp. 153-154, 392, 478.

80 «Ist ein erschöpfendes Studium der früheren Rechtsquellen um gar Nichts entbehrlicher geworden». *System*, I, p. 104. Sobre la necesidad de un estudio histórico del derecho codificado, véase también *System*, I, pp. XVIII y XXVIII, además de las referencias que se encuentran en Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 163-165.

8. Sobre el presunto cosmopolitismo de la escuela

El perfil de la escuela –tal como surge de los episodios que se acaban de recordar– es, pues, complejo, tortuoso e inorgánico. Le faltaba, como destacaba sarcásticamente Stahl ya en 1829, «unidad y claridad en su conocimiento, y ella misma estaría perpleja si quisiera indicarnos cuál es su rasgo característico»⁸¹. Hoy nos damos cuenta de modo impreciso, pero quizá no nos arriesgamos aún a imaginar todo su alcance y a prever todas sus consecuencias. ¿Cuántas y qué revisiones de las opiniones tradicionales habrá que sugerir o que decidir?

Solo quiero recordar aquí una, para no quedarnos en la indefinición: se refiere al panorama que se ofrece tradicionalmente del cosmopolitismo de la escuela.

Savigny fue un docente muy escuchado y admirado. Dio pronto lustre a la facultad de derecho berlinesa, a la que afluyeron alumnos de todas partes de Europa. Es lógico que, al volver a su país al concluir los estudios, se esforzasen en honrar la enseñanza recibida de tan indiscutible celebridad. En la práctica, en la enseñanza, en la investigación científica hicieron fluir una parte, mayor o menor, de cuanto, mejor o peor, habían comprendido y aprendido. Estos hechos, todos ellos comprobados, plantean el problema histórico de la irradiación de la escuela fuera de las fronteras alemanas: ¿tuvo lugar, de qué naturaleza fue, se limitó a reflejar los temas tradicionales o fue alterada por el contacto con las experiencias nacionales?

Me limito, por ahora, a constatar dos cosas. Este problema, que se plantea *objetivamente*, o no interesa –y entonces es ignorado, lo que puede igualmente dañar o deteriorar la perspectiva histórica⁸²– o es re-

81 *Storia della filosofia del diritto*, p. VI (del prólogo a la primera edición de la *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Tübingen/Leipzig 1829).

82 Con ocasión del segundo centenario del nacimiento de Savigny, la *Revista de ciencias sociales* (editada por la Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales de la Universidad de Chile, de Valparaíso), publicó un número doble (14/I-II [1979]) dedicado a *Savigny y la ciencia del derecho*. Los dos volúmenes tienen en total 850 páginas; contienen la traducción en castellano de algunos escritos savignyanos (19-64) y de dos trabajos de Jhering y Stammler sobre la escuela histórica (67-140), y además 21 ensayos (pp. 143-835), todos dedicados naturalmente a los aspectos teóricos de la obra savignyana, a sus características metodológicas, a los motivos de su validez en la actualidad, etc. En ningún artículo y en ninguna página encontré nada sobre la recepción de Savigny por

suelto aplicando un módulo de indagación *doblemente aberrante*, porque ignora el carácter inorgánico de la escuela y daña la originalidad de las diferentes experiencias nacionales. Me refiero, en concreto, a las investigaciones que continúan considerando a los juristas educados en Berlín como *discípulos*, o *epígonos* al menos, del gran Savigny y que, por consiguiente, se esfuerzan en estudiar la obra solo si esta traduce *fielmente* en la práctica las enseñanzas del maestro. Las sedes universitarias en las que actúan principalmente estos fieles administradores y ejecutores se elevan al rango de sedes externas, de filiales de la escuela, promovéndola así a fenómeno cultural europeo dominante y unitario⁸³. Por eso me producen escepticismo todas las investigaciones –a veces minuciosas en el detalle– que emplean de un modo demasiado servil el concepto de recepción (o pre-recepción), y que se proponen obtener resultados aceptables investigando en la experiencia jurídica nacional el simple recorrido formal de las teorías de la escuela histórica⁸⁴. ¿Por qué asombrarse si normalmente obtienen resultados negativos o ambiguos, justificados luego con argumentos intelectuales? Estoy pensando en la tesis de Bergbohm, según la cual los italianos rechazaron sin más la escuela histórica⁸⁵; o en las investigaciones más recientes y diferenciadoras de F. Ranieri, que admiten el

parte de los juristas latinoamericanos, sobre la importancia de esta recepción para la teoría iusprivatista (especialmente sensible a los estímulos franceses), para la práctica (no son, desde luego, una excepción los artículos de H. Petzold Pernia y de B. Gesche Müller, solo formalmente conectados con la práctica jurídica sudamericana) y para la enseñanza, o sobre el valor también ideológico de una operación de este género. ¿Es exagerado decir –como hago en el texto– que todo esto deteriora la perspectiva histórica?

83 Pienso concretamente en la investigación de H. Thieme, «Die deutsche historische Rechtsschule Savignys und ihre ausländischen Jünger», en *Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahr 1848. Acta facultatis juridicae Universitatis comenianae*, Bratislava 1968, pp. 259-269, que es meritoria por la amplitud de los materiales evaluados, pero que luego se limita a verificar las coincidencias formales entre algunas ideas savignyanas y la actividad de los alumnos extranjeros. En esta línea de indagación –criticada en el texto– se movió ya Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., pp. 275-278, y se moverán más tarde otros historiadores. Véase, por ejemplo, Th. Bühler, «Der schweizerische Zweig der historischen Rechtsschule und die Volkskunde», *Schweiz. Archiv für Volkskunde* 67 (1971), pp. 5-30.

84 En este sentido, sin embargo, F. Ranieri, «Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft», *Jus commune* 8 (1979), pp. 192-219, especialmente pp. 194, 200, 207, 208, 210, 215.

85 Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 321 ss.

influjo de la escuela pero niegan que los juristas italianos comprendieran el auténtico significado de las novedades savignyanas⁸⁶.

Por el mismo motivo, prefiero entonces insistir en el concepto de adaptación, que me parece más objetivo y menos moralizante que otros, aun imaginables y utilizados en realidad (enriquecimiento, empobrecimiento). Esto obliga a dar la vuelta a los términos del problema y a partir del análisis de las peculiaridades de una práctica nacional en concreto, para ver después hasta qué punto, con qué finalidad y con qué resultados podían aducirse y arraigar realmente ciertas ideas savignyanas. Es, pues, la situación nacional concreta –con su tipicidad y su singularidad– la que delimita el horizonte en el que Savigny fue comprendido, recibido y rechazado⁸⁷.

Bastará con pensar en un solo ejemplo –vinculado al tema de la codificación– para darse cuenta de ello. Como he intentado explicar, la polémica contra la codificación estuvo determinada por el nacimiento, el desarrollo e incluso los resultados del sistema de fuentes del derecho común, que Savigny ponía como una premisa indiscutible y que pretendía, justamente, tutelar –como una alternativa válida–. Los argumentos empleados en aquella polémica adquieren un significado y un peso distintos (resultan, precisamente, adaptados) si se aplican a una realidad jurídica que el sistema no conocía o admitía solo de forma parcial o aproximativa⁸⁸.

86 Ranieri, *Savignys Einfluss*, cit., pp. 215-219.

87 He intentado realizar una reflexión sensible a las líneas expuestas en el texto en «Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit à Genève», publicado en *Des libertés et des peines. Actes du colloque P. Rossi organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979*, Genève 1980, pp. 15-40. Por el mismo ámbito se movía una conferencia (todavía inédita, a la espera de una reelaboración radical) pronunciada en el 20. Deutscher Rechtshistorikertag de Tübingen en el otoño de 1974: *Die historische Rechtsschule in der Schweizer Politik des 19. Jahrhunderts*. M. Figueras ha advertido recientemente que la introducción de la escuela histórica en España en el segundo tercio del siglo XIX «produce muy diversas resonancias según las características de la coyuntura política y social de los distintos lugares en los que se expone y aplica» («Notas sobre la introducción de la Escuela Histórica de Savigny en España», *Anales de la cátedra Francisco Suárez* 18-19 [1978-1979], pp. 370-393, el pasaje citado en p. 373).

88 Es el caso de Italia, si se exceptúa la Toscana (véase Ranieri, *Savignys Einfluss*, cit., *passim*, sobre todo pp. 207-208); es similar la situación en Suiza (véase P. Caroni, «Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *ZHF* 2 [1975], pp. 223-240 y especialmente pp.

Pero nada nos da pie para ver en ello una comprensión mediocre o una torpe tergiversación del mensaje savignyano.

En conclusión, todas estas reflexiones nos impiden considerar a los seguidores de Savigny que propugnaron la codificación como herejes⁸⁹ o venerar a los otros como fieles administradores de verdades eternas.

9. *Los elementos de la alternativa científica*

En sus escritos más virulentos contra la codificación, Savigny no se había limitado a rechazar las provocaciones del momento. Opuso a estas una alternativa, un nuevo sistema de derecho privado que la ciencia debería haber construido gradualmente, liberándose con ello de la tiranía de la materia. ¿Cuáles eran sus componentes y sus características?

a) El nuevo sistema de derecho privado se encontraba vinculado de forma estable a la *filosofía jurídica kantiana*. Lo demostró Hans Kiefner de un modo más directo que otros, en una serie de estudios a los que deseo remitir previamente y que constituyen la premisa de cuanto iré exponiendo⁹⁰. Cada una de las etapas de la argumentación savignyana que

238-239). También es ilustrativa al respecto la observación de Orestano, *Introduzione*, cit., pp. 331-332.

89 En este sentido, sin embargo, F. Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich, 1975, p. 425 nota 18.

90 Sobre todo «Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert», en *Philosophie und Rechtswissenschaft*, herausgegeben von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main 1969, pp. 4-25; Íd., «Lex frater a fratre, Institution und Rechtsinstitut bei Savigny», *Rechtstheorie* 10 (1979), pp. 129-141, especialmente pp. 139-140; Íd., *Der junge Savigny*, cit., pp. 36-39.

El influjo de Kant sobre Savigny fue analizado después y también admitido parcialmente por Tegetoff, *Kant und Savigny*, Diss. iur., Frankfurt 1952, *passim*; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 352, 385-386, 397, 415, 431; Íd., *Industriegesellschaft*, cit., pp. 11 ss., 59-60; G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966, pp. 30, 34, 131, 134-144 (con distinciones profundas y necesarias); Íd., *Savigny*, cit., pp. 55, 56, 66-67, 118, 165-166; A. Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, 2ª ed., Napoli 1976, p. 55 nota 26 (con otras indicaciones bibliográficas); B. Schmidlin, «Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys», en *Convivium utriusque iuris. Festschrift Dordett*, Wien 1976, pp. 79-90, especialmente pp. 87-88; Stühler, cit., pp. 38-42; H. Coing, «Savigny und die deutsche Privatrechtswissen-

suponen una total adhesión a los axiomas kantianos puede recogerse en esta secuencia⁹¹:

Savigny arranca del logro de la separación entre derecho y moral⁹². Deduce de ella la necesidad de sacar del ámbito del derecho privado todas las materias reguladas total o parcialmente por la moral⁹³. Y abandona así a su destino las instituciones de la familia y del matrimonio, para centrarse solo en las relaciones patrimoniales y, de modo más preciso, en los derechos reales y las obligaciones⁹⁴. En esta medida se refleja ya imperceptiblemente el vuelco de valores típico del paso del siglo XVIII al XIX: del objeto al sujeto, esto es, del orden jurídico impuesto materialmente y aplicado en el ámbito de estructuras asociativas, al –hijo de la lucha ilustrada contra los vínculos– creado liberalmente para o pactado entre *individuos*, convertidos ahora en *sujetos jurídicos*⁹⁵. Con esto también quiero decir que no es correcto hablar solo de una *pérdida de la materialidad* para atacar el cambio que se había efectuado: no había sido solo una supresión de la materia. La acompañó la emancipación respecto al mundo de los valores del iusnaturalismo y, por consiguiente, la constitución del derecho como una «realidad independiente [selbständiges Daseyn]»⁹⁶ y de la ciencia jurídica como ciencia del derecho positivo ahora autónoma (pero formal)⁹⁷. Por

schaft», *Jus commune* 8 (1979), pp. 9-23, sobre todo p. 21; Böckenförde, *Studien Ritter*, cit., pp. 18-19.

91 Véase también el amplísimo elenco de Kiefner, *Der Einfluss Kants*, cit., pp. 7-18.

92 Es importante *System*, I, pp. 54, 332; más en concreto, I, pp. 407-410. Atestigua la absoluta separación II, pp. 240-241. Sobre este punto es digno de atención G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8.^a ed., Leipzig 1875, I, pp. 9-10; Íd., *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 3.^a ed., Leipzig 1852, I, pp. 48-49.

93 *System*, I, p. 334.

94 *System*, I, pp. 334, 344, 367-371. Véase, sobre este punto, Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit., p. 57, y ahora también S. Buchholz, «Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht», *Jus commune* 8 (1979), pp. 148-191, especialmente 151 ss.

95 Encuentro reflexiones aún importantes sobre el tema en R. Orestano, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna 1978, pp. 117-120, 203-204. En este sentido, también De Marini, cit., p. 26

96 Savigny, *System*, I, *passim*, y, por ejemplo, pp. 54, 332.

97 Kiefner, *Der Einfluss Kants*, cit., pp. 18-24; sobre la contribución de Savigny esta constitución, véanse Stühler, cit., pp. 40-45, 113; Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 119.

ello, al derecho se le reconoce solo una función externa⁹⁸, de garantía: la de trazar una línea invisible «dentro de la cual la existencia y la eficacia de los individuos consigue un espacio seguro y libre»⁹⁹. Esto define el terreno en el cual la voluntad del individuo «tiene un dominio independiente de toda voluntad ajena»¹⁰⁰. Actuando así, el derecho fija las modalidades que permiten organizar libremente la vida a los sujetos jurídicos¹⁰¹ y hacen así posible su perfeccionamiento moral¹⁰², si es cierto que el «desarrollo seguro e independiente de la personalidad [sichere und selbständige Entwicklung der Persönlichkeit]» es el supremo objetivo del derecho¹⁰³.

Destaca en esta perspectiva la *autonomía privada*, una fuerza llamada por algunos derecho subjetivo¹⁰⁴, destinada ante todo a la constitución de relaciones patrimoniales y, por lo tanto, preparada para la «expansión artificial de nuestras propias fuerzas personales»¹⁰⁵.

Toda esta reflexión, raíz filosófica de un sistema de derecho privado destinado a un éxito seguro, está además atravesada internamente por una fuerte tensión unificadora que se manifiesta en diferentes ámbitos y le confiere al conjunto una fascinante (y seductora) pasión igualitaria.

En primer lugar: el sistema, concebido y madurado obviamente en una época con una economía monetaria desarrollada¹⁰⁶, gira en torno

98 Clarísimo el *System*, I, pp. 409-410, y también p. 18, donde se habla de la tutela de la «äussere Freiheit».

99 “Innerhalb welcher das Daseyn und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne”. *System*, I, pp. 331-332, 18. Ya en este sentido la *Juristische Methodenlehre* de 1802-1803, cit., p. 14: «Die Notwendigkeit des Staates selbst beruht darauf, dass etwas zwischen die einzelnen hingestellt werde, das die Herrschaft der Willkür einzelner gegenseitig beschränke».

100 “Unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat”. *System*, I, pp. 333, 7.

101 *System*, I, p. 206.

102 *System*, I, pp. 23, 55.

103 *System*, III, pp. 103, 115; II, p. 2.

104 *System*, I, p. 7. Sobre este punto, véase también Kiefner, *Lex frater a fratre*, cit., pp. 139-140; Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., pp. 18-20.

105 “Künstliche Erweiterung unserer eigenen persönlichen Kräfte”. Se recurre constantemente a esta reflexión en el *System*. Así, por ejemplo, I, pp. 336 (con la cita del texto), 344, 370, 376, 380; II, p. 239. En el mismo sentido, también *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1851-1853, I, p. 5.

106 Lo confirma Savigny, *System*, VI, p. 134.

al dinero, considerado ya como la medida abstracta de valor¹⁰⁷ a la que se refieren en primer término todas las relaciones patrimoniales para ser tomadas en consideración en el ámbito del derecho privado¹⁰⁸.

En segundo lugar: el paso de lo objetivo a lo subjetivo implica la generalización del sujeto jurídico, que Savigny resume en la complaciente fórmula «el individuo, y solo el individuo, tiene capacidad jurídica»¹⁰⁹. Obviamente, no se le escapa la novedad radical del derecho privado moderno frente al derecho romano. Pero eso no le impide examinar con cuidado la triple limitación romana –también esto es típico de su planteamiento histórico, si convenimos en llamarlo así–¹¹⁰ para comprobar luego su irrevocable desaparición¹¹¹.

Y para terminar: la generalización de la capacidad jurídica se alza como símbolo del derecho privado. Confería, manifiestamente, solo una «libertad en apariencia, es decir, la capacidad de encontrar una opción entre múltiples decisiones imaginables»¹¹²; era «voluntad en potencia [Wille in der Potenz]»¹¹³; la «posibilidad y la necesidad de las condiciones jurídicas»¹¹⁴, que el derecho consideraba relevantes aun antes de mani-

107 Llamó una vez más la atención sobre la importancia de este concepto en la construcción savignyana Kiefner, *Geld und Geldschuld*, cit., *passim*. En particular, puso de relieve el sutil pero útil nexos que existe entre esta reducción general al valor monetario y los fundamentos del sistema –que se acaban de mencionar– (ibídem, pp. 27-28, 39-40, 42-43, 54).

108 *System*, I, pp. 376 ss., 383; III, p. 230; VI, p. 137; *Obligationenrecht*, I, pp. 9, 16 y además, sobre todo, 403 ss.

109 “Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig”. *System*, II, pp. 1, 13, 236.

110 *System*, II, pp. 23-147.

111 *System*, II, pp. 148-150. Se opone también –tras un detallado análisis histórico, II, pp. 170-223– a la opinión todavía dominante que admitía que la infamia (y la diferencia religiosa) podía limitar ocasionalmente la capacidad jurídica privada (II, pp. 224-234). Sobre este punto, también Puchta, *Pandekten*, 2ª ed., a cargo de A.F. Rudorff, Leipzig 1872, p. 178.

112 “Freiheit in der Erscheinung, das heisst die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen”. *System*, III, p. 102.

113 Puchta, *Vorlesungen*, cit., I, p. 52; o «Möglichkeit eines Willens» (ibídem, p. 52; Íd., *Cursus*, cit., I, p. 11). Sobre este punto, ahora J. Bohnert, *Ueber die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe 1975, pp. 157-158 ss.

114 “Möglichkeit und Bedürfnis von Rechtsverhältnissen”. *System*, I, p. 1.

festarse¹¹⁵. Más allá de este poder formal se abría el reino de las infinitas desigualdades y de las diferencias individuales¹¹⁶ *que el derecho, reconociendo a todos la subjetividad jurídica, debe superar pero no puede suprimir*¹¹⁷. Hay una afirmación de Puchta, especialmente lapidaria y casi mordaz, que explica, tanto la pasión igualitaria generada por esta ideología unificadora, como el límite (definitivo) ya alcanzado: «lo que es desigual debe someterse al principio de igualdad a través del derecho sin anularlo [...] El derecho es la igualdad afectada por la desigualdad»¹¹⁸.

b) Los materiales de los que se sirvió Savigny para caracterizar y formar cada una de las instituciones de su sistema fueron, obviamente, del derecho romano. Y aquí el discurso puede ser más breve; no porque su técnica –preparada para valorar las fuentes romanas en el ámbito de una construcción ya completamente renovada e impulsada, por lo tanto, por exigencias diferentes– no fuese problemática; sino porque el tema, que es complejo y está también investigado solo en parte, rebasa los límites de este estudio. Y por eso me limito, al menos en esta sede, a unas pocas alusiones.

Savigny fue acusado una y otra vez por los contemporáneos de conceder demasiado espacio en el *System* a la pura investigación histórica, de perderse prácticamente tratando con detalle instituciones ya caídas en el olvido y por ello lejanas de las exigencias de la práctica. Respondió a estas críticas con frecuencia¹¹⁹, pero no se dejó enredar en ellas. Su análisis permaneció claramente sensible a la fascinación de la reconstrucción histórica y filológica¹²⁰. También es verdad que quizá olvidó decir si una institución histórica sondeada con pasión vivía aún en el presente¹²¹. Pero normalmente el análisis tenía resultados más satisfactorios y no omitía las

115 Puchta, *Vorlesungen*, cit., I, p. 232.

116 La expresión es de Puchta: *Vorlesungen*, cit., I, p. 52.

117 Puchta, *Cursus*, cit., I, pp. 11, 56-57; Íd., *Vorlesungen*, cit., I, p. 49, donde se habla de «Ueberwindung» y de «Unterwerfung» de las desigualdades individuales a través de la «Hervorhebung der Gleichheit».

118 “Durch das Recht soll dem Princip der Gleichheit das Ungleiche unterworfen werden, ohne es aufzuheben [...] Recht ist die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit”. *Cursus*, cit., I, p. 21.

119 *System*, V, pp. 6, 61, 146; VI, pp. IV-V; y toda la patética introducción al volumen VII, pp. III-XI.

120 Véase, por ejemplo, *System*, V, pp. 12, 23, 34-35, 41.

121 *System*, V, pp. 12, 136-138, 185.

indicaciones –tanpreciadas para los lectores del *System* que se enfrentaban a las exigencias de la práctica– destinadas a aclarar la vigencia en la época de una institución histórica¹²².

Dicho esto, aún quedan por recordar dos cosas. La primera: el mundo jurídico, en el cual mezclaba Savigny tan alegremente historia y dogma¹²³, aún no había vivido el corte histórico (y traumático) provocado por la codificación. Era un mundo en el que la historia dominaba el presente. En el árido lenguaje jurídico, esto significaba –una vez más– reconocer un predominio indiscutible al derecho común y, por consiguiente, a una fuente jurídica nunca definida como exclusiva. De aquí la ausencia de una frontera clara impuesta de modo autoritario entre historia y dogma, entre el derecho del pasado y el derecho del presente; de aquí la *fluidez en el paso de uno a otro* y además la certeza de que incluso la investigación histórica más recóndita pudiera servir para el presente aunque solo contribuyera a nutrir la conciencia de los valores inextinguibles que se ocultaban en la tradición¹²⁴. Más tarde, la codificación vendrá a destruir también esta certeza, a separar todo lo que hasta entonces –como diría Savigny– había estado orgánicamente unido. Los historiadores del derecho dirán: a quedarse sin aire y a modificar su vocación¹²⁵.

122 Fueron consideradas ya en desuso y en decadencia las disposiciones del derecho romano en tema de teoría de las fuentes jurídicas (*System*, I, pp. 162-166, 211, 311), la prohibición de la interpretación (*System*, I, pp. 158 ss., 304 ss., 313 ss.), la interpretación y formación del derecho nuevo (*System*, I, pp. 225, 239, 294, 297), la limitación de la capacidad jurídica (*System*, II, pp. 148-150), los límites de edad (*System*, III, pp. 81-82), representación (*System*, III, p. 98), litis contestatio (*System*, VI, pp. 6, 237-256), origen y domicilio (*System*, VIII, p. 89-90) y finalmente la obligación natural (*Obligationenrecht*, I, pp. 124-125). Por el contrario, fueron consideradas aún válidas algunas disposiciones sobre la edad (*System*, III, p. 82), sobre la representación (*System*, III, p. 98) y sobre la divisibilidad de las obligaciones (*Obligationenrecht*, I, pp. 377-378).

123 Véase sobre este punto Paradisi, *Apologia*, cit., pp. 323-324.

124 Cito solo un ejemplo, pero que me parece representativo. Tras haber observado que la litis contestatio romana estaba ya sustancialmente en decadencia a consecuencia del nuevo derecho procesal, Savigny añade: «Wenn ich neben dieser Ueberzeugung den Namen der L. C. überall beibehalten, und selbst an die Spitze der gegenwärtigen Abhandlung gestellt habe, so ist Dieses mit Absicht geschehen. Es ist geschehen, weil es dazu dient, den Schatz juristischer Einsicht, der uns in den Quellen des römischen Rechts auch für diese Lehre aufbewahrt ist, zugänglicher zu erhalten, und weil uns zugleich der Zusammenhang mit der gesammten juristischen Literatur, vom Mittelalter bis auf unsre Zeit, gestört wird, wenn wir jene Bezeichnung aufgeben» (*System*, VI, pp. 254-255).

125 Orestano, *Introduzione*, cit., pp. 561 ss.

La segunda: a Savigny –no solo en la actualidad pero sobre todo en la actualidad– otros autores le han reprochado la desenvoltura con la que seccionó, recompuso, completó, corrigió o incluso olvidó las fuentes justinianas para hacer derivar de ellas teorías e instituciones nuevas, ajenas por cierto al espíritu de esas fuentes¹²⁶. Despreciando así la tradición, Savigny habría hilvanado no solo el detalle, sino también las estructuras de sostén, las que aún otorgan relevancia a su creación iusprivatista: el concepto de derecho consuetudinario¹²⁷, el de posesión¹²⁸, de persona jurídica, de contrato real abstracto, de interpretación, etcétera¹²⁹. De aquí la comprensible oposición a considerar la obra de Savigny y de quienes –siguiendo su estela y disfrutando de la misma libertad– publicaron sin interrupción manuales de Pandectas y sistemas de derecho romano actual, expresión de una segunda recepción (o *Nachrezeption*) del derecho romano en Alemania¹³⁰. Sirven, sirven todas estas críticas; pero a condición de precisarlas, advirtiendo, por ejemplo, que el concepto de recepción –incluso prescindiendo del uso concreto aquí subyacente– es problemático (por no decir aporético); y que de todo esto hay que deducir, en sentido positivo, la ambición de Savigny de diseñar algo materialmente nuevo, aun parcelando y reordenando viejos materiales.

10. *La alternativa en la práctica*

¿Así pues, qué fue de esta alternativa en la práctica?¹³¹

126 Kiefner, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 14 nota 22; Íd., *Geld und Geldschuld*, cit., p. 41; Wieacker, en *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 147; De Marini, cit., pp. 32-34; Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 102-103; Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 38-43, 45, 94-96; Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., p. 22.

127 Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 94-96.

128 Kiefner, *Der junge Savigny*, cit., pp. 40-45.

129 Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 149-151. Otros ejemplos en Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 41-42.

130 Kiefner, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 14 nota 22; Íd., *Der junge Savigny*, cit., pp. 45-46; Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 38-43, 93-96; F. Ranieri, recensión a Scheuermann, *Studi senesi* 86 (1974), pp. 317-325, y especialmente 323-324. La tesis de la segunda recepción fue mantenida por los autores que cité en *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 109 nota 59. Más recientemente, han vuelto a proponerla: G. Wesenberg, «Savigny's Einfluss auf die Rechtssprechung des Oberappellationsgerichts in Dresden. Eine Studie zur Nachrezeption», *ZRG Romanistische Abteilung* 67 (1950), pp. 459-473, ya en el subtítulo y luego en pp. 460-461, 472; Marini, *Savigny*, cit., p. 160.

131 Advierto, a modo de introducción, que al estudiar aquí la suerte que les cupo

En la medida en que ésta hacía suyas las premisas kantianas y era definida –como he intentado resumir– por el formalismo (exterioridad), la abstracción, la generalidad del sujeto jurídico y la importancia de la autonomía privada, en esta medida (o gracias a ella) creaba espacios que después abandonaba a la fantasía de la iniciativa privada, o –lo que es menos poético pero no menos cierto– a la irrupción de las fuerzas económicas emergentes. De este modo, el sistema iusprivatista de Savigny correspondía *objetivamente* a la necesidad de expansión de las fuerzas burguesas, decididas al gran salto cualitativo y atentas, por consiguiente, a modificar el destino comercial que en la época tenía el capital y a poner en marcha el proceso de industrialización. Proporcionó un valioso nexo a la iniciativa de esas clases, tanto más valioso cuanto mayor era la abstracción de sus estructuras.

Esta opinión, en cuyo apoyo podría citar a contemporáneos de Savigny¹³² y a otros muchos autores modernos caracterizados por una ideo-

en la práctica a las propuestas savignyanas no entiendo ni retomar y someter a un examen crítico los reproches que a menudo les fueron dirigidos de haber acentuado la divergencia entre la teoría y la práctica (sobre este punto, Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 168; se añade ahora S. Gagnér, «Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft», en *Festschrift für H. Krause*, Köln/Wien 1975, pp. 276-450, especialmente pp. 423 ss.), ni analizar si en verdad Savigny (como se sostiene incluso recientemente, véase Scheuermann, *Einflüsse*, cit., pp. 48-49) fue insensible a las presiones de la práctica. Sobre el primer punto, la opinión me parece todavía inmadura. Al segundo han respondido de modo excelente los ensayos citados de H. Kiefner, sobre todo en «Personae vice fungitur? Juristische Person und “industrielle Corporation” im System Savignys», en *Festschrift für H. Westermann*, Karlsruhe 1974, pp. 263-274; Íd., *Geld und Geldschuld*, cit., *passim*.

132 Gustav Geib, penalista alemán que ejercía en aquellos años en Zurich, admitía abiertamente: «Weil man sieht, dass manche und sogar einige der ausgezeichnetsten Bekenner der historischen Schule in politischer Hinsicht auf Seite der konservativen Partei stehen, meint man, der politische Conservatismus gehöre so mit zu den Glaubensartikeln dieser Schule selbst» (*Die Reform des deutschen Rechtslebens*, cit., p. 23). Pero, por su parte, no dudaba en rechazar esta identificación y proponía otra, totalmente en la línea de las reflexiones expuestas en el texto: «Die Theorie des Liberalismus stimmt mit unserer eigenen so gut wie wörtlich überein: was wir hinsichtlich des Rechts behaupten, das behauptet der Liberalismus hinsichtlich der Politik; ja diese Uebereinstimmung ist keineswegs eine bloß äusserliche und zufällige, sondern eine innere, aus der Gesamtansicht über die Aufgabe und Entwicklung des Menschen sich ergebende. Eben um deswillen aber ist auch die Verbindung der historischen Schule mit dem Liberalismus nicht eine Sache der Wahl oder der Willkür des Einzelnen, sondern sie ist eine so schlechthin

logía contraria¹³³, puede sorprender, convengo en ello, porque se ha formulado de improviso, sin mostrar pruebas y sin contradicción. Es más, se ha formulado teniendo constancia de contraindicaciones, que son muchas y de peso. Veámoslas.

Un primer ejemplo: Savigny describió en el segundo volumen del *System* una compleja figura de la persona jurídica¹³⁴. La había encerrado –es cierto– dentro de los esquemas de la ficción, pero admitió su capacidad patrimonial: lo que era competencia de la persona jurídica como nuevo sujeto de derecho le pertenecía a ella y no a sus miembros¹³⁵. Pero a las sociedades por acciones, que se habían ido formando durante aquellos años cada vez en mayor número para facilitar la financiación de la construcción de los ferrocarriles, Savigny les negó esta capacidad y, por ello, la cualidad de sujeto jurídico: de este modo, consideró a los accionistas como copropietarios del capital social¹³⁶. Por motivos dogmáticos sobre los que no tiene sentido insistir aquí¹³⁷, elaboró un modelo de sociedad que, ciertamente, no facilitaba la reunión y acumulación de capital.

Un segundo ejemplo: la teoría de la naturaleza abstracta del acto traslativo de dominio, que Savigny describió generalizando algunas dispo-

nothwendige und unvermeidliche, dass überhaupt Jeder, der den Namen eines historischen Juristen sich beilegen will, schon gerade damit auch sein politisches Glaubensbekenntniss abgelegt hat, und so gewiss er hiernach zum principiellen Gegner sowohl des Conservatismus als des Radicalismus geworden ist, eben so gewiss muss er von nun an als Mitstreiter in den Reihen des Liberalismus auftreten» (ibídem, p. 24). Sobre G. Geib (que también fue citado precisamente en un contexto savignyano por Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 527 nota 54), véase Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., vol. 2, München/Berlin 1910, pp. 487-488 (texto), pp. 217-218 (notas).

133 Stühler, cit., pp. 40-41; Benhör, *Politik und Rechtstheorie*, cit., p. 684; Böckenförde, *Studien Ritter*, cit. pp. 19, 23 nota 44, 26 nota 54; Krystufek, *La querelle*, cit., pp. 65, 69, 70, 75; Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 134, 148-149, 151, 165; Kiefner, *Geld und Geldschuld*, cit., pp. 38-39; Íd., *Der junge Savigny*, cit., p. 48; Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 123- 124. Es obvio que, dada la singularidad aludida en el texto, las posiciones y los argumentos utilizados por estos autores no son comparables.

134 *System*, II, pp. 235-373.

135 *System*, II, pp. 284, 285, 287, 293, 295.

136 *Obligationenrecht*, II, pp. 112-114. Sobre este punto, Kiefner, *Personae vice fungitur?*, cit., pp. 267-268.

137 Kiefner, *Personae vice fungitur?*, cit., pp. 270-274.

siciones excepcionales de la compilación justiniana¹³⁸ y que estaba destinada sin duda –por la seguridad que confería al dominio del adquirente– a facilitar e intensificar el tráfico de bienes¹³⁹. Pero la novedad, aceptada rápidamente en la teoría y convertida así en elemento tradicional de la manualística¹⁴⁰, no arraigó en la práctica. Esta permaneció firme en las viejas posiciones del *usus modernus*, que habían sido compartidas incluso por las nuevas codificaciones¹⁴¹.

Un último ejemplo: la investigación realizada por M. Scheuermann sobre el seguimiento de la escuela en la práctica de los tribunales hasta 1861. Verdaderamente, no provoca opiniones eufóricas¹⁴². Lo admito, pero respondo que el canon de investigación adoptado por este autor me produce bastante escepticismo. En cualquier caso, no lo considero idóneo para aprehender el influjo ejercido por el nuevo modelo iusprivatista propuesto en el *System*. En efecto, este no se manifestó en el destino de cada una de las soluciones teóricas ni en la posibilidad de someterlas a las inmediatas exigencias económicas de fecha reciente. No está vinculado al éxito ni a la “posibilidad de poner en práctica” cada una de las nuevas instituciones jurídicas surgidas del ímpetu deductivo de Savigny y de los suyos. Todo esto se vuelve marginal y accidental ante la novedad estructural del sistema determinado por el nexo kantiano. Al generalizar el sujeto jurídico y dar mayor valor a la autonomía de las partes, trazaba unas nuevas coordenadas unitarias que a ningún juez se le pidió comprobar pues-

138 *System*, III, pp. 312 ss.; *Obligationenrecht*, II, pp. 256 ss., 358.

139 Sobre los orígenes de la interpretación savignyana, véase Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 102, nota 20. Investigó después magistralmente sobre el tema F. Ranieri, «Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto», *TRG* 38 (1970), pp. 315-342, y especialmente pp. 317-320, 322 ss.; Íd., «Die Lehre der abstrakten Uebereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts», en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, II, 1977, pp. 90-111, y especialmente pp. 97 ss. En el mismo sentido, ya Wieacker, *Industriegesellschaft*, cit., pp. 65-66.

140 Wieacker, *Industriegesellschaft*, cit., p. 66.

141 Scheuermann, *Einflüsse*, cit. pp. 97-103; Ranieri, *Studi senesi*, cit., pp. 321-322; Íd., *Die Lehre*, cit. pp. 93-96.

142 Scheuermann, cit., pp. 111-114 (las conclusiones generales). También comparte el escepticismo de Scheuermann K. Luig, *ZRG Romanistische Abteilung* 90 (1973), pp. 522-526, y en particular p. 525. Igualmente escéptica fue la conclusión de Wesenberg, *Savigny's Einfluss*, cit., p. 473.

to que eran la premisa general del sistema y esta no se podía impugnar libremente. En su ámbito se mezclaron y se influyeron mutuamente viejas y nuevas soluciones, según la mencionada ley de la interdependencia. Lo nuevo estaba, pero en la construcción general, no en el detalle. Puedo concluir así sobre la investigación de Scheuermann y sobre las otras objeciones antes mencionadas: con las gafas no es posible ver la luz del sol.

11. *El relativo carácter alternativo de la propuesta savignyana*

Ahora disponemos finalmente de los elementos para confrontar las alternativas que se enfrentaron con violencia en la polémica savignyana. Entonces comprobamos que: también las codificaciones burguesas¹⁴³ producen la unificación social, es decir, superan –en el plano formal y por consiguiente solo en el ámbito jurídico¹⁴⁴– la fragmentación en estamentos, grupos y clases, y generalizan la capacidad jurídica¹⁴⁵; también ellas renuncian a realizar directamente los objetivos considerados sociales¹⁴⁶;

143 Adopto este término para excluir de la investigación el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, aún inserto en un modelo social iusnaturalista y, por lo tanto, fiel intérprete, tanto de una concepción del derecho que aún no había perdido la materialidad y formalizada, como de la relevancia política de los estamentos (*Stände*). Véase al respecto Wieacker, *Industriegesellschaft*, *passim*, y especialmente pp. 9 ss.; H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, edición del texto e introducción de H. H., Frankfurt am Main/Berlin 1970, pp. 33-34; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 227, 236-239, 493-506; Kiefner, *Geld und Geldschuld*, cit., p. 43.

144 Sobre este punto, es ilustrativo –tanto como para hacer superflua cualquier remisión ulterior– J. Ellul, *Histoire des institutions*, Paris 1956, II, pp. 727-728.

145 Insistieron mucho sobre esto: J. Maillet, «Réflexions sur les conditions historiques des codifications modernes», *RHDFE* 46 (1968), pp. 695-696; Ungari, *L'età del codice civile*, cit., pp. 15-17; Íd., «Per la storia dell'idea de codice», *Quaderni fiorentini* 1 (1972), pp. 207-227, especialmente 221; Tarello, *Storia*, cit., I, pp. 35, 37-40, 223-224; Íd., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1971, pp. 23, 25-29, 173-174.

146 Respecto a Zeiller y a la codificación austriaca, lo ha subrayado recientemente con claridad B. Schmidlin, «Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller», en *Forschungsband Franz von Zeiller*, ed. de W. Selb und H. Hofmeister, Wien/Graz/Köln 1980, pp. 192-209, especialmente pp. 194, 196-198, 203-205. Por lo demás, Zeiller –siguiendo la estela de Kant– se identificaba íntegramente con la “filosofía crítica”, meritoria por «haber introducido también en la jurisprudencia principios formales (infe-

también ellas se limitan a crear espacios en los cuales actuará, de forma autónoma, la voluntad de las partes; también ellas fijan las condiciones para asegurar a la voluntad de las partes el mayor impacto jurídico posible. Pero en la medida en que los espacios creados por ellas no estaban destinados a quedar vacíos, *también su abstracción tuvo una función*, pues fue solo el prelude del despliegue de las fuerzas que, en aquella situación histórica concreta, actuaban realmente y eran identificables de modo concreto. La abstracción, la pérdida de utilidad y de la materialidad, en suma, todo lo que mostraba la separación respecto de la concepción iusnaturalista que subordinaba el derecho a la consecución «des Wohles der Staatsbürger und ihrer Glückseligkeit»¹⁴⁷ era útil para los programas y las expectativas de *estas fuerzas*¹⁴⁸. Son cosas ya sabidas sobre las que no tiene sentido insistir. Pero sin embargo es necesario recordarlas, pues definen de modo más directo que otras la verdadera naturaleza de los códigos burgueses¹⁴⁹.

ridos de la forma de la pura razón) y por haberla elevado, de este modo, al rango de una verdadera ciencia» (F. De Zeiller, *Il diritto privato naturale*, Milano 1830, p. 51).

147 I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. de K. Vorländer, Hamburg 1922, p. 141. Es interesante en este punto F. Filomusi-Guelfi, «La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono», en *Lezione e saggi di filosofia del diritto*, Milano 1949, pp. 181-207, especialmente 192-195.

148 He intentado reflexionar sobre este importante punto en «Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois», *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern 1979, pp. 51-97, y sobre todo p. 76 nota 143. En el tema de la función del modelo propietario, decía: «Das Funktionseigentum zeichnet sich nicht durch das Bestehen einer Funktion, d.h. einer Zuordnung der Güter zur Erfüllung vorausbestimmter, konkreter Aufgaben aus, sondern nur durch die begriffliche Hervorhebung dieser Zuordnung. Auch Güter, von denen man sagt, dass sie dem Eigentümer “nur zustehen”, über die er ganz frei (scil. ohne Bindung an eine Funktion) verfügen kann, sind doch tendenziell auch typischen Aufgaben zugeordnet. Das Gesetz berücksichtigt sie auch, weil es sich zu einem konkreten Modell des Eigentümers bekennt, bzw. dessen Wünsche und Erwartungen eher erfüllt. Nur wird bei diesen Gütern die Funktion nicht (oder nicht so manifest) hervorgehoben, und durch die Betonung der Freiheit des Eigentümers, (im Sinne der Funktionslosigkeit) ersetzt. Warum dies geschieht, und warum man selten das Problem so formuliert, das sind beides Fragen der juristischen Ideologie».

149 Me preocupa citar aquí únicamente obras en las que las codificaciones burguesas (así pues, a partir del *Code civil* de 1804) son diferenciadas estructuralmente de todos los productos y elaboraciones legislativas más alejadas en el tiempo (incluido el *Allgemeines Landrecht* prusiano), como si todas hubieran sido realizadas en una revolución

Entonces nos damos cuenta de que nuestras referencias sobre la alternativa científica de Savigny y –ahora– sobre la codificación *son intercambiables*. Todo lo que Savigny hizo posible en el mundo jurídico alemán tomando como punto de apoyo la renovación de la ciencia jurídica se corresponde sustancialmente con todo lo que se consiguió en Francia y en Austria promulgando el código de derecho privado. La diferencia gira únicamente en torno a los programas y a las modalidades de ejecución, y *no* en torno a los resultados jurídico-políticos, que son, si no idénticos, sí cercanos y comparables. Esta conclusión no es nueva¹⁵⁰, pero es igualmente valiosa a efectos de mi investigación: porque define con claridad las alternativas y, al mismo tiempo, las relativiza; porque insiste en la importancia que tuvieron las distintas tradiciones culturales, las diferentes tendencias filosóficas y prácticas, el diferente prestigio del que gozaba la ciencia jurídica al determinarlas; porque reconoce entonces en estas alternativas *fenómenos supraestructurales, a cuya recta inteligencia no puede contribuir, desde luego, un planteamiento socio-económico indiferenciado, exclusivo y unilateral*. De este modo, la conclusión mencionada desautoriza –es una primera respuesta– cualquier intento tosco de vincular *de forma inmediata* la polémica contra la codificación a la restauración feudal y de leer entre líneas en el *Beruf* la aversión del autor contra la burguesía¹⁵¹.

política y social liberal-burguesa. Esto explica de modo excelente su carácter fuertemente discrepante, y por consiguiente coercitivo, también en el ámbito de las coordinadas inspiradas formalmente en la libertad y la autonomía de las partes. Véanse al respecto: A. Tissier, «Le Code civil et les classes ouvrières», *Livre du centenaire*, Paris 1904, I, pp. 71-94; E. Glasson, «Le Code civil et la question ouvrière», *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France)*, tome 25 (1886, premier semestre), pp. 843-895, y también tomo 26 (1886, deuxième semestre), pp. 129-165; A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, *passim*, y especialmente pp. 11, 30, 35-37, 48, 145-155; Tarello, *Le ideologie*, cit., pp. 25-29, 173-174, 279-298; Íd., *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 37-41, 223-224, 486 ss.; Wieacker, *Industriegesellschaft*, cit., *passim*; Íd., *Privatrechtsgeschichte*, cit. pp. 620 ss.

150 Sustancialmente en este sentido, ya Wilhelm, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 140; Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 125-126; De Marini, cit., p. 17.

151 En este sentido, sin embargo, los autores citados *supra*, p. 17, nota 55, y de ellos, sobre todo, Wrobel, para quien –quizá es necesario añadirlo– la escuela histórica tuvo un evidente carácter clasista (feudal), contrarrestado más tarde por la labor interpretativa de algunos juristas burgueses (*Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., p. 148).

12. *Las opciones kantianas de un conservador*

Pero sigue igualmente sin resolver un problema ligado, precisamente, a un interrogante tradicional: ¿cómo pudo Savigny, un hombre de convicciones conservadoras, siempre movido por un “profundo respeto hacia lo existente”, que profesaba y practicaba la “moderación y la cautela en los cambios”¹⁵², actuar de modo tan decisivo a favor de una clase que no era la suya y a la que tampoco combatió? ¿Cómo se explica que precisamente su sistema de derecho privado se sometiese tan fácilmente y se mostrase, por consiguiente, propenso a satisfacer las diferentes necesidades jurídicas de la burguesía?

Se considera generalmente que la razón de este problemático servicio está en *el derecho romano*, del que Savigny se sirvió libremente para formular el sistema. Proponen esta explicación todos aquellos historiadores que consideran el derecho romano clásico, el predilecto de Savigny¹⁵³, como un ordenamiento objetivo y naturalmente favorable a la expansión de los grupos económicos burgueses. Reconocía la propiedad privada, le confería un enfoque aislado y absoluto y facilitaba su tráfico y su aumento de valor; tutelaba la autonomía privada individual y garantizaba la libertad contractual¹⁵⁴. El hecho de que Savigny prefiriese el derecho clásico a todas las elaboraciones posteriores fue considerado reprobable en el ámbito historiográfico¹⁵⁵ pero útil en el ámbito jurídico-político, puesto que era una acción destinada a privilegiar los contenidos típicos de un derecho sensible a las exigencias de una economía monetaria desarrollada¹⁵⁶.

152 Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 631, 633, que consideraba esto como el “principio esencialísimo” de la escuela (p. 630) y, mejor aún, su “rasgo político” (p. 633).

153 Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 105 ss.

154 De este modo, con diferentes matices, G. Astuti, «Il “Code Napoléon” in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori», *Annali di storia del diritto*, 1970-1973, pp. 1-87, y especialmente pp. 11, 44; Pugliese, *I pandettisti*, cit., pp. 123-124; Kristufek, *La querelle*, cit., pp. 69-70; Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 147-149, 165; A. Kaiser, «Industrielle Revolution und Privatautonomie», *Kritische Justiz* 9 (1976), pp. 60 ss., y especialmente 70-71.

155 Véanse las críticas citadas en Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 109-111.

156 Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 147-148; Kristufek, *La querelle*, cit., pp. 65, 67, 69.

Disiento de esta interpretación. No porque niegue la mencionada naturaleza del derecho romano clásico, sino porque considero humillante reducir la operación savignyana a una simple restauración y a una nueva propuesta de los esquemas ya ampliamente experimentados en el pasado¹⁵⁷. Al discurrir así se olvida que el impacto social de los principios mencionados (el de la libertad de contratación, por ejemplo) era muy distinto en el mundo romano clásico (con sus múltiples limitaciones de la capacidad jurídica) y en el del siglo XIX, en el que, por primera vez, hubo «un nuevo derecho civil realmente común e igual para todos»¹⁵⁸. Por este motivo es erróneo desde el punto de vista histórico insistir en la transferencia mecánica de efectos, o negar la novedad de los códigos solo porque se atuvieron –en orden a las instituciones principales– a las líneas romanistas¹⁵⁹. Pero si fue realmente una «nueva puesta en funcionamiento» del derecho romano clásico para satisfacer de una vez las (tan originales) exigencias del siglo XIX ¿por qué no se restablecieron entonces las Pandectas? ¿Por qué no se confirió valor de ley al *Corpus iuris* y se consideró necesaria una *mediación*, que fue, en sustancia, científica (la de Savigny) o legislativa (la de los códigos)?

Estas reflexiones nos permiten concluir optando por otra explicación. Una vez más: solo asumiendo las premisas kantianas es posible comprender la diferencia entre la ideología conservadora de Savigny y el enfoque burgués de su cerrado *System* sin descubrir paradojas, cortes o malentendidos¹⁶⁰. La adhesión a Kant confería al *System* generalidad, abstracción y exterioridad. *En aquella situación histórica concreta*, estas peculiaridades de la nueva construcción creaban espacios libres, o, mejor, promovían la iniciativa de quien, queriendo y *pudiendo* actuar, entendía

157 Véanse, sobre este punto, las valiosas observaciones de Orestano, *Introduzione*, cit., p. 562.

158 Astuti, *Il Code Napoléon*, cit., p. 20.

159 Sin embargo, así, decididamente, Astuti, *Il Code Napoléon*, cit., pp. 44-47 y 66 (para los derechos reales) y pp. 49-53 (para las obligaciones). Es semejante la idea fundamental de un conocido ensayo de M. Gutzwiller, «Weltanschauliche Grundlagen in den grossen Privatrechtskodifikationen der Neueren Zeit», en *Elemente der Rechtsidee*, Basel/Stuttgart 1964, pp. 64-90, y especialmente pp. 67, 69, 81-83.

160 Pero en este ámbito se mueve todavía Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen*, cit., N. 179 y 245, que vislumbra en este hecho el lado trágico del destino savignyano.

transformar –a través de la industrialización– toda la sociedad en un gran mercado¹⁶¹.

¿Fue consciente Savigny de esta implicación política y social de su opción kantiana? Es difícil admitirlo¹⁶². Prefiero creer que no le preocupó, pues no afectaba al ámbito de la argumentación jurídica, del mismo modo que el mundo de las “infinitas diferencias” puchtianas no afectaba a la pureza del sistema¹⁶³; y es más –como observó cínicamente Brinz algunos años más tarde– fue pasto de la curiosidad de políticos y periodistas¹⁶⁴.

Por lo demás, este último interrogante no es pertinente en el ám-

161 Es obvio que me refiero aquí a la metáfora predilecta de K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 1974, *passim*, y sobre todo pp. 38-39, 131 ss., 158-159, 205-209: metáfora trágicamente atinada pero sobre la cual no es oportuno insistir aquí. Véase, no obstante, el ensayo de F. Lombardi/R. Motta, «Traffici e mercati, l'istituzionalismo di Karl Polanyi», *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 10 (1980), pp. 231-252. A quien considere la metáfora demasiado artificiosa o forzada le recordaría lo que escribió recientemente –en un contexto distinto e implicando problemas de distinta importancia que no se pueden tratar aquí– R. Pividal: «L'État est un supermarché» (*Le Monde-Dimanche*, 23 de noviembre de 1980, p. 1).

162 Kiefner, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 25 nota 30; Íd., *Der junge Savigny*, cit., p. 48; Ranieri, *Die Lehre*, cit., p. 103; Íd., *Brevi note*, cit., p. 317; Kristufek, *La querelle*, cit., pp. 65, 69, 70, 75. Van en otra dirección –pero no sin matices– las meditadas apreciaciones de Klenner, *Savigny und das historische Denken*, cit., pp. 146, 151, 169. Por el contrario, acepta «eine gewisse Bewusstheit der politischen Implikationen der Wissenschaft» G. Dilcher, «Der rechtswissenschaftliche Positivismus», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61 (1975), pp. 497-528, en p. 516 el pasaje citado, que no puedo seguir sobre este punto.

163 Puchta, *Vorlesungen*, cit., I, p. 52.

164 «Ueber die Natürlichkeit, Sittlichkeit, Notwendigkeit, oder umgekehrt über die Furtivität, Härte, Unmenschlichkeit des Eigentums zu disputieren ist eine Aufgabe, die der Jurist nicht nur mit den Volksvertretern und Journalisten jeder Sorte teilt. Was die klassischen Juristen in dieser Richtung geleistet, ist verschwindend wenig: klassisch an ihnen ist gerade das, dass sie bei ihrer Aufgabe bleiben». En este sentido, A. Brinz en *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 19 (1877), p. 401. Sobre este fragmento –destinado en la revista a separar el punto de vista de la redacción del desarrollado en un polémico artículo sobre «Jurisprudenz und Nationalökonomie» de J. Baron– y en especial sobre las opciones jurídico-políticas que implica, véase Stammler, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, cit., pp. 4-5; Rascher, *Die Rechtslehre des Alois von Brinz*, cit., pp. 148-149 ss. Sobre este punto, ahora también Caroni, *TRG* 47 (1979), pp. 168-169.

bito de la historia social, porque desde que el mundo es mundo, las ideas (incluso las jurídicas) fueron adaptadas previa y libremente si solo así podían ser útiles.

CONSTITUCIÓN LIBERAL Y CÓDIGO CIVIL EN EL SIGLO XIX

I. *Introducción*

1. *Un episodio local*

Querría sacar la inspiración de un episodio que ocurrió en Berna hacia el final de la restauración y que sigue siendo un enigma para la mayor parte de los historiadores locales. Me refiero a la elaboración del código civil¹. Comenzada en 1817, la empresa concluyó con la entrada en vigor de algunas partes del código entre 1824 y 1830. Se puede decir rápidamente por qué parece enigmático este episodio: sucedió aún durante la restauración, bajo el gobierno ciudadano del patriciado, que se caracterizaba seguramente más por su tendencia aristocrática que por sus aspiraciones igualitarias burguesas; en un Estado, pues, en el que la libertad, las prerrogativas y los privilegios feudales –protegidos durante el período prerrevolucionario y reivindicados aún después de 1814– todavía no habían sido suplantados por la libertad burguesa, una e indivisible. Así pues, prescindiendo del cantón de Vaud, la codificación se realizó en Berna antes que en todos los demás cantones suizos. Todos estos esperaron la regeneración; la Berna aristocrática, en cambio, se adelantó y promulgó antes que los demás un derecho civil igualitario. ¿Por qué nos impresiona este episodio? Porque hace vacilar la convicción, compartida casi intuitivamente por los juristas, de que todo el ordenamiento jurídico es y debe

¹ Véase U.Th. Roth, *Samuel Ludwig Schnell und das Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern von 1824-1830: Ein Beitrag zur Kodifikationsgeschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bern 1948; P. Liver, «Die staatsrechtliche und politische Bedeutung der bernischen Kodifikation des privaten Rechts (1824-1830)», *ZBJV* 119 (1983), pp. 441-457.

ser uniforme. Atendiendo a esta convicción, todos los elementos de un ordenamiento jurídico dado en cualquier lugar y tiempo –por muy dispares que fueran por separado– estarían siempre en sintonía entre sí e integrados en un sistema único, de tal modo que aparecerían como simples partes de un plano jurídico coherente². Esta opinión forma parte de esas obviedades que nosotros los juristas consideramos con facilidad acertadas sin hacer, por lo demás, un análisis más atento. Y ahora se pone en duda esta presunta obviedad –cuando no se desmiente incluso– por una evolución que une el régimen feudal al derecho burgués y afirma así la coexistencia de elementos dispares y difíciles de agrupar bajo un mismo techo. Ante esta situación, queremos volver a formular la vieja pregunta y plantearnos si la proclamada unidad es real y efectiva. Si lo hacemos con referencia a ejemplos y fuentes del siglo pasado –bajo la directa inspiración del episodio de Berna– nuestra pregunta tratará de la relación entre el derecho público y el privado y, de modo más específico, entre la constitución y la codificación, de modo que el tema de nuestra actual ponencia queda bien delimitado.

2. Una tesis

Al comienzo de mi exposición quisiera formular una tesis y aducir luego las pruebas para sustentar su rigor. Podría articularse así: los Estados y las sociedades liberales nacidos de las revoluciones burguesas del siglo XIX se distinguen por la absoluta unidad del ordenamiento jurídico. Constitu-

² Pero debe reconocerse que, bastante a menudo, en la Edad media y en la Edad moderna (períodos ambos que no entran en los límites cronológicos de nuestro estudio) «el derecho privado sigue, hasta cierto punto, su propio camino y, con frecuencia durante mucho tiempo, está poco influenciado por el estado y por los cambios estatales» (en este sentido F. von Wyss, “Ist die Centralisation des Schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswerth und eventuell in welchem Umfang?”, *ZSR* 15 [1867], pp. 9-40, en particular 27). Respecto al camino aparentemente autónomo seguido a menudo por el derecho privado (como derecho común, derecho estatal, derecho natural, etc.), véase D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, pp. 28, 84-85, 206, 208, 218, 295; Liver, *Die bernische Kodifikation*, cit., p. 443. Esta tesis necesitaría sin embargo una crítica en profundidad –para la que falta aquí espacio– capaz de indicar las correcciones sugeridas por una interpretación concreta de las normas de derecho privado y de la legislación local complementaria. Por otra parte, el carácter patrimonial del Estado premoderno favoreció sin duda una gran unidad material entre todos los elementos del ordenamiento jurídico.

ción y código parecen las dos caras de una misma realidad, dos momentos de un mismo desarrollo. Se suceden como las sucesivas etapas de un programa global para poner por escrito la materia jurídica, por lo cual se habló a menudo de constitucionalización y de codificación³. Se realizaron uno tras otro, como partes de un solo y único proyecto revolucionario basado en valores iguales y opciones iguales; valores y opciones que debían realizarse primero en el plano político y, por ello, en el plano social.

Si puede demostrarse concretamente una secuencia semejante, entonces un vínculo unificador debe haber reunido los dos momentos y constituido así la unidad entre derecho público y derecho privado, Estado y sociedad, soberanía y autonomía privada.

Esto puede tenerse en cuenta con dos condiciones. Por un lado, que el código civil correspondiera con las premisas sobre las que se basaba la constitución; en otras palabras, que resultase «conforme con la constitución», por utilizar el lenguaje revolucionario de 1790⁴.

Por otro lado, que la constitución cumpliera además todas las condiciones normativas necesarias para que la codificación dejase espacio libre a las libertades privadas. Debía por lo tanto darse una orientación constitucional muy concreta para hacer razonablemente posible el ejercicio de la autonomía privada y de los derechos subjetivos⁵.

3. *Dos conceptos*

Esta es mi tesis. ¿Cómo demostrarla? Intentando quizá comprobar en concreto cómo se estructuraba en la práctica la relación entre constitución y código, si “daba juego” y cómo, qué nuevas posibilidades ofrecía y qué dependencias provocó. Antes de tratar de todo esto, aún es necesario acla-

3 Ya en el siglo XVIII fue designado como codificación todo el proceso de fijación por escrito del derecho, y se habló por ello de “code politique”, “code civil” y “code criminel”: en este sentido, por ejemplo, J.J. Rousseau, «*Considérations sur le gouvernement de Pologne*», cap. X (*Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, III, Paris 1964, p. 1001).

4 En este sentido el decreto de la Asamblea nacional francesa de 24 de agosto de 1790, citado por D. Grimm, «*Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*», en H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III/I, München 1982, pp. 17-173, la cita en p. 26.

5 Feuerbach lo vio muy claramente ya a comienzos del siglo XIX. Véase P.J.A. Feuerbach, «*Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung teutscher Staaten überhaupt, und Baierns insbesondere*», en *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*, I, 1812, pp. 3-73, en particular pp. 62-63.

rar rápidamente los conceptos de constitución y codificación utilizados en la exposición que seguirá.

Constitución debe entenderse aquí en el sentido al que aspira el constitucionalismo, es decir en el sentido de ordenamiento escrito, fundamental, programático para el Estado y la sociedad y vinculado a un sistema de valores completo que correspondía con las exigencias políticas de la burguesía liberal. En este sentido, una constitución se distingue por lo tanto por una estructura individualista y garantista, tal como aparece por primera vez en los Estados norteamericanos y, de allí, en la Francia revolucionaria, como lo atestigua el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución»⁶.

También el concepto de codificación debe emplearse en el mismo sentido liberal burgués, según el cual la codificación es esa compleja operación legislativa encaminada a superar la fragmentación territorial, técnica y social del derecho privado y que quiere contraponerle un código unitario; un código que pretende tener validez formal como único y exclusivo derecho privado para todos, para todo un pueblo de sujetos jurídicos formalmente iguales⁷.

II. *Constitución y codificación en el siglo XIX*

1. *Derechos fundamentales y sociedad burguesa*

Volviendo tras estas precisiones a nuestro problema, al intentar sustentar nuestra tesis comienza en seguida a ser evidente la importancia que se les atribuyó a los derechos constitucionales en la formación de la sociedad burguesa.

6 Las primeras informaciones sobre este concepto en G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 561, 595, 609-612, 615, 620; D. Schefold, *Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830-1848*, Basel 1966, pp. 82-92; F. Renner, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, Zürich 1968, pp. 21-29; R. Bäumlín, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?*, Basel 1978, pp. 74 ss., 81 ss.; D. Grimm, *Grundlagen*, cit., p. 17.

7 Sobre el concepto de codificación aquí resumido, véase por extenso P. Caroni, *“Privatrecht”: Eine sozialhistorische Einführung*, 2^a ed., Basel/Frankfurt am Main 1999, pp. 53 ss.

Las constituciones liberales de los cantones regenerados tenían una doble tarea que cumplir, política y social. En primer lugar, debían fijar las líneas fundamentales del Estado respecto a la soberanía popular, y en segundo lugar, promulgar las bases para instituir la sociedad burguesa. El amplio catálogo de derechos fundamentales debía servir para este doble propósito; ante todo, garantizar los derechos políticos considerados indispensables para construir la democracia liberal: libertad de expresión, de imprenta, de reunión, derecho de petición, etc.; combatir además todas las instituciones sociales típicas de un derecho privado específicamente estamental que se oponían a los principios de libertad y de igualdad. Nacidas en el antiguo régimen y reactivadas durante la restauración, estas instituciones superadas debían ahora hacer sitio a la nueva imagen igualitaria de la sociedad⁸, fundamentalmente gracias a cuatro principios constitucionales:

a) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, con la consiguiente eliminación de todo privilegio por razón de nacimiento, personal, familiar, local, patrimonial y estamental⁹;

b) la garantía de la libertad de industria y de comercio, con reserva de las limitaciones exigidas por el bienestar público¹⁰;

c) el principio de la abolición o de la posibilidad de redimir todas las cargas feudales, así como la prohibición de constituir nuevas cargas inmobiliarias que no pudieran ser redimidas¹¹;

d) finalmente, la garantía de la propiedad privada, con la reserva usual de expropiación para la ejecución de obras públicas¹².

8 Grimm, *Grundlagen*, cit., pp. 26, 67-69; Schefold, *Volkssouveränität*, cit., pp. 22-25.

9 Me limito aquí y en las notas siguientes a contemplar las constituciones de los cantones regenerados: Zúrich 1831, art. 3; Berna 1831, arts. 7-9; Lucerna 1831, art. 4; Glaris 1836, art. 3; Friburgo 1832, arts. 4-6; Basilea-Ciudad 1833, art. 3; Basilea-Campiña 1832, art. 5; Schaffhausen 1831, art. 4; Argovia 1831, art. 10; Turgovia 1831, art. 9; Tesino 1830, art. 4; Vaud 1831, art. 2.

10 Zúrich 1831, art. 7; Berna 1831, art. 16; Glaris 1836, art. 9; Soleura 1831, art. 50; San Galo 1831, art. 16; Argovia 1831, art. 15; Turgovia 1831, art. 12; Tesino 1830, art. 6.

11 Zúrich 1831, art. 16; Berna 1831, art. 22; Lucerna 1831, art. 8; Basilea-Campiña 1832, arts. 18-19; Schaffhausen 1831, art. 10; San Galo 1831, arts. 5-7; Argovia 1831, arts. 22-23; Turgovia 1831, art. 15; Friburgo 1832, arts. 14-15; Basilea-Ciudad 1833, art. 16; Tesino 1830, art. 37.

12 Zúrich 1831, art. 15; Berna 1831, art. 18; Lucerna 1831, art. 7; Glaris 1836, art.

Con la promulgación de estos derechos fundamentales la constitución no se cerró en el umbral de la sociedad, sino que, yendo más allá, proyectó un nuevo panorama social sin dejar nada por determinar. Con esto, se anticipaba realmente la sociedad futura y se prefiguraban sus estructuras: para ser conforme con la constitución debía ser, por fuerza, liberal e igualitaria y estar abierta a la autonomía privada, a la libertad contractual y a la propiedad privada. En estas circunstancias, no era necesario que la constitución se ocupase de detalles de organización. Podría dejárselos tranquilamente a la futura codificación¹³ y al correspondiente código civil, a veces con una reserva explícita¹⁴. Éste, a su vez, procedía directamente de la constitución y se limitaba a ponerla en práctica. Dado su carácter ejecutivo, las normas del código no tenían existencia propia ni podían tener un contenido cualquiera. Su única función era colmar los espacios que quedaron abiertos por el proyectado diseño de los derechos fundamentales. En otras palabras, debían llevar adelante y realizar por completo en el seno de la sociedad el programa revolucionario promulgado de modo unívoco por la constitución¹⁵.

A la vista de esta reconstrucción se comprende que la congruencia entre las libertades constitucionales y las del código no fuera puramente casual.

Pero ¿cómo se configuraba de modo preciso la relación entre ellas? El panorama más elocuente lo ofrece el ejemplo de la libertad de industria y de comercio. Con su promulgación, el Estado se retiró del ámbito económico y se obligó a no intervenir. Luego dejó que la sociedad ocupara este espacio y le confió la dirección de su organización. Pero al propio tiempo, con su retirada hizo comprender claramente cómo y según qué principios

7; Basilea-Ciudad, art. 8; Basilea-Campiña 1832, art. 17; Schaffhausen 1831, art. 6; San Galo 1831, art. 15; Argovia 1831, art. 16; Turgovia 1831, art. 14; Vaud 1831, art. 6.

13 La revisión de toda la legislación, en particular de la civil, se prevé explícitamente en muchas de las constituciones cantonales de la regeneración: Zúrich 1831, art. 21; Schwyz 1833, art. 26; Lucerna 1831, art. 58; Zug 1848, art. 37; Argovia 1852, art. 31. Véase, en general, Schefold, *Volkssouveränität*, cit., pp. 90 ss.

14 Siguiendo el ejemplo de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, tít. I («Il sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume»): Tesino 1830, art. 8; Turgovia 1831, art. 211.

15 Grimm, *Recht und Staat*, cit., pp. 199-201; Íd., *Grundlagen*, cit., pp. 48, 51; P. Walliser, *Der Gesetzgeber J.B. Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841-1847*, Olten 1948, pp. 221, 424.

debían organizarse las relaciones económicas privadas. La renuncia del Estado no fue pues incondicional, sino que, por así decir, anticipó el nuevo sistema económico: el de una economía responsable y autónoma que, en definitiva, debería haber actuado mediante la estipulación de contratos privados¹⁶.

El derecho privado debía adecuarse a esta cuestión previa y ser por ello el derecho de la libertad contractual. Así pues, resulta que la libertad de industria y de comercio debía conducir necesariamente a la libertad contractual, siendo esta una premisa o, mejor, una función de la otra sin la cual el código se habría quedado en el ámbito de un discurso puramente enfático¹⁷. Esto llevó con frecuencia a afirmar que el art. 31 de la Constitución (que garantiza la libertad de industria y de comercio) determina el alcance del art. 64 de la Constitución; lo que quiere decir, en otras palabras, que indica al legislador del derecho privado la dirección que debe seguir¹⁸.

2. *La codificación como postulado del Estado de derecho*

Si se reflexiona sobre los postulados políticos fundamentales que son la base de la concepción liberal del Estado y, por consiguiente, de las constituciones regeneradas, se obtiene una segunda confirmación de la indisolubilidad de la relación existente entre constitución y codificación. Estos postulados, entre otras cosas, iban dirigidos contra la práctica en auge du-

16 Sin prejuicios por la cuestión de saber si la libertad de industria y de comercio no implican una garantía institucional de la economía de mercado que se refleja, no obstante, en la legislación sobre los cárteles. Las opiniones al respecto de los constitucionalistas divergen notoriamente. Sobre el estado actual de esta divergencia, véase el resumen en el *Bundesblatt* 1981, vol. II, pp. 1370 ss.

17 Sobre este vínculo entre la libertad de industria y de comercio y la libertad contractual, véase K. Oftinger, *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, pp. 9 ss.; Íd., «Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht», *ZSR NF* 57 (1938), p. 497a nota 2; A. Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, vol. IV/1/1, Systematischer Teil, Bern 1966, N. 213c; P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, 3ª ed., Bern 1982, pp. 269-270; H. Huber, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, Berlin 1966, p. 10; A. Simonius, «Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten», en *Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht*, Zürich 1948, pp. 281 ss., especialmente p. 286; Walliser, *Reinert*, cit., pp. 426, 464.

18 En este sentido E. Homburger, *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit*, Aarau 1948, en particular pp. 4, 6-7, 10, 23, 31-32, 87; R.I. Bindschedler, «Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit», *SJZ* 38 (1941-1942), pp. 292 ss, en particular 296, 297.

rante la restauración de abandonar al individuo a merced del arbitrio de una administración patriarcal y de dejar que las sentencias dependiesen de la voluntad ocasional de un juez imprevisible¹⁹. A lo largo de la regeneración, esta práctica fue superada gracias a instituciones estatales capaces de sustituir el anterior sistema arbitrario de gobierno por el dominio de la ley y del derecho²⁰. Tanto la relación entre el Estado y los ciudadanos como la de los ciudadanos entre sí debían adecuarse en el futuro a las reglas, a los principios generales y a las leyes emitidas en nombre del pueblo, sin basarse ya en la clemencia personal o en las circunstancias del caso²¹.

Pero ¿qué significa exactamente dominio del derecho y de la ley? ¿Y en qué medida afecta a nuestro problema? Refiriéndose al poder judicial, este postulado exige la creación de una codificación clara, escrita, completa, para servir al juez como directriz única y ser interpretada y aplicada por él según principios científicos y no ya según su libre arbitrio. La codificación se elevó así a postulado político de la regeneración y, más aún, fue un período esencial del nuevo Estado liberal²². Se convirtió en un elemento del Estado de derecho, aseguró la neta separación de poderes²³, hizo posible prever el resultado procesal, confirió seguridad jurídica²⁴ y, lo que no es menos importante, contribuyó –gracias a su publicación– a la democratización del Estado y de la sociedad²⁵.

19 Sobre estos abusos, véase, en particular, F.L. Keller, *Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege*, Zürich 1828, pp. 30, 36; H. Fritzsche, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931, pp. 31-32, 39.

20 Véase en general, con referencia a la situación de Zürich, R. Fleiner, *Einflüsse von Staatstheorien der Aufklärungs- und Revolutionszeit in der Schweiz*, Zürich 1917, pp. 48-50; A. Bauhofer, “Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-1855”, *ZSR NF* 46 (1927), pp. 1-82, en particular 14-17.

21 Es convincente Fritzsche, *Begründung und Ausbau*, cit., pp. 7, 12-13, 40, 47-48; W. Wettstein, *Die Regeneration des Kantons Zürich*, Zürich 1907, pp. 407-437, 542-557.

22 H. Oppikofer, “J.C. Bluntschli’s Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung”, *ZSR NF* 60 (1941), pp. 360-382, en particular 379.

23 Ya que la completitud exigida para la codificación hacía superflua la integración y la elaboración judicial del derecho. Esto se consideró a menudo como la gran ventaja del sistema del código respecto a la praxis del «common law»; véase S. Sobotka, *David Duley Field und die Kodifikationsbestrebungen im Staat New York im 19. Jahrhundert*, Köln 1973, pp. 94-99.

24 D. Corradini, *Garantismo e statualismo*, Milano 1971, p. 73.

25 De la relación del gobierno de Neuchâtel con la codificación del derecho pri-

Estas eran, en todo caso, las esperanzas que maduraron en el terreno de la codificación del derecho privado. No se puede omitir que algunas eran respuestas demasiado elevadas y que, por lo tanto, no se llevaron a cabo²⁶.

3. *Una estrategia igualitaria común*

He mostrado arriba que la codificación fue una operación legislativa dirigida a superar el multiforme fraccionamiento del derecho privado y, por ello y en primer lugar, a unificar este derecho. En este tercer punto quisiera señalar que también el proceso que condujo a la promulgación de la constitución puede ser considerado como una unificación en sentido lato. Constitución y codificación están conectadas también porque ambas son el resultado de una única estrategia igualitaria²⁷. En efecto, en el siglo XIX tanto las normas políticas como las civiles debían superar ordenamientos que aún estaban anclados en el feudalismo y que, por este motivo, distinguían perfiles materiales, territoriales y personales. Los principios feudales resultaban ilógicos, oscuros, arbitrarios y confusos frente a la igualdad burguesa. Atribuían numerosas libertades, prerrogativas y privilegios muy diferentes los unos de los otros y que el nuevo Estado no podía ni quería admitir. Finalmente los abolió y se dio un nuevo ordenamiento que, por el contrario, era lógico y simple, y sacrificaba todas las diferencias anteriores en el nombre de la unidad y de la igualdad, es decir, en el

vado, *Bulletin Officiel des délibérations du Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel*, vol. II, 1849, p. 104: «Il faut que chaque juge, comme chaque citoyen puisse avoir sous les yeux les règles d'après lesquelles il doit se conduire, et que la connaissance de ces règles ne soit plus le privilège de quelques-uns. La publication des codes, messieurs, aura pour l'affermissement de la démocratie une influence dont l'avenir vous démontrera toute la puissance».

26 Invita a la prudencia ante las «ardientes esperanzas que pueden alimentar solo quienes no conocen la materia» D. Ulrich, *Übersicht der der Verfassungs-Commission gemachten Eingaben, insofern dieselben sich nicht zunächst auf die Staatsverfassung, sondern auf die verschiedenen Zweige der Verwaltung, der Justizpflege und der Gesetzgebung beziehen*, Zürich 1831, p. 25.

27 En este sentido la declaración programática de Cambacérès de 1793: «Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et, comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la république, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil» (P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, I, p. 3). Una afirmación semejante de H. Jacottet en la *Revue Suisse* 1854, pp. 266-267.

nombre de las posiciones que luego caracterizarían el Estado y la sociedad²⁸. Y más concretamente:

a) la democracia representativa y la codificación del derecho privado partían ambas del presupuesto de que los habitantes de un Estado, bajo una perspectiva formal idéntica, tenían precisamente que ser considerados todos iguales: aquí como “ciudadanos” con idénticos derechos políticos, allá como “burgueses” con idéntica capacidad jurídica. Naturalmente, esto no significa que desaparecieran las diferencias personales; solo había desaparecido la disposición del ordenamiento jurídico para tenerlas en cuenta y para adaptarse a ellas;

b) además, la constitución y la codificación debían tener también una apariencia uniforme hacia el exterior, de modo que se reflejara esa igualdad que propugnaban singularmente incluso en la forma externa, con leyes estructuradas de manera exhaustiva y sistemática²⁹;

c) y finalmente, la codificación del derecho privado en el siglo XIX era a menudo el reflejo de la centralización política, la respuesta del derecho privado a una formación estatal ya realizada, como lo demuestran tanto el ejemplo de los grandes Estados nacionales³⁰ como el de nuestro Estado confederado³¹.

Para hacer aún más evidente lo que se acaba de decir basta con mencionar dos disposiciones legales estrechamente vinculadas entre sí: el art. 4 de la Constitución y el 11 del Código civil. El primero proclama que todos los suizos son iguales ante la ley, el segundo atribuye capacidad jurídica a todos. Lo que proclama el primero como principio lo concreta el segundo respecto a las relaciones interpersonales. Y en realidad se puede afirmar, sin duda, que el segundo deriva del primero en el que está ya

28 Afirmaciones importantes al respecto, en relación con la codificación del derecho civil en Neuchâtel, en Jacottet, *Revue Suisse* 1854, pp. 269-271.

29 Así, más o menos, lo afirma en 1834 la comisión tesinesa para la codificación citada por G. Patocchi, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice civile ticinese del 1837*, diss. iur. Bern 1961, p. 155.

30 Italia, Alemania, España. A título de ejemplo, C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Bari 1985, pp. 20 ss., 36-37 y *passim*.

31 P. Caroni, *Rechtseinheit: Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel 1986, p. 93; F. von Wyss, *Centralisation*, cit, pp. 23-27.

implícito³², demostrando así de nuevo la unidad entre constitución y codificación.

4. *El derecho privado como complemento de la autonomía política*

Con el cuarto ejemplo entramos en un terreno, el del influjo de la democracia política sobre la elaboración del código civil, del que ya se ha escrito mucho, por lo que basta aquí con indicarlo³³. El código –por lo menos en Suiza– debía llevar a reconsiderar la autonomía privada³⁴; es más, solo bajo este signo fundamental podía conseguir la popularidad necesaria para resultar idóneo para suprimir la plétora de derechos privados cantonales. Pero ¿qué significa en concreto reconsiderar la autonomía privada? Al final, dos cosas: por un lado, la abolición radical de las anteriores limitaciones comunitarias de la libertad contractual con el fin de promover la industria y el comercio, con la correspondiente activación del mercado; por otro lado, la creación de alternativas dondequiera que la situación consintiera tener en consideración los intereses particulares locales o profesionales. El código contribuyó de manera esencial a la realización de este postulado, incluso aunque no se pudiera (o no se quisiera) prever que todas sus alternativas serían sacrificadas demasiado pronto a la lógica del mercado³⁵. Así pues, deseaba ser –y esto importa en esta sede– «el complemento y cumplimiento del ordenamiento público», es decir, del derecho político de autodeterminación, como emanación de esta autodeterminación republicana y tal como hasta entonces había sido garantizado por la democracia directa precisamente en el ámbito de la codificación del derecho privado cantonal. Solo el reconocimiento de la autonomía privada, el equivalente de la libertad política, hizo del código un «ordenamiento jurídico popular»³⁶. De modo que la constitución repu-

32 En este sentido, explícitamente, Oftinger, *Ausgewählte Schriften*, cit., p. 13; A. Egger, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2ª ed., Zürich 1950, p. 105; Simonius, *Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts*, cit., p. 285; A. Reichel, *Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Einleitung*, Zürich 1911, nota 3 al art. 11 del CCS.

33 Caroni, “*Privatrecht*”, cit., pp. 146 ss.

34 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 25 ss.

35 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 27-28 ss.

36 Cita de E. Huber, *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweizeri-*

blicana y la codificación liberal, según la concepción de los contemporáneos, también debían ser homogéneas.

5. *El derecho privado del movimiento democrático*

Llego así a la última demostración: la constitución y el derecho privado aparecen estrechamente vinculados y convergen incluso cuando se contemplan en el contexto del movimiento democrático. Surgido en algunos cantones de la Suiza alemana en torno a los años 60, dicho movimiento trataba de conseguir la democracia directa aumentando las posibilidades de participación popular, por ejemplo mediante el referéndum y la iniciativa. El primer objetivo perseguido por el movimiento era, sin duda, estatal: era el Estado el que debía abrir la participación a todas las franjas de población porque solo así se convertiría en verdaderamente democrático. Pero a partir de este postulado, el movimiento se extendió por el ámbito social y se propuso eliminar las situaciones que, por haber originado relaciones de dependencia interpersonal, eran susceptibles de comprometer incluso la existencia de la democracia política³⁷. Se alude aquí a todas las situaciones de conflicto social que, de forma concreta, habían creado privilegios, provocado desigualdades y favorecido la explotación; situaciones todas ellas destinadas ahora a desaparecer gracias incluso a la emisión de normas legales imperativas, para hacer sitio a un derecho privado igualmente democrático³⁸. Con vistas a nuestra demostración, se extrae de ello una observación importante: solo un derecho privado bien definido, y no uno cualquiera, estaba en condiciones de satisfacer las exigencias de un Estado democrático. ¿Cómo debía configurarse en realidad? Lo ilustran algunos ejemplos: debía promulgarse bajo la forma de «Código único»³⁹,

schen Erbrechts, Basel 1895, pp. 4, 6-7; Íd., *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2ª ed., Bern 1914, I, p. 26.

37 Sobre esta importante conexión, véase P. Gilg, *Die Entstehung der demokratischen Bewegung und die soziale Frage*, Bern 1951, p. XI.

38 Gilg, *Entstehung*, cit., pp. 70, 125-126, 202-203, 233-234, 240, 284, 303; P. Gilg, *Die demokratische Bewegung im Kanton Bern, Festgabe des historischen Vereins des Kantons Bern*, 1953, pp. 353 ss., en particular 370-372, 398.

39 «Code unique». Comentarios con mayor detalle sobre este punto en P. Caroni, «Der “demokratische” code unique von 1881», en *Das Obligationenrecht 1883-1983*, ed. de P. Caroni, Bern 1984, pp. 19 ss., en particular 33-34, 42-43; I. Keller, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung*, Aarau 1947, pp. 86-87, 132-133.

debía reconocer la igualdad de sexos en el terreno hereditario⁴⁰, debía facilitar el establecimiento de una ley sobre las fábricas destinada a proteger a los trabajadores⁴¹ y, finalmente, debía realizar una reforma radical de la legislación crediticia y, en particular, del crédito hipotecario⁴². En definitiva, todas ellas eran medidas exigidas por la constitución, porque imponía equilibrar las diferencias para practicar una participación democrática más real.

6. De la jerarquía entre constitución y codificación

Hemos examinado hasta ahora a base de ejemplos cinco situaciones en las que aparece la interdependencia y la complementariedad de la constitución y la codificación, confirmando por consiguiente nuestra tesis –salvo algunas reservas sobre las que volveré a continuación–. Pero aún no hablan mucho del respectivo orden de importancia. ¿Cómo se presentaba y qué consecuencias tuvo?

La respuesta parece surgir, en un primer momento, de nuestros ejemplos, según los cuales la constitución parece haber tenido prioridad, haber predeterminado el código mediante un diseño cronológico y esencial, y haber dispuesto, como norma básica, las líneas esenciales de la propia sociedad sin dejar a la codificación civil más que los detalles ejecutivos. Por lo demás, esto coincidía también con la jerarquía de las

40 Era así a consecuencia del principio que reconocía los derechos políticos a las mujeres en los cantones de Zürich (M. Schaffner, *Die demokratische Bewegung der 1860er Jahre*, Basel 1982, pp. 54-55) y Basilea-Campiña (R. Blum, *Die politische Beteiligung des Volkes im jungen Kanton Baselland*, Liestal 1977, pp. 360, 374). Sobre el modelo francés véase J.-J. Clere, «De la Révolution au Code civil: les fondements philosophiques et politiques du droit des successions», *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 43 (1986), pp. 7-56, en particular 16 ss.

41 Explícitamente, en este sentido, en algunas constituciones cantonales: Zürich 1869, art. 23; Turgovia 1869, ar. 27; San Galo 1890, art. 13. Para las cuestiones concretas véase H. Sträuli, *Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869*, Winterthur 1902, pp. 118-120; Schaffner, *Die demokratische Bewegung*, cit., p. 54; P. Weidmann, *Die soziale Entwicklung des zürcherischen Arbeitsrechts von 1815 bis 1870*, diss. iur. Zürich 1971, pp. 162-177; M. Burkhardt, «Die Entstehung der thurgauischen Verfassung von 1869», diss. iur., Zürich, en *Thurgauische Beiträge zur vaterländischen Geschichte* 100 (1963), pp. 1-203, en particular p. 21, núms. 17, 76, 168.

42 Zürich 1869, art. 24; Soleura 1875, art. 13; Turgovia 1869, art. 26; todas estas disposiciones prevén la creación de un banco cantonal para facilitar el crédito.

normas: el derecho privado estaba en una posición subordinada respecto a la constitución.

Si se abraza la causa de la prioridad del derecho constitucional, se acepta una concepción esclava de las formas exteriores del derecho y solo de ellas. Si se examina en cambio nuestro problema en un contexto más amplio, considerando junto a la historia dogmática también la social, el panorama resulta muy diferente. Nos muestra en realidad una sociedad que en el siglo XIX se libera progresivamente del Estado para desarrollarse autónomamente; una sociedad en la que la autonomía privada de cada uno de los sujetos jurídicos se convierte en el principio organizativo que sostiene la actividad económica; y, en fin, que cree aún firmemente que una mano invisible guía el concurso de las libres decisiones individuales para lograr el bienestar público⁴³. Una sociedad semejante es dominante desde cualquier punto de vista; sus decisiones, sobre todo las económicas, tienen prioridad sobre todas las demás, incluidas las políticas. Si se trata de decisiones jurídicas, preludian las del derecho, que sanciona la autonomía privada y la garantiza desde el exterior.

Pero esto es el derecho privado del código civil. Aunque normalmente fuera promulgado tras las constituciones liberales y debiera adecuarse en su esencia a los derechos fundamentales de la constitución, objetivamente es aún más importante que las constituciones, sobre las que logró la supremacía. En otras palabras, puede decirse incluso que la constitución era accesoria respecto al derecho privado. Tras el nacimiento de la sociedad burguesa y tras el surgimiento del derecho privado liberal, asumió una mera función de garantía. A esto la condenó el modelo de sociedad liberal: a proporcionar meros servicios subordinados⁴⁴. Este modelo encarna además le primacía de la economía sobre la política y de la sociedad sobre el Estado, por lo que no admite que la economía sea organizada por las mismas leyes democráticas que son la base del Estado. La ampliación «del sistema constitucional a la empresa industrial»⁴⁵, reclamada continuamente, habría significado la subordinación del desarro-

43 En este sentido, la conocida metáfora de A. Smith, *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations* (1776), vol. IV, cap. II.

44 Véanse, para más detalles, Grimm, *Recht und Staat*, cit., pp. 15, 27-29, 68, 195, 200, 209, 295; Íd., *Grundlagen*, cit., pp. 18, 20-21; Bäumlín, *Demokratie*, cit., pp. 78-79.

45 En este sentido P. Pflüger, *Sozialpolitische Reden und Aufsätze*, Zürich 1913, pp. 144 ss.

llo económico a la política y, en consecuencia, habría puesto en peligro la existencia de la sociedad burguesa y, con ella, del sistema de producción capitalista⁴⁶. En definitiva, la ampliación reclamada no podía sino fallar.

III. *Algunos ejemplos en contra*

En fin, llegados a este punto habría concluido mi exposición si no la pusieran en peligro algunos ejemplos aparentemente difíciles de conciliar con la tesis formulada al comienzo, amenazando con apoyar precisamente lo contrario, esto es, la coexistencia de una constitución no liberal con un código burgués, la conexión entre una estructura aún feudal y una institución ya burguesa, como indica el episodio de Berna ya citado al comienzo. ¿Cómo explicar estos ejemplos integrándolos en nuestra exposición? Tratamos de analizarlo aquí a continuación, distinguiendo dos situaciones, para concluir repasando de cerca la evolución de Berna.

1. *Constitución autoritaria y codificación burguesa*

Antes que nada, solo estudiando de nuevo a fondo el periodo de la revolución se puede comprender por qué una constitución autoritaria pudo coexistir con un código liberal y burgués, como por ejemplo en Francia en la época de la entrada en vigor del “Code civil”. De hecho, desde el punto de vista político y social, la revolución había abierto caminos inexplorados, atribuyendo por primera vez libertades políticas en forma de derechos de participación democrática. Se pensó además en instituir una sociedad burguesa con la supresión de los privilegios estamentales y de las dependencias personales, la transformación de la propiedad de feudal en burguesa y el reconocimiento también de la libertad de industria y de comercio⁴⁷.

El “Code civil” no tuvo dificultad para establecer un vínculo con esta sociedad ya aburguesada y, mejor aún, para convertirse en el ordenamiento jurídico gracias al cual la garantía de la libertad y de la igualdad se extendía a la esfera social. Distinta fue, en cambio, la situación en la esfera política: las constituciones napoleónicas del Consulado de 1799 así como la del Imperio de 1804 revocaron de hecho las libertades políticas del pe-

⁴⁶ Bäumlin, *Demokratie*, cit., pp. 49, 64 ss., 83, 103, 114 ss.

⁴⁷ Grimm, *Grundlagen*, cit., pp. 28 ss.

río revolucionario, negando a los ciudadanos la participación política. Así pues, en el ámbito del derecho constitucional se impuso el principio autoritario mientras en el derecho civil se conservó el principio de la libertad.

Esta ruptura de la unidad originaria entre constitución y derecho privado no fue sino el resultado fácilmente explicable de concesiones recíprocas: la burguesía francesa renunció a la tutela de sus derechos políticos a cambio de que, por su parte, el soberano reconociese a la sociedad su autonomía. Esta renuncia fue el precio que la burguesía tuvo que pagar para conservar el disfrute de las libertades económicas. Por otro lado, Napoleón necesitaba del consenso político de la burguesía y podía obtenerlo con la concesión de las libertades civiles. Fue pues una afortunada convergencia de intereses la que hizo posible la coexistencia de principios antitéticos en el período napoleónico, es decir, la existencia de un derecho privado liberal sin constitución liberal⁴⁸. Este derecho permaneció con el retorno de la monarquía, pues la restauración quedó confinada en la esfera política. Coherentemente, también la “Charte constitutionnelle” de 1814 garantizó el ordenamiento social burgués existente, con el reconocimiento explícito de la ulterior vigencia del “Code civil”⁴⁹.

2. *Constitución feudal y codificación burguesa*

La situación es completamente diferente allí donde una monarquía con estructuras arraigadas por entero en el sistema feudal promulgó un derecho privado burgués. En estos casos coexistieron realmente elementos contradictorios. En la primera mitad del siglo XIX se encuentran las mismas situaciones extraordinarias en varios países. En primer lugar en Austria, donde entró en vigor en 1812 el “Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch” (ABGB). A continuación en Alemania, donde los estados de la Confederación del Rin recibieron en 1806 el “Code civil” francés con un resultado poco uniforme. Y finalmente en Italia, donde las monarquías restauradas en 1814 emitieron códigos civiles a imagen del modelo fran-

48 Grimm, *Grundlagen*, cit., pp. 31-32, 53-54; Íd., *Recht und Staat*, cit., pp. 201-202.

49 “Charte constitutionnelle” del 4 de junio de 1813, art. 68: «Le code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé». En el mismo sentido la “Charte constitutionnelle” del 14 de agosto de 1830, art. 59.

cés. Estas situaciones, en un primer momento, parecen confirmar lo que nuestra tesis propendía a excluir, esto es, la completa separación de la evolución política y de la social. Observando y examinando las cosas más de cerca, el resultado parece sin embargo bastante diferente ya que pone de manifiesto el elemento de diferenciación determinante respecto a la situación francesa: en ninguno de estos casos se había formado y organizado aún de forma autónoma una sociedad burguesa junto al Estado. La constitución social del país estaba aún estrechamente ligada al Estado y conectada con la estructura patrimonial de tipo feudal, como se desprende, por ejemplo, de la persistencia del señorío territorial.

En esta situación, podemos considerar dos posibles hipótesis: o bien el código civil, portador también de un nuevo mensaje político, consiguió desestabilizar y finalmente eliminar el Estado monárquico y estamental, o bien la constitución feudal resultó ser más tenaz, como para tender a neutralizar el código burgués. En el primer caso, la constitución debió adaptarse a la nueva situación⁵⁰, en el segundo, el código tuvo que ser letra muerta.

El material histórico demuestra de modo muy claro lo que ocurrió realmente. En todos los ejemplos citados, la constitución aristocrática pudo consolidarse sin restricciones, relativizando con su importancia el código burgués, cuando no abrogándolo directamente. En Austria, las leyes políticas determinaron por completo si el código civil (ABGB) podía ser aplicado y dónde. Solo pudo expandirse en los (limitados) espacios en los que no se opusiera a privilegios estamentales u otros privilegios políticos, pues solo en este ámbito permitía el Estado las libertades burguesas. Pero en 1812 esto era una excepción y así permaneció aún durante mucho tiempo⁵¹.

En los estados alemanes de la Confederación del Rin, la aceptación del derecho privado francés no había sido precedida por la revolución agraria⁵². Se impuso la política nobiliaria, que paralizó por completo el programa de reformas sociales del código civil. En ningún lugar se logró

50 En este sentido, el coherente pronóstico de Feuerbach, *Betrachtungen*, cit., p. 69.

51 Grimm, *Recht und Staat*, cit., pp. 41, 94-98, 207-208, 212 ss., 222 ss.; Íd., *Grundlagen*, cit., pp. 49-50.

52 E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht: Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Göttingen 1978, pp. 36 ss., 83 ss., 135 ss.

una recepción sin cambios: la mayor parte de las veces fueron ignoradas precisamente las disposiciones del “Code civil” cuya aplicación habría provocado la disolución de la propiedad feudal⁵³.

Finalmente, todavía quedan los estados italianos preunitarios. También estos siguieron la corriente, pues eliminaron cuidadosamente de sus códigos todo lo que supusiera la igualdad jurídica de todos los ciudadanos⁵⁴. Así, su derecho privado –aun diseñado según el modelo francés– renunció precisamente al elemento característico que había elegido ese modelo como símbolo del derecho privado burgués. Por consiguiente, para resumir, todos estos ejemplos demuestran, en primer lugar, que los elementos feudales y burgueses eran inconciliables, que no era posible una auténtica coexistencia entre ellos⁵⁵. En segundo lugar, estos ejemplos son testimonio de que la conservación de una constitución feudal y estatal impidió la entrada en vigor, la aplicación o la difusión de un código civil realmente burgués. Nuestros ejemplos no enseñan que el derecho privado sea independiente del sistema político⁵⁶, sino que demuestran precisamente lo contrario y confirman así nuestra tesis.

3. *El caso de Berna*

En vista de los resultados logrados hasta aquí, ahora es posible enmarcar y explicar mejor también el caso de Berna. Lo que sorprende y atrae nuestra atención no es el episodio en sí mismo –un ejemplo entre otros más importantes–, sino lo que en él siempre han querido ver los historiadores de Berna, que han considerado el código civil cantonal como una auténtica codificación del derecho burgués y, así, también una de las causas de la crisis y de la caída del régimen aristocrático del patriciado. El derecho codificado se habría propuesto sobre todo suprimir los estatutos y las autonomías locales y promover la igualdad burguesa, a la que debía sacrificarse finalmente el estado ciudadano del patriciado⁵⁷. Hoy deseo discutir

53 Sobre cada una de las modalidades de recepción del Code en diferentes Estados confederados del Rin, véase Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft*, cit., pp. 79-145.

54 Algunas confirmaciones en C. Ghisalberty, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1979, pp. 227, 230, 234, 239, 258-259, 262, 277-281; Íd., *La codificazione*, cit., pp. 19-20.

55 Ya Feuerbach, *Betrachtungen*, cit., p. 28, se dio cuenta de que unir los dos elementos «era tan imposible como unir el norte y el sur en un único punto».

56 Como afirma también Ghisalberty, *Unità nazionale*, cit., pp. 223-225.

57 Los autores citados por Liver, *Die bernische Kodifikation*, cit., pp. 445, ss., y además R. Gmür, *Der Zehnt im alten Bern*, Bern 1954, pp. 227-228.

esta tesis, pero solo en la medida en que lo requieren mis problemas⁵⁸. No me parece convincente porque sobrevalora desmesuradamente la capacidad del derecho privado de modificar la constitución. Cuando se conoce la lentitud con la que muelen los molinos del derecho y se considera además que la primera parte del código no entró en vigor hasta 1826, se debe ser bastante cauto al valorar la fuerza política de choque que este derecho era capaz de activar. Sobre todo, la premisa de esta tesis me parece más que dudosa, ya que, como se ha dicho, considera el código como una codificación acorde cabalmente con el derecho burgués, válido para todos los habitantes y, por ello, en contradicción con la constitución del Estado. Quisiera contraponer a esta convicción esta opinión: el código de Berna, sin ser del todo una codificación burguesa del derecho privado, reordenó el derecho privado de un modo enteramente acorde con la estructura aún feudal del poder político. Le faltaban los rasgos esenciales del derecho burgués. Cito dos ejemplos a este respecto.

a) En primer lugar, me parece digno de atención el art. 3 de la Ordenanza de promulgación de 1826. A diferencia de lo que preveía el tercer párrafo del Código, el art. 3 mantuvo en vigor los estatutos locales y aplazó sin condiciones la entrada en vigor de todo el derecho codificado hasta el momento en que «se haya concluido la revisión del Código civil». Como esto no ocurrió hasta 1831, en el Estado patricio el nuevo derecho privado solo tuvo valor subsidiario, esto es, solo donde no se oponía a la tradición local. Esto dio comienzo en realidad a una unificación de alcance limitado, pues solo estaba en condiciones de asentarse respetando la antigua fragmentación jurídica, a la que simplemente flanqueaba garantizando, por lo demás, su continuidad.

b) A esto se suma una circunstancia que debería haber tenido repercusiones negativas sobre la expansión efectiva del nuevo derecho privado, sobre todo del derecho real: la fallida abolición de las cargas inmobiliarias. El nuevo derecho era de por sí burgués, por lo que consideraba implícita en la propiedad la facultad de «disponer libre y exclusivamente de la sustancia y de los frutos de la cosa, con reserva de las restricciones legales» (Estatuto 377). Pero también garantizaba sin reservas «las leyes existentes sobre derechos feudales e hipotecarios y sobre el diezmo» (Estatuto 394), así como las correspondientes pretensiones subjetivas.

⁵⁸ La ilustración detallada del caso de Berna será objeto de un futuro trabajo. Contrario ya a la opinión tradicional Liver, *Die bernische Kodifikation*, cit., pp. 447 ss., 457.

El derecho de propiedad del código civil de Berna tenía pues dos caras, como Jano: progresista en la concepción teórica, pero reaccionaria en la aplicación práctica. Frente a una realidad aún profundamente inmersa en la división o, mejor aún, en tal fragmentación de la propiedad como para impedir casi cualquier posibilidad de disponer de modo eficaz del valor de la propiedad, el reconocimiento teórico de la libertad individual y absoluta del propietario no era capaz de conseguir nada concreto. Para concretarlo era necesario un terreno fértil que, en aquel momento, aún estaba totalmente bloqueado por la realidad feudal. Por lo demás, este es el motivo por el que en todos los otros cantones la codificación del derecho privado solo se realizó después de ultimar el paso decisivo mediante la ejecución de la redención de las cargas inmobiliarias durante la regeneración⁵⁹. Cuando finalmente, hacia finales de los años 40 y por iniciativa de los radicales⁶⁰, se dio en serio la posibilidad de hacerlo también en Berna a la vista de la abolición del diezmo, de las cargas feudales y de los demás gravámenes inmobiliarios, el código estaba en vigor desde hacía veinte años. Pero sus disposiciones más burguesas se habían convertido en letra muerta y el derecho real seguía siendo feudal hasta ese momento.

Así pues, podemos concluir asimismo la ilustración del caso de Berna observando que también él –como por lo demás los otros ejemplos en contra– confirma plenamente el absoluto acuerdo entre la constitución y el derecho privado y, de modo más preciso, entre una constitución aristocrática y un derecho privado feudal.

59 Respecto a la legislación sobre la redención durante la regeneración, véanse E. His, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, II, Basel 1929, pp. 470 ss.; III, Basel 1938, pp. 646 ss.; Wettstein, *Die Regeneration im Kanton Zürich*, cit., pp. 338-352; R. Böppli, *Die Zehntablösung in der Schweiz, speziell im Kanton Zürich*, Zürich 1914, pp. 113 ss.; Walliser, *Reinert*, cit., pp. 132, 166-170, 461-462: Sobre la conexión entre la renovación constitucional y la redención de las cargas inmobiliarias en Zürich, véase Ulrich, *Übersicht*, cit., pp. 26-27.

60 Explicaciones sobre el atraso de la redención de las cargas inmobiliarias en Berna en His, *Geschichte*, cit., II, pp. 647 ss.; Schefold, *Volkssouveränität*, cit., pp. 30-34; Gmür, *Der Zehnt im alten Bern*, cit., pp. 246-278; H. von Greyerz, *Nation und Geschichte im bernischen Denken*, Bern 1953, pp. 161, 296; R. Feller, *Berns Verfassungskämpfe 1846*, Bern 1948, p. 39.

IV. *Un vistazo a las evoluciones posteriores*

1. *La posterior inversión de la gradación*

¿Qué evolución tuvieron las tesis, deducibles de todos nuestros ejemplos sin distinción, de la coherencia entre la constitución liberal y el derecho privado burgués, del principio del predominio del derecho privado, etc.? ¿Han podido conservarse hasta nuestros días o fueron abatidas por la borrascosa evolución de los últimos cien años? Nuestras reflexiones terminarán intentando responder de forma concisa, y con referencia al menos a estas y otras preguntas semejantes.

Es necesario empezar por la situación social que, hacia finales del siglo XIX, fue perfilándose cada vez más claramente en los países de la Europa occidental; una situación caracterizada más por la coacción y por la dependencia que por la libertad y por la igualdad. El derecho privado había prometido a esta sociedad más de cuanto era capaz de mantener ya que, en efecto, la reducción del Estado no solo sirvió para ampliar la esfera de la autonomía privada del individuo, sino también para crear antagonismos sociales y esferas de poder privado⁶¹. La igualdad proclamada por el derecho privado era meramente formal. Garantizaba una libertad que –considerando las diferentes condiciones de partida– servía también para legalizar la explotación⁶². De este modo, la autonomía privada fomentó más la desigualdad y el poder privado que el equilibrio y el bienestar público.

Esta evolución –puedo presumir que es conocida, tan general y amplia resulta la “cuestión social”– hizo que el Estado volviera al escenario, y le confió entonces la tarea de oponerse a las peores alteraciones causadas por la iniciativa privada con medidas correctivas y compensatorias. Cuando se consideró necesario, el Estado fue requerido para ocupar de nuevo espacios antes exclusivamente reservados para la competencia privada⁶³.

Puede decirse en síntesis, con otras palabras, que la irrupción de la autonomía privada dio lugar a problemas insolubles sin la ayuda estatal.

61 Véanse, por ejemplo, W. Leisner, *Grundrechte und Privatrechte*, München 1960, pp. 249 ss.; F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, pp. 9 ss.

62 Grimm, *Recht und Staat*, cit., pp. 12-13, 32, 43-45, 68-69, 75, 142, 234, 260.

63 Grimm, *Recht und Staat*, cit., pp. 45 ss., 75 ss., 145 ss., 158 ss.

A su vez, esto sacudió y relativizó sensiblemente el papel de pilar de la autonomía privada.

Por lo demás, la intervención del Estado y el empleo del derecho público para superar los problemas sociales no dejaron de tener consecuencias sobre la relación entre ambos derechos, pues implicaban la revalorización del derecho público y la correspondiente devaluación del código civil, impensable o incluso excluida con anterioridad a causa del predominio ideológico del derecho privado. Se estableció en su lugar una nueva relación y se invirtió la jerarquía. El derecho público reconquistó una posición preponderante y en seguida limitó, no solo la expansión de la autonomía privada, sino incluso el espacio en el que el dominio de la autonomía privada por sí misma habría sido impensable, como lo demuestra bien la reciente evolución del derecho de arrendamiento y del trabajo.

2. *La decadencia del código*

Cuando se habla en este contexto de la decadencia del código y, mejor aún, de la contracción de la esfera de aplicación del código, se recuerdan las múltiples hipótesis y evoluciones que, de alguna manera, cuestionan el predominio del código, pero no todas se refieren además a sus relaciones con la constitución. Hay que distinguir tres casos:

a) En primer lugar, el progresivo menoscabo del papel central del código provocado por el derecho privado accesorio que se crea cada vez más fuera de la codificación y que depende cada vez menos de ella, pues trata estrictamente de problemas específicos. ¿Qué evolución llevó a esta “descodificación”? Fue la evolución que se acaba de comentar y que provocó la cuestión social la que mostró que la sociedad a la que el código se dirigía con una pretensión de validez exclusiva y general era menos homogénea de lo previsto y esperado. La unidad social era más una ficción que una realidad. De modo que grupos sociales dispares comenzaron a aspirar a derechos privados particulares y a ejercer presión para lograr sus deseos. La unificación social que había sido al mismo tiempo una ley vital y la consecuencia primera de la codificación, amenazaba así con derribarse. En estas circunstancias, ya no parece tan lejano el momento en el que la evolución acabará por obligarnos a considerar el papel central de la codificación de una forma diferente respecto al pasado⁶⁴.

b) En segundo lugar, la necesidad de intervenir contra las con-

64 Sobre la “descodificación”, que no es prioritaria en este contexto, véase, en general, Caroni, “*Privatrecht*”, pp. 96 ss.

secuencias del ejercicio de los derechos privados opuestos a la libertad instauró una nueva relación entre derecho público y privado, esto es, una relación de cooperación y de perfeccionamiento recíproco que resucitó la concepción global del ordenamiento jurídico.

En estas circunstancias, se reconstruyeron los puentes entre el derecho público y el privado bajo la forma de una legislación de derecho público cada vez más amplia, no limitada ya a establecer las premisas formales de la existencia de un derecho –como muestra especialmente bien el ejemplo del derecho público urbanístico–, sino enfocada de manera consciente a corregir y formar de modo positivo y a crear las infraestructuras que se habían hecho indispensables para la garantía de las libertades privadas⁶⁵. De este modo, el tejido de derecho público que rodea el código por fuera cada vez está más arraigado y es más variado. Domina el terreno del derecho privado, actúa sobre el valor del código y determina de nuevo los límites de su validez. En otras palabras, ya no se pueden hacer afirmaciones sobre el alcance real del derecho privado sin tener en cuenta el derecho público. Las afirmaciones hechas sin tener en cuenta el derecho público –con anteojeras, por decirlo así– degeneran indefectiblemente en una deformación de la realidad. Naturalmente, sé que esto puede ser cómodo y conveniente ideológicamente; que puede tener sentido contar que la propiedad como dominio absoluto nació y fue regulada por el derecho privado y que solo más tarde –esto es, accidentalmente– fue limitada por el derecho público. Recuerdo solo que esto ni es plausible ni particularmente realista. Por ello es mejor seguir adelante.

c) Pero, sobre todo, en todos los casos anteriores se manifiestan las contradicciones ya mencionadas entre las libertades privadas y los derechos constitucionales; entre la libertad contractual y la libertad de industria y de comercio, por no poner más que un ejemplo⁶⁶. En estos casos, parece totalmente natural y encomiable proceder a las correcciones necesarias para eliminar las contradicciones, integrando e interpretando el derecho privado sobre todo a la luz de la constitución⁶⁷. Pero ¿cómo hacerlo y con qué resultados?

65 Algunas remisiones a una bibliografía ya desmesurada: M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968, p. 113; G. Müller, «Privateigentum heute», *ZSR NF* 100 (1981), II, pp. 1-116, en particular pp. 53-54, 103, 110.

66 Sobre este ejemplo, Homburger, *Handels- und Gewerbefreiheit*, pp. 55-58.

67 En este sentido, también R. Zäch, «Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung», *SJZ* 85 (1989), pp. 1 ss.

3. *La realización de los derechos fundamentales en el derecho privado*

Este método presupone que se le reconozca a los derechos fundamentales, no solo una función de mera defensa, sino la entidad de constituir todo el ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta premisa, los derechos fundamentales no son simples medios para oponerse al poder estatal, sino, al mismo tiempo, fundamentos, límites y objetivo del ordenamiento estatal en cuanto tal. Se trata de principios básicos que deben respetarse en cualquier actividad estatal y que deben realizarse incluso en la esfera social. Como dice una breve fórmula, influyen en las relaciones interpersonales, tanto verticales como horizontales.

De esta noción derivan dos ideas relacionadas: la teoría de la interpretación de todo el derecho conforme a la constitución, y por lo tanto incluso la del derecho privado, y la del efecto horizontal de los derechos fundamentales. La primera considera que también el código tiene una relación abierta con la constitución y debe ser concebido e interpretado a partir de la constitución⁶⁸. Esto se reconoce sin reservas incluso en aquellos países en los que una nueva constitución modificó el significado del código civil existente e impuso casi su nueva interpretación, como por ejemplo en la República Federal de Alemania y en Italia⁶⁹.

La segunda, la del efecto horizontal de los derechos fundamentales⁷⁰, es aún más incisiva y exige, tanto al legislador del derecho privado como al juez civil encargado de aplicarlo, tener en cuenta de forma explícita los valores ínsitos en los derechos fundamentales. Estos valores deben ser respetados, no solo por el Estado, sino también por los individuos en las relaciones interpersonales, para que el ejercicio de los derechos privados ya no vuelva a entrar en conflicto con la constitución. Pues ya no es discutible, sino que es incluso fácilmente demostrable que también el ejercicio del poder social, y no solo del estatal, puede poner en peligro las libertades privadas, esta teoría se consolida en medida creciente inclu-

68 J.P. Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern 1964, pp. 178-180; Íd., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, pp. 67 ss.

69 Remisiones en Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., pp. 76-77; F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna 1980, pp. 58 ss.

70 Referencias generales: J.P. Müller, *Die Grundrechte der Verfassung*, cit., pp. 22-24, 154-156, 160-178; Íd., *Elemente*, cit., pp. 8-10, 79 ss.; Íd., *Kommentar zur Bundesverfassung: Einleitung zu den Grundrechten*, cit., N. 58 ss.; Saladin, *Grundrechte im Wandel*, cit., pp. 307 ss.; Bäumlín, *Demokratie*, cit., pp. 106, 109-110; G. Müller, *Privateigentum heute*, cit., p. 26-33.

so entre nosotros⁷¹, modificando el orden de importancia de la constitución respecto a la codificación⁷². Con la ayuda de esta teoría, han sido ya elaborados y reestructurados numerosos sectores del derecho privado en función de los valores ínsitos en los derechos fundamentales, tanto por el legislador como por el juez. Se recuerdan aquí la aplicación de la igualdad entre hombre y mujer en el derecho hereditario y de familia cumpliendo el mandato constitucional (art. 4.2 de la Constitución)⁷³; la relevancia de la libertad sindical en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales mediante contrato colectivo⁷⁴, en particular respecto a atribuirle un carácter obligatorio general a los contratos colectivos de trabajo⁷⁵; la validez de la libertad religiosa también en las relaciones conyugales⁷⁶; el reconocimiento de la llamada libertad privada de industria y de comercio⁷⁷ en el sector de la legislación sobre cárteles⁷⁸; y también la tutela privada de la personalidad⁷⁹.

71 Véanse los autores citados en las *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 111, II, p. 255.

72 Una síntesis de los argumentos a favor del efecto horizontal en Leisner, *Grundrechte und Privatrechte*, cit., pp. 332 ss.

73 Sobre el art. 4.2 de la Constitución, véase J.P. Müller, *Elemente*, cit., pp. 82-83, 86; Íd./St. Müller, *Grundrechte: Besonderer Teil*, Bern 1985, pp. 201-204; G. Müller, *Kommentar zur Bundesverfassung*, cit., núms. 133 ss. sobre el art. 4. Acerca de la urgencia de la revisión del derecho hereditario y de familia que entró en vigor a comienzos de 1988, véanse *Bundesblatt* 1979, II, pp. 1201, 1203; *Bundesblatt* 1980, I, pp. 127, 142. Sobre el derecho a igual salario del hombre y la mujer, véase, por último, la sentencia 30-6-1987 de la Corte civil del Tribunal Federal, en *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 113, Ia, pp. 107 ss.

74 Art. 356 del Código de las obligaciones.

75 Ley federal de 28.9.1956 sobre la atribución de carácter obligatorio general al contrato colectivo de trabajo, art. 2-5 y 7.

76 *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 4, 435 cons. 2.

77 Así según la jurisprudencia del Tribunal Federal, véanse *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 82, II, p. 302; 86, II, p. 376; J.P. Müller, *Elemente*, cit., p. 83; Íd.-St. Müller, *Grundrechte: Besonderer Teil*, cit., pp. 149-150; Saladin, *Grundrechte im Wandel*, cit., pp. 265-266, 273-275. También A. Simonius. *Ein verkanntes Freiheitsrecht*. Festgabe zum 70. Geburtstag von E. Ruck, Basel 1952, pp. 261-282, en particular 275-276, deduce del art. 28 del Código Civil una libertad de industria y de comercio de derecho privado

78 *Bundesblatt* 1961, II, pp. 555, 559-563; 1981, II, pp. 1312, 1372-1373.

79 J.P. Müller, *Die Grundrechte der Verfassung*, cit., *passim*; Íd., *Elemente*, cit., pp. 49-50; *Bundesblatt* 1982 1982, II, p. 684.

4. *Conclusión*

Algunos ejemplos no han podido ser mencionados, otros se añadirán sin duda a la lista en cuanto se acepte también con normalidad por nuestra civilística la necesidad de apertura hacia el derecho constitucional. Hoy no estamos todavía en este punto. Los cultivadores del derecho privado manifiestan aún ocasionalmente su oposición en nombre de la autonomía de su venerado método civilista. Pero también este método está expuesto a cambios históricos. Si no quiere quedar reducido a convertirse en un monumento jurídico, debe saber adaptarse a las nuevas nociones a las que tiende incondicional e inevitablemente la historia hoy bosquejada. Esto no bastará, desde luego, para resolver todos nuestros problemas sociales, ya que incluso en el mejor de los casos solo una mínima parte puede resolverse con simples intervenciones jurídicas. Pero seguro que, frente a intereses contrapuestos, contribuirá a agilizar mediaciones dignas de este nombre.

EL CÓDIGO DESENCANTADO

He said, «I just want to say one more thing».
But then he could not think what it could possibly be.

Raymond Carver, *One More Thing**

I. Introducción

Al describir y evaluar la historia de la codificación, que puede considerarse probablemente como el problema más importante de la actual historia del derecho, se han producido recientemente grandes transformaciones que he vivido, por decirlo así, en primera persona. Hasta ahora me he ocupado de este tema en dos ocasiones, en los años 1971 y 1987, destacando los elementos que en cada momento me parecían esenciales e imprescindibles para la comprensión histórica del proceso codificador¹. Quien desconozca la génesis de las tesis allí expuestas (que es siempre –aunque no solo– muy personal) no se imagina seguramente que puedan haber sido sostenidas por el mismo autor. Los puntos de vista y los lentes a través de los cuales se examina el panorama de la codificación parecen demasiado diferentes, siempre con el resultado inevitable de que cosas o situaciones en principio distintas –hasta entonces desconocidas o pasadas por alto al ser implícitamente consideradas como puros *loca recondita*– se colo-

* R. Carver, «One more thing», del volumen de narraciones publicado por primera vez en 1981 *What We Talk About When We Talk About Love*.

¹ Los datos mencionados se refieren a la fecha de nacimiento de ambos manuscritos, publicados con posterioridad. Cfr. P. Caroni, «Kodifikation», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, col. 907-922; P. Caroni, «Privatrecht»: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Frankfurt am Main 1999, 53-75.

caban, de repente, en un primer plano, explicaban lo que hasta entonces permanecía confuso e invitaban por ello a interpretar la evolución de otro modo. Esta constatación plantea algunos problemas, entre ellos los autobiográficos, a los que, aun no teniendo menos importancia, aquí no se prestará atención –a causa de la incompetencia del tribunal–, con una remisión liberadora a la súplica de M. Foucault:

Más de uno, sin duda como yo, escribe para dejar de tener rostro. No me preguntéis quién soy y no me digáis que siga siendo el mismo: esa es una moral de estado civil; gobierna nuestros papeles. Que nos permita ser libres cuando se trata de escribir².

Pero a los restantes problemas, con un valor tan amplio como para implicar a toda la sociedad, hay que hacerles frente sin dudarlos. En un primer momento será útil explicar la propia transformación, contraponiendo, por ejemplo, los temas y las opciones que caracterizan la investigación actual a los temas preferidos anteriormente así como a las opciones metodológicas subyacentes. Sin embargo, han de tenerse en cuenta dos reservas: por un lado, me ocuparé exclusivamente de la codificación del derecho privado, sin atender prácticamente a la redacción escrita y articulada de las normas que atañen a otras áreas jurídicas (por ejemplo, al derecho mercantil, al derecho procesal o al penal). En apoyo de esta decisión militan sin duda importantes razones que es difícil por ello dejar de lado: basta con pensar en el papel constitutivo asumido por la codificación civil en una sociedad que, por vez primera, se regula y se organiza de forma autónoma. Por otro lado, mi exposición tendrá solo un carácter de síntesis. Por ello, quien no se contente con *los documentos y las citas ofrecidas a título de ejemplo*, quien espere una exposición más detallada de los numerosos conceptos de codificación –que los historiadores del derecho emplean a menudo de un modo impreciso e indiferenciado, olvidando manifiestamente que las «naciones [...] cambian con las revoluciones del tiempo, que hace sobre-

2 “Plus d’un, comme moi sans doute, écrivent pour n’avoir plus de visage. Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même: c’est une morale d’état-civil; elle régit nos papiers. Qu’elle nous laisse libres quand il s’agit d’écrire”. M. Foucault, *L’archéologie du savoir*, Paris 1969, p. 28.

vivir los nombres a las cosas»³, quizá se sentirá defraudado⁴. Pero será resarcido al consultar la bibliografía correspondiente, por lo demás fácilmente accesible⁵.

II. *Las respuestas tradicionales*

1. *El resultado de una discusión erudita*

La idea de que fuera posible una nueva ordenación emanada del poder de todas las reglas del derecho civil (que deja ya adivinar, aun de modo impreciso, la codificación) se remonta al siglo XVIII y remite a una visión radicada tanto en el derecho natural laico (*Vernunftrecht*) como en los postulados de la ilustración. Fue, desde luego, el resultado de un debate a varias voces pero, en verdad, exclusivamente erudito, que comenzó en pleno Humanismo y sometió el derecho tradicional y todavía vigente a la criba de unas críticas cada vez más radicales. En este debate participaron exclusivamente eruditos, esto es, juristas, filósofos y teólogos pertenecientes a las tendencias más diversas, que denunciaron en un primer momento la oscuridad y la confusión de la práctica del derecho común, pero pronto pidieron también la renovación material del derecho, avanzando propuestas que desembocaron en un plan de nueva ordenación global, esto es, de *codificación* del derecho.⁶

3 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. de F. Venturi, Torino 1970, p. 2 [Tratado de los delitos y de las penas, Madrid 1774, p. 34]. Cfr. M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, nueva ed. con un prefacio de J. Le Goff y una introducción de É. Bloch, Torino 1998, p.28.

4 Una enumeración de los más variados conceptos históricos y, en cierto sentido, todos apropiados pero también discutibles, es propuesta por J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles 1967; Lokin, *Zwalwe, Hoofstukken uit de Europese Codifikatiegeschiedenis*, Groningen 1990.

5 Para completar la bibliografía expresamente citada y discutida en el presente artículo, remito a los siguientes manuales: H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, (*Neuzeit bis 1806*), Karlsruhe 1966, pp. 374-405; H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 8^a ed., Heidelberg 1996, pp. 96-205; G. Wesenberg/G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4.^a ed., Wien/Köln/Graz 1985, pp. 156-169.

6 Sobre la historia del concepto, observaciones resumidas en Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 58-61. Sobre la crítica ilustrada del derecho común, véase, por último, R. Bonini, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991.

La génesis singular de esta propuesta, casi contrapuntística, puede reconstruirse fácilmente recordando el origen histórico de sus principales elementos:

a) Eran *de origen iusnaturalista* tanto el énfasis como el importante significado del *postulado sistemático*. Según este último, la codificación no solo debía favorecer la recopilación global y completa de las reglas jurídicas dispersas y desordenadas, sino que debía aspirar, precisamente, a conferirles un orden sistemático, como fiel imagen del nuevo ordenamiento formal sobre el que los iusnaturalistas habían reflexionado de modo tan intenso como controvertido. Este ordenamiento «toma prestado de la ciencia un programa, un sistema cerrado en sí mismo, lógico, exhaustivo y, dentro de lo posible, ofrece en este marco una reorganización cerrada en sí misma y exhaustiva del derecho positivo»⁷. Me parece evidente que esta estrategia mostraba también una dimensión político-jurídica, pues cuanto más sistemáticamente se organizaba el código y, por ello, se aislaba automáticamente, tanto más eficazmente actuaba la ley de la interdependencia según la cual el sentido y el valor de una norma legal solo podían (y pueden) determinarse de forma exacta teniendo en cuenta su colocación sistemática. Por lo demás, cualquier coleccionista podrá confirmar que la pieza que le falta no es codiciada por su valor intrínseco, sino porque llena lo que solo puede ser reconocido como tal desde el todo, esto es, una laguna. Esto explica también por qué la ley de la interdependencia podía otorgar un sentido diferente a las normas tradicionales en cuanto se incorporaban a un código, fenómeno que refleja una especie de fetichismo codificador.

b) La idea –ayudada por el hecho de compartir el postulado sistemático⁸– de que el futuro código debía alcanzar la completitud material y que, por ello, podía ser equiparado sin más al ordenamiento jurídico procedía de la *doctrina jurídica de la ilustración*. Este fin era perseguido tanto a través de la previa y explícita solución de todas las controversias jurídicas (presentes y futuras), como impidiendo cualquier operación de

7 “Die Kodifikation entlehnt der Wissenschaft einen Plan, eine in sich geschlossene, logische, erschöpfende Disposition und bietet in diesem formellen Rahmen möglichst eine in sich geschlossene, erschöpfende Neuregelung des positiven Rechts”. Así, claramente, A. Egger, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Gesetzbuches von 1907*, Zürich 1908, p. 9.

8 Es fundamental para este punto M. Weber, *Rechtssoziologie*, según el manuscrito editado y prologado por J. Winckelmann, Neuwied 1960, pp. 101-103; 252-253.

carácter abiertamente creativo (interpretar, colmar lagunas, comentar), mediante las cuales jueces, abogados y profesores amenazaban continuamente la estabilidad de la ley. Gracias al concurso de diversos factores, que allanó el camino para una feliz convergencia, el deseo de exclusividad normativa pareció colmado, en principio, con la codificación prusiana de 1794. Este deseo respondía, tanto a las exigencias de los ilustrados (destinadas a tutelar a los súbditos, impidiendo la libre apreciación por parte del juez pues se consideraba una fuente de arbitrariedad), cuanto a las expectativas políticas del soberano absoluto (pues la exclusividad de la codificación por él promulgada seguía a la *majestas* que él reivindicaba y la reflejaba como un espejo).

2. *Las consecuencias de la ambicionada completitud material*

a) Considerando que con la codificación se intentó alcanzar, sobre todo, una nueva organización puramente formal de las fuentes del derecho, hasta entonces heterogéneas y fragmentarias, esto es, también (e incluso principalmente) la superación del anterior sistema de fuentes dominado de forma evidente, como es sabido, por el derecho común romano, el deseo de completitud se enriqueció con nuevos estímulos. Solo una fuente que fuese tan exhaustiva como para imponerse como núcleo de un nuevo ordenamiento jurídico y reclamase, por ello, una validez universal estaría en condiciones de superar el universalismo del derecho común. En otras palabras, el derecho común y el derecho codificado no solo eran elementos únicos de (diferentes) sistemas; más bien reclamaban, cada uno de ellos dentro de su propio sistema, una primacía más o menos absoluta, y por eso pretendían determinar la interpretación de todas las demás fuentes, aplicables según una jerarquía preestablecida. Esta circunstancia también podría explicar por qué la aspiración a la completitud de la codificación del derecho privado sobrevivió tanto a las exageradas expectativas de los ilustrados, como a los resultados más bien modestos de la práctica. Al ser casi imposible encontrar una solución habiendo resuelto previamente todas y cada una de las controversias, se optó por ampliar el abanico de fuentes, dando lugar a las fuentes jurídicas subsidiarias, sometidas jerárquicamente a la ley codificada, que, por ello, se aprestó a secundar las opciones.

b) Partiendo de que el Código ha de establecer a priori, de modo claro y completo, el derecho aplicable al caso concreto –el deseo de com-

pletitud material se entiende en este sentido específico—, se le asigna al juez una función de carácter exclusivamente ejecutivo o repetitivo, como ya lo ponía de relieve claramente Montesquieu: «Pero los jueces de la nación no son, como hemos dicho, sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de esta»⁹. De este modo se conseguía, casi de forma automática, neutralizar y exonerar a los jueces que, de hombres pensantes quedaban reducidos ahora a simples órganos ejecutivos. Si todo esto se impuso sin esfuerzos en el siglo XVIII fue porque respondía a las aspiraciones, casualmente coincidentes, del soberano y de sus adversarios ilustrados.

c) Los planes ilustrados de codificación se caracterizan por el intento de garantizar, mediante la fijación por escrito y con tendencia a la completitud, un patrimonio jurídico hasta entonces ilimitado, caótico y también contradictorio, que justamente por estos defectos formales también se podía utilizar y disfrutar *ad libitum*, sustrayéndolo a la libre disposición (de los mediadores jurídicos, de la parte más fuerte así como del Estado)¹⁰. En cualquier caso, el término de la parábola iusnaturalista fue seguido de una petrificación del material normativo que preludiaba el positivismo jurídico¹¹ y en el que también se pueden identificar el fin y la transfiguración del derecho natural¹².

3. La relación con la Historia

Es evidente que, después de todo, un plan tan ambivalente tenía que entablar numerosas relaciones con la historia. Algunos ejemplos recuerdan temas relativos a estas relaciones.

a) Tras la apodíctica condena de F.C. von Savigny en 1814, la codificación del derecho se considera tradicionalmente como una violación

9 “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur”. Montesquieu, *De l’esprit des lois*, Livre XI, chap. 6 ; en el mismo sentido (entre otros), C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, §4, p. 17.

10 R. Ajello, *Arcana Juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli 1976, *passim*, especialmente pp. 275 ss., 311 ss. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, p. 55.

11 Por ejemplo, A.J. Arnaud, «La paix bourgeoise», *Quaderni fiorentini* 2 (1973), pp. 147 ss., especialmente 157-159.

12 G. D’Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, pp. 7, 83 ss.

de la evolución jurídica, de modo más exacto, como una perturbación de su lenta evolución orgánica¹³. Al afirmarlo se pensó simultáneamente en dos cosas distintas: tanto en la interrupción instantánea de esta evolución (porque la codificación va precedida de la selección y de una nueva ordenación del material jurídico tradicional), como en la parálisis de la evolución futura (dado que el derecho codificado queda petrificado, lo que impide las reformas necesarias, cuando no las hace incluso imposibles). Quizá sería exagerado considerar el consiguiente rechazo a la codificación como si fuera el dogma fundamental del historicismo jurídico, pero persiste sin embargo un hecho: durante todo el siglo XIX se hizo referencia justamente a este efecto antihistórico e inmovilizador para luchar, por los motivos más variados, contra el deseo de nuevas codificaciones. En otras palabras, este argumento se distingue por una vocación polígama, como lo demuestran también conocidos ejemplos suizos¹⁴.

b) Con la llegada de la codificación ilustrada, que se contentaba con recoger y volver a ordenar sistemáticamente elementos preexistentes –lo que Leibniz llamó en 1688, de modo significativo, *reconcinnatio*– y que, por este mismo hecho, remitía al pasado, se planteó repetidamente el problema del origen histórico exacto de los distintos elementos ordenados en el código. Era una pregunta que se volvió aún más actual por la escisión entre germanistas y romanistas consumada a mediados del siglo XIX, y que condiciona hasta hoy la enseñanza histórica de nuestras facultades de derecho, con unas (catastróficas) consecuencias pedagógicas que los propios historiadores del derecho parecen, por desgracia, no haber comprendido con claridad. Este hecho precisamente podría explicar, entre otras cosas, por qué la pregunta que se acaba de mencionar cuenta aún con adeptos apasionados y convencidos. Me parece evidente admitir entonces que, partiendo de estas premisas, hubiera sido preferible reflexionar sobre la relación mantenida por el código con el derecho común. En efecto, no se trataba solo de preparar un inventario lo más completo posible de reglas provenientes del derecho común. Parecía mucho más urgente investigar sobre la aplicación práctica de la norma que negaba *pro futuro* el valor

13 Sobre esta controvertida cuestión, P. Caroni, «Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des “Berufes”», *ZRG, Germanistische Abteilung* 86 (1969), pp. 97-176, de modo especial 140 ss.; y también *supra*, pp. 13 ss.

14 P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986, 108 ss., 42 ss.

subsidiario del derecho común, así como explicar por qué, en ocasiones, esta regla se consideró inútil o incluso inoportuna¹⁵.

4. *La codificación y la ciencia jurídica*

«Toda codificación es una obra científica»¹⁶. Con esta afirmación se pueden expresar tres cosas distintas, esto es:

a) que sólo una ciencia jurídica ya consolidada es capaz de proyectar codificaciones y de realizarlas. Lo atestiguan, y no en último lugar, las codificaciones cantonales suizas, promulgadas esencialmente entre 1830 y 1870 y elaboradas todas ellas por juristas ilustres;

b) que la aplicación práctica del derecho codificado sin la eficaz colaboración de la ciencia es desaconsejable y arriesgada e incluso provocaría, con el paso del tiempo, su inevitable atrofia;

c) finalmente, que la codificación, precisamente porque –a diferencia del anterior sistema de fuentes del derecho– establecía desde el poder el derecho civil vigente y lo concebía sistemáticamente, favorece irremisiblemente el nacimiento de una nueva civilística. Tampoco faltan aquí los ejemplos locales: en efecto, la auténtica ciencia iusprivatista suiza solo se constituyó a consecuencia de la entrada en vigor del Código civil suizo a principios de 1912¹⁷.

5. *La codificación como elaboración teórica*

Para terminar, quien se pregunte qué idea concreta de codificación subyacía en todas las situaciones y reflexiones mencionados hasta ahora, probablemente podrá comprobar lo siguiente: era una idea que *favorecía situaciones formales* y sistemáticas¹⁸, y que, por este motivo, aparece como

15 Sobre este punto, de forma resumida, Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 71-73.

16 “Jede Kodifikation ist ein Werk der Wissenschaft”. Así P. Liver, «Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft», en *Privatrechtliche Abhandlungen*, Bern 1972, pp. 85 ss., la cita en p. 86; P. Liver, *Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilrecht, I. Einleitung (Art. 1-10 ZGB)*, Bern 1962. *Allgemeine Einleitung*, p. 60 nota 140. En este sentido, también A. Egger, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Zürich 1957, I, pp. 129 ss.

17 Liver, *Allgemeine Einleitung*, cit., p. 66 nota 155.

18 *Cfr.*, por ejemplo, la descripción que de ello hace H. Coing, «Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1977, II, pp. 797 ss., de modo

fruto de una concepción erudita y puramente teórica. De modo aún más concreto, resultaba ser un modelo que se había desarrollado más allá del espacio y del tiempo, y por ello –convencido de proclamar una verdad objetiva– reclamaba una validez universal. Quien comparte todavía esta perspectiva, justificada pero sin duda idealista (cuando no contemplativa), no se pregunta ni por la sociedad histórica que dio lugar a este modelo codificador¹⁹, ni por la efectiva realización de este proyecto²⁰. Intenta más bien –por lo demás está en su derecho– salvar la espiritualidad (y de ahí también la superioridad) de esta idea, eludiendo escrupulosamente el contacto con las situaciones políticas y sociales y, en especial, con las económicas²¹, para subrayar a continuación, con seguridad, que una codificación así reducida a lo esencial y preservada de tal modo de las asechanzas de la historia podrá superar, desde luego, sin pérdidas demasiado relevantes, las crisis actuales del sistema²².

III. *La aparición de un nuevo punto de vista*

1. *Ampliación, consumación y desencanto*

En la historiografía jurídica europea, sobre todo en la que atiende al tema

particular p. 798; Íd., *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Dritter Band, Erster Teilband, München 1982, pp. 4-5; Liver, *Allgemeine Einleitung*, p. 8 nota 2; Caroni, *Kodifikation*, cit., pp. 907-909.

19 O bien la sociedad de la ilustración, todavía dividida, como es sabido, en grupos sociales (estamentos); respecto a ello, *cf.* sobre todo D'Amelio, *Illuminismo*, cit., pp. 65 ss.

20 Para la que podría citarse, a lo sumo, un ejemplo, el del código prusiano (ALR) de 1794, pero sin olvidar que inicialmente tuvo un valor puramente subsidiario en cada una de las provincias.

21 Así, por ejemplo, H. Coing, quien, como conclusión de su exposición sobre la prehistoria de la codificación, niega, inesperadamente y sin ninguna comprobación posterior, toda conexión con la revolución industrial (Coing, *Vorgeschichte*, cit., pp. 816-817).

22 Coing, *Vorgeschichte*, cit., p. 817; E.E. Hirsch, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, p. 159; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung von den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985, *passim* (así como mi recensión en *ZNR* 10 [1988], pp. 126-127). De modo exhaustivo y diferenciado respecto a toda la temática, P. Jaeggi, *Privatrecht und Staat. Gesammelte Aufsätze*, ed. de P. Gauch y B. Schnyder, Zürich 1976, pp. 68 ss.

de la codificación, se perciben nuevos sonidos desde hace casi treinta años. Alguien, sin ser visto, distribuyó otras partituras y pidió la colaboración de nuevos instrumentos. Las primeras impresiones –¿cómo podría ser de otro modo?– están divididas, esperan confirmación y exigen un examen a fondo. La transformación que se puso en marcha de este modo provocó, en todo caso, una ampliación de la temática, que se puede resumir más o menos en estos términos: si el concepto de codificación se caracterizaba hasta entonces por el predominio de los aspectos puramente jurídicos, formales y sistemáticos, ahora se imponen lentamente a la atención del historiador del derecho otras circunstancias materiales y extrajurídicas. Se tienen en cuenta *los contextos políticos y sociales* pues, evidentemente, solo ellos son capaces de mostrar los elementos *esenciales* del fenómeno histórico que aquí se examina, así como de indicar las consecuencias concretas provocadas por la realización del proyecto codificador. Obviamente, nada de esto podía ocurrir sin fricciones ni disonancias, pues lo que a unos les parecía una ampliación necesaria para recuperar y restaurar la unidad perdida, representaba para otros la corrupción o el desencanto de una forma espiritual (a la que remite el propio título de este ensayo).

2. *El contexto político*

Quien indaga sobre el contexto político en el que se realizaron y entraron en vigor las primeras codificaciones percibe de inmediato su importancia. En efecto, define las *condiciones generales* sin las cuales ya no es posible describir de modo creíble el contenido, los fines y el alcance del proceso codificador. Traigo a la memoria algunos ejemplos concretos, discutidos en los últimos años con particular empeño.

a) Así como las codificaciones ilustradas presuponían y reflejaban al mismo tiempo una estructura (todavía) estamental²³, del mismo modo las codificaciones burguesas (que comienzan con el *Code civil* francés de 1804) son hijas de una determinada evolución política. En esta época se adoptaron las estructuras sin las cuales el mensaje codificador habría sido letra muerta. Solo la Revolución francesa, el ejemplo clásico de revolución burguesa, perfeccionó *efectivamente* el dismantelamiento de las estructuras feudales que neutralizó política y socialmente a los estamentos, así como a la miríada de *corpora intermedia* restantes; solo ella pudo crear de este modo una sociedad en la que cada uno, «desligado de las ataduras

23 *Cfr. supra* nota 19.

naturales, etc. [losgelöst von den Naturbanden usw.]» que le habían convertido «desde la antigüedad en accesorios de un agregado humano específico y delimitado», vivía por fin como individuo²⁴, y solo en esta sociedad pudo ser, finalmente, un programa realizable.

El *Code civil*, que enviaba por vez primera su mensaje unitario a todos los franceses, no regulaba ya una sociedad feudal y abiertamente jerarquizada, sino más bien una «sociedad de individuos» homogénea y uniforme²⁵. Con ello no se quiere afirmar que los códigos burgueses solo se proclamaran a continuación de las revoluciones burguesas. Es sabido que no faltan ejemplos en contra, más o menos extraordinarios, como lo atestigua el *ABGB* austriaco de 1811. No obstante, estos ejemplos muestran que los códigos burgueses no arraigaban si faltaban las estructuras políticas apropiadas y que, por ello, la puesta en práctica de sus propuestas más innovadoras debía posponerse *sine die*²⁶.

b) Se puede ir incluso más lejos y exponer la tesis siguiente: también después de producirse la separación entre el Estado y la sociedad, con la consiguiente transferencia de la iniciativa económica a la sociedad, el derecho típico de esta última ni exige autonomía ni se aísla, sino que, como veremos más adelante, confirma más bien transacciones y conexiones de diferentes tipos. Todo esto es evidente si se analiza la relación que existe entre codificación y constitución, o bien intentando determinar su exacta jerarquía; es, por lo demás, lo que sucede hoy cada vez en mayor medida, en casi todas partes²⁷ y con resultados notables.

c) Las codificaciones siempre unificaron, incluso *territorialmente*, el derecho privado, reflejando fielmente la historia política del país. Gracias al reconocimiento de una obvia e incluso inevitable conformidad entre la forma de Estado y la organización jurídica, los códigos mostraron

24 “In frühen Geschichtsepochen zum Zubehör eines bestimmten, begrenzten menschlichen Konglomerates”. K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1974, p. 5.

25 C. Cattaneo, *Interdizioni israelitiche (1837)*, Torino 1987, p. 158 (cfr. también pp. 164-165).

26 Sobre esta problemática, Caroni, *Privatrecht*, cit., pp. 70-71; y también *supra*, pp. 59 ss. El ejemplo más significativo podría ser la intentada pero fallida introducción del *Code civil* en los Estados de la Confederados del Rin, a la que Elisabeth Fehrenbach le dedicó un ensayo ya clásico (*Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3.^a ed., Göttingen 1983).

27 Cfr., por ejemplo, los trabajos que se citarán más adelante.

su utilidad en *múltiples contingencias*: para preparar el Estado unitario, para confirmarlo e incluso para fortalecerlo. Fueron todas ellas posibilidades que no dejaron escapar ni el soberano absoluto en el siglo XVIII (como lo atestigua una vez más la significativa génesis del *ABGB* austriaco)²⁸ ni la burguesía en el siglo XIX, que en muchas ocasiones consideró la unidad del derecho privado como el resultado y la revalorización de los Estados nacionales que acababan de surgir y, por ello, la llevó a cabo sin demora²⁹. Es evidente que esta estrategia convencía mucho menos en un Estado federal, porque en él se encontraba con la realidad de una soberanía dividida. Ello pone de manifiesto que las posibles conexiones entre constitución y codificación no son ilimitadas ni funcionan tampoco sin reservas; permite además presagiar las dificultades –en verdad insólitas– que Suiza tuvo que afrontar para unificar su propio derecho privado³⁰.

3. *El contexto social y económico en particular*

Las codificaciones sancionan la regulación detallada con la que los legisladores trataron de ordenar –a priori, de una manera que tendía a ser completa, definitiva y uniforme, y a consecuencia de determinados modelos no siempre evidentes– las relaciones interpersonales surgidas en una sociedad que, por vez primera, se regulaba a sí misma (y se consideraba en este sentido autónoma). Debería entonces parecer casi obvio afirmar que pueden “leerse” y comprenderse únicamente a la luz de este contexto social y, ante todo, económico. No obstante, durante mucho tiempo, esta instancia cosechó pocas adhesiones, cuando no fue ignorada deliberadamente. ¿Por qué motivos? Intento comprenderlo como puedo y también entender cómo se ha llegado por fin a un cambio.

a) Si se sostiene sin hacer distinción (lo que hoy sucede cada vez

28 Respecto a esto, véase H. Strakosch, cuyas obras se citarán de forma amplia más adelante (*infra* nota 71).

29 *Cfr.*, por ejemplo, H. Getz, *Die Deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; D. Grimm, «Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung. Das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland», *Rabels Zeitschrift*, 50 (1986), pp. 61-76; S. Buchholz, «Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts», *Rabels Zeitschrift* 50 (1986), pp. 77-110; C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma/Bari 1979.

30 Sobre este punto, en detalle, Caroni, *Rechtseinheit*, cit., *passim*, especialmente pp. 34 ss. y 85 ss.

más con menos frecuencia) que las codificaciones del derecho privado han tenido una importancia fundamental para el desarrollo del capitalismo del siglo XIX, hay que rechazar aparentemente los molestos ejemplos en contra que parecen rebatir de modo radical esta tesis. Por ejemplo, no se puede negar que los primeros códigos burgueses sancionaron en realidad el derecho privado preindustrial y, más exactamente, el derecho de una sociedad en puertas de las revoluciones del transporte, agrícola e industrial³¹. Ni tampoco puede negarse que Inglaterra –la nación clásica de la revolución industrial– ha rechazado la codificación del derecho privado hasta el día de hoy³². Por lo demás, también la historia del derecho local conoce excepciones que desorientan: pienso, en concreto, en la industrialización precoz y masiva de algunos cantones de Suiza oriental, cuyo derecho privado, en la época de estas transformaciones, todavía procedía, en lo esencial, de los *Landbücher* de la antigua tradición³³; no se olvida, además, que el desarrollo del capitalismo industrial precedió a la unificación del derecho privado, pudiendo, por el contrario, prescindir fácilmente de ella³⁴.

b) Estos ejemplos contrarios son importantes en cuanto nos obligan a reflexionar sobre la relación, comprobable históricamente, entre el ordenamiento jurídico burgués y el capitalismo moderno, animándonos a proponer soluciones diferentes. Una cosa me parece indiscutible: el papel del derecho privado en la creación de las propuestas que hicieron posible la industrialización y aceleraron el paso hacia la producción mecánica fue seguramente muy modesto, todo lo más de apoyo. Contribuyeron de for-

31 Sobre este tema, véase, por ejemplo, D. Grimm, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung», en *Handbuch der Quellen und Literatur der Neuere europäischen Privatrechtsgeschichte*, ed. de H. Coing, III/1, München 1982, pp. 17-173, de modo especial 73-74; H. Steindl, «Ueberlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung», *Ius commune*, Sonderheft 15, Frankfurt am Main 1981, pp. 76-107; J. Maillet, «Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste», *Quaderni fiorentini* 2 (1973), pp. 111-145. Una primera afirmación en el mismo sentido en G. Fazy, *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, Genève 1890, p. 36.

32 Cfr., por ejemplo, la indicación en Coing, *Vorgeschichte*, cit., pp. 816-817.

33 F. von Wyss, «Ist die Centralisation des Schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswerth und eventuell in welchem Umfang?», *ZSR* 15 (1867), I, pp. 9-40, especialmente 36-37.

34 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 15 ss.

ma mucho más decisiva otros factores –de carácter técnico, físico, demográfico y financiero–. El derecho sólo podía ofrecer al respecto servicios subordinados, y para prestarlos ni siquiera necesitaba estar codificado; en particular, podía fomentar la inversión, facilitando la constitución de sociedades de capital o proponiendo las mejores garantías crediticias³⁵. En conclusión, no era sino «el visitante de la noche»³⁶ –como lo era también la economía capitalista–: cuando por fin intervino, los cambios estructurales decisivos ya se habían producido y las premisas para el despegue del nuevo sistema económico ya estaban dispuestas, sin depender de la mediación jurídica. ¿Llegó, pues, demasiado tarde?

c) Tampoco decimos del visitante o del invitado nocturno que llegue demasiado tarde sólo porque no estaba por la mañana cuando se hicieron los preparativos. Llega a tiempo para la auténtica ocasión y su presencia le proporciona un marco festivo. Así interviene también el derecho privado: todo lo más bajo la forma de código burgués, prepara los medios que permiten y garantizan el funcionamiento sin obstáculos de un sistema *ya establecido*. Es el lubricante sin el cual el mecanismo del mercado ni siquiera se pondría en movimiento, o al menos chirriaría de modo indescriptible; fija las condiciones de admisión en el juego de la competencia y las reglas correspondientes; y pone a disposición del vencedor los apoyos garantizadores y ejecutivos del aparato estatal³⁷. Hace todo esto de forma sencilla y discreta, sin imponer nada y sin alzar la voz (por lo demás, impersonal), de modo que, al final, estamos casi tentados de deducir, si no una auténtica latencia, sí una indiferencia y una neutralidad casi completa frente a la evolución social, comparable a la que ostenta un árbitro experto frente a los jugadores.

4. *El contenido y la forma: exterioridad y abstracción*

El contenido y la forma de las codificaciones burguesas del derecho privado –con cuyo examen sumario nos contentaremos por el momento– parecen apuntar en la misma dirección y confirmar la indiferencia del derecho privado burgués frente a los sujetos jurídicos.

35 Para este último punto, por ejemplo, A. Leist, *Privatrecht und Kapitalismus im XIX. Jahrhundert*, Tübingen 1911.

36 “Le visiteur du soir”. Así en la bella metáfora de F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, pp. 76-78.

37 De forma resumida, Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 81-83.

a) La *exterioridad* característica del contenido de los códigos acabó con el régimen de las finalidades taxativamente previstas (y por lo tanto impuestas) por la legislación estatal. De este modo, el derecho privado burgués se propone, en lo esencial, conceder oportunidades³⁸: ofrece los medios e indica el camino, pero también da libertad al sujeto jurídico para decidir si, efectivamente, va a tener en cuenta las oportunidades concedidas. Es decir, se contenta, en sentido kantiano, con garantizar las condiciones externas que posibilitan, o al menos facilitan, el óptimo disfrute de la autonomía privada de los sujetos jurídicos. Su ámbito de influencia termina allí donde comienza la autonomía privada del individuo. La exterioridad parece, pues, una consecuencia inevitable de la entrada del sujeto en el ordenamiento jurídico³⁹.

b) La forma del derecho privado codificado es el resultado de su contenido y se obtiene esencialmente a través de la abstracción y de la pérdida de la materialidad⁴⁰. Ya que el derecho exige validez general, debe promulgar necesariamente normas aplicables a todos de modo uniforme, ignorando o eliminando las desigualdades y las diferencias. En otras palabras, deberá concentrarse en los pocos aspectos que aún pueden soportar la generalización: son, obviamente, los formales, que indican (o desbloqueen) simples posibilidades. Esta es la vía que lleva a la generalización de la cualidad de sujeto de derecho y, por lo tanto, también a la primacía de la autonomía privada, del “arbitrio” subjetivo y, con ello, al núcleo de los códigos burgueses⁴¹.

5. La «realidad» de la codificación

De todo lo dicho se desprende que el derecho burgués sólo contempla en abstracto las oportunidades inherentes a la autonomía privada, y que sólo puede generalizarla en estas condiciones. No indaga sobre las premisas de su *disfrute efectivo* por parte de los sujetos jurídicos. Puede, por lo tanto, estar en armonía –si nos abandonamos exclusivamente a su texto–

38 Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 57.

39 Véanse algunos documentos significativos en P. Caroni, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung*, II, *Geschichte des Privatrechts*, Bern 1987, núms. 35, 36, 125.

40 Véase Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 64-65.

41 Algunos testimonios importantes de origen kantiano en Caroni, *Quellen und Texte*, cit., II, núm. 125, pp. 165-166.

con los sistemas económicos más dispares⁴², como lo atestigua el ejemplo del art. 544 del *Code civil*. En esta celeberrima disposición se describió por vez primera la propiedad burguesa como el «derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos». En él se definió la propiedad de modo un tanto abstracto, como para poder considerar, no sin motivo, que habría «podido suscribirse tranquilamente incluso por cualquier comunista»⁴³.

En cambio, si no nos contentamos con esta mención abstracta, sino que deseamos saber más de ella en orden a la *efectiva realización* de los poderes conferidos de modo uniforme a los sujetos jurídicos, es inevitable tener en cuenta la sociedad concreta en cuyo seno había de realizarse el programa codificador. En otras palabras, para descifrar el mensaje ius-privatista hay que examinar el trasfondo social del código. Y este examen pone inmediatamente al desnudo dos verdades que dicen mucho de la “realidad” de la codificación.

En primer lugar, las revoluciones burguesas solo suprimieron algunas desigualdades, esto es, las que impedían el desarrollo del programa económico burgués. En cambio, las restantes continuaron subsistiendo, porque eran idóneas para incentivar precisamente dicho programa. Por ello, las sociedades reguladas por el derecho burgués comprendían, fundamentalmente, personas desiguales: «desde 1789, Francia trata de hacer creer a los hombres, contra toda evidencia, que son iguales»⁴⁴. En segundo lugar, el juego de la competencia, que se cebaba con la sociedad, se convirtió pronto en una obligación y atrajo implacablemente –enfrentándolos– a todos los sujetos jurídicos, de modo paralelo a la exclusividad y la globalidad de la institución del “mercado”. En definitiva, la adecuación

42 Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 79, 284 ss.; F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, pp. 9-10; P. Barcellona, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli 1971, pp. IX-XI, XXV-XXXVI, XXXI.

43 «Und unter den neueren Rechtskodifizierungen giebt die einflussreichste, der Code civil in seinem § 544 eine Definition des Eigenthums, die jeder Kommunist ruhig unterschreiben kann»: H. von Scheel, «Das Recht und die Pflichten des ländlichen Grundeigenthums», *Landwirtschaftliche Jahrbücher* (Organ des preussischen Landesökonomiekollegiums), Juliheft 1874, pp. 463 ss., el pasaje citado, en p. 466.

44 “Depuis 1789 la France essaie de faire croire, contre toute évidence, aux hommes qu’ils sont égaux». Balzac, *Les paysans*, prólogo de L. Chevalier, Paris 1975, p. 148.

del individuo a las leyes del mercado no se dejó a su arbitrio, sino que, en realidad, fue inevitable⁴⁵. De todo esto resulta una opinión muy diferente respecto a la realización del programa codificador.

a) La abstracción y la exterioridad no fueron programadas por error ni adoptadas por las circunstancias, sino que fueron más bien la consecuencia de una clara opción jurídico-política. Presuponían en realidad las desigualdades materiales entre los sujetos jurídicos, sin las cuales no podía funcionar la economía capitalista⁴⁶. Posibilitaban, a quienes contaban con los medios adecuados, el disfrute de los desequilibrios correspondientes en su propio beneficio, en otras palabras, facilitaban y legalizaban al mismo tiempo la valoración de todas las energías existentes, incluida la fuerza de trabajo, aprovechándose de la autonomía privada y de la teoría de los contratos. Y todo ello, en una sociedad formalmente igualitaria y en un contexto político que prefiguraba el estado de derecho.

b) El conflicto con la justicia material fue una consecuencia inevitable⁴⁷. Era la consecuencia necesaria de la imposición de un derecho formalmente igualitario en una sociedad de desiguales. Esta favorecía automáticamente a quien mejor conociera las reglas del juego de la competencia y pudiera, además, conseguir mayores recursos para vencer las eventuales resistencias, por lo demás generalmente pasajeras. De igual modo, salía perjudicado quien (como los proletarios y los campesinos) tenía pretensiones que no estaban de por sí destinadas al mercado pero que el mercado, igualmente, atrapó y deformó sin muchos miramientos. Realmente, de ello habría que deducir que en la codificación burguesa era impensable e irrealizable una estimación eficaz de los intereses sectoriales.

c) De este modo, hemos contestado también a otra pregunta: la de si el derecho codificado consiguió por lo menos compensar los desequilibrios que contribuyó a crear o a mantener. No se puede tratar la problemática del “derecho privado social”, de sus posibilidades e incluso de sus límites en este contexto. Deberá bastar por lo tanto con una simple referencia, al menos para atenuar la “euforia social”⁴⁸, porque, después de todo, era por completo ajeno a las competencias de los códigos enfrentar-

45 De nuevo, claramente, Weber, *Rechtssoziologie*, cit., p. 172.

46 De modo resumido, Braudel, *La dynamique du capitalisme*, cit., pp. 76-78, 96-97; I. Wallerstein, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, *passim*, especialmente p. 31.

47 Fundamental Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 169-172, 219-223.

48 De modo resumido, Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 92-94.

se a, o luchar contra, esas situaciones sociales que eran la consecuencia legal del ejercicio de las facultades concedidas a todos de modo uniforme por el propio código.

d) En resumen, el derecho privado abstracto de los códigos adquiere inesperadamente perfiles muy concretos si se le considera también como un medio para la realización del programa económico burgués, lo que quería ser sin duda. Esto muestra, en particular, dos cosas: que la exterioridad era útil para un mayor aprovechamiento de las oportunidades existentes y, por ello, no podía ser ni neutral ni indiferente; y además que las libertades sobre las que se desarrolló el código burgués –libertad contractual, libertad del propietario, libertad de testar– no pretendieron proclamar derechos absolutos e ilimitados. Tenían más bien solo carácter formal, no permitían circunscribir la libertad material de sus destinatarios⁴⁹ y, finalmente, solo podían ser reivindicados en la medida en que su contenido correspondiese a las expectativas burguesas⁵⁰. Por eso se prohibió explícitamente referirse a ellos para obtener resultados ajenos a las intenciones originarias. Súbitamente, en el corazón del código liberal, permisivo e incluso magnánimo, aparecieron algunos rasgos represivos amenazadores⁵¹.

6. *Un plan de origen burgués*

Esta nueva perspectiva liberó de modo saludable la temática codificadora de los vínculos que hasta entonces la condicionaban, y favoreció la reflexión sobre aspectos extrajurídicos. El impacto así propiciado en la sociedad concreta en la que, después de todo, debía actuar la codificación, habrá ofuscado quizá un panorama claro hasta entonces por estar muy idealizado; pero, en compensación, puso precisamente de manifiesto nuevas posibilidades para la evolución de la codificación. Estas últimas, de carácter exclusivamente político-jurídico y político-económico, descubren el preciso contexto histórico de la estrategia: la codificación, en el centro de una sociedad antagónica no fue, desde luego, «la expresión brusca,

49 Weber, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 169-172.

50 Caroni, «Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois. Studien zur kantonalen Gemeindeggeschichte de 19. Jahrhunderts», en *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, pp. 51 ss., especialmente p. 76 nota 143.

51 Esta es la tesis de A.J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, pp. 35-36, 47, 55, 70, 147-149, 154.

exacerbada y auténtica del predominio de una clase»⁵². Pero su unilateralidad, escondida en un primer momento y discretamente silenciada por la formulación abstracta, se volvió muy pronto evidente. Pese a los compromisos, las reservas mentales y otras salvedades, la codificación era y seguía siendo un plan de origen burgués y por ello debía tener en cuenta, en primer término, los intereses burgueses, sin renunciar por ello a conseguir efectos colaterales. Por consiguiente, si se consolidó *esta* estrategia (y no otra) no fue tanto por su «verdad intrínseca» como por su idoneidad para condescender con las expectativas jurídicas la burguesía vencedora.

IV. Una explicación resumida

Si se confrontan ahora ambas perspectivas, se puede evaluar con mayor facilidad la transformación que se produjo e interpretarla de diversas maneras:

- como el paso de una perspectiva dominada por conceptos jurídicos y, por ello, con tendencia a poner de relieve la continuidad, a una perspectiva que, caracterizada por un enfoque histórico-social, subraya constantemente la historicidad de la evolución. Ello puede considerarse también como el paso de la diacronía a la sincronía;

- o bien como el paso de un concepto ilustrado de codificación a otro burgués, de lo que son ejemplos clásicos el *ALR* prusiano de 1794 y el *Code civil* francés de 1804;

- o finalmente, como el paso también de un sistema de deberes relativos al comportamiento (*officia*), propio del derecho natural prekantiano, a un sistema de derechos subjetivos y de la respectiva libertad de actuar inherente a la autonomía privada.

Si admitimos esta transformación y nos vemos obligados a aceptarla –aunque solo sea porque corresponde a un cambio histórico real– también podremos identificar y comprender el *iter*, no siempre directo, seguido por la evolución de la codificación, como resulta de este último ejemplo. La codificación se consideró a menudo como el resultado de una

⁵² “Der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse”. En este sentido, F. Engels en una carta fechada en Berlín el 27 de octubre de 1890 y dirigida a C. Schmidt, en K. Marx/F. Engels, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, II, Berlin 1970, p. 462.

estrategia unificadora que se proponía superar la triple fragmentación del derecho (territorial, sistemática y social)⁵³. Quien se contente con esta definición, encerrándola en una formulación dogmática, no se verá presionado para “leerla” a la luz de la historia. Por el contrario, antepondrá el concepto a la historia y adaptará, sin escrúpulos y alterándolas, las cosas que sucedieron exactamente. No podrá darse cuenta de un hecho importante: que la unificación social por fin conseguida no fue el apogeo de una larga evolución. De hecho, celebra una historia distinta por completo y que no confluye *en absoluto* en la del concepto ilustrado de codificación. Entre estos dos momentos, esto es, entre la ilustración y el *Code civil*, están las revoluciones burguesas que, al eliminar las estructuras feudales y estamentales, crearon los presupuestos de la unificación social⁵⁴.

V. Indicaciones bibliográficas

1. Una transformación a escala europea

Las monografías y los ensayos que empezaron a aparecer en los años sesenta y en los que se indagaba conscientemente sobre el trasfondo político y social de la codificación son los testimonios más tangibles de la transformación y del nuevo punto de vista que se iba divulgando poco a poco al respecto.

En *Italia*, por ejemplo, los trabajos de:

- Giovanni Tarello⁵⁵,
- Paolo Ungari⁵⁶,
- Domenico Corradini⁵⁷,

53 Así, por ejemplo, Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 54 ss.

54 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 35-41.

55 G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*. Parte prima, Genova 1971, y la minuciosa recensión de M. Sbriccoli, *Quaderni fiorentini* 1 (1972), pp. 422-429; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit.

56 P. Ungari, «Per la storia dell'idea di codice», *Quaderni fiorentini* 1 (1972), pp. 207-227; Íd., «Saggi recenti in tema di Codificazioni», *Quaderni fiorentini*, 2 (1973), pp. 778-787; Íd., *L'età del Codice Civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, sin fecha (pero es de 1967).

57 D. Corradini, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971.

- Pietro Barcellona⁵⁸,
- Carlo Ghisalberti⁵⁹,
- Natalino Irti⁶⁰,
- Nicolò Lipari⁶¹,
- y finalmente Raffaele Teti⁶².

Para *Francia* los de Jean Maillet⁶³, André-Jean Arnaud⁶⁴ y Michel Miaille⁶⁵. Para *Alemania*, en primer lugar, las numerosas contribuciones de Franz Wieacker⁶⁶, a las que siguieron pronto las investigaciones de Elisabeth Fehrenbach⁶⁷, Dieter Grimm⁶⁸ y Thomas Vormbaum⁶⁹, junto a las publicaciones de fuentes legislativas, que últimamente proliferan de for-

58 Barcellona, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit.; Íd., *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973.

59 C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia* (véase supra nota 29); Íd., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma/Bari 1985.

60 N. Irti, *L'età della decodificazione*, 4.ª ed., Milano 1999.

61 N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma/Bari 1974, especialmente pp. 1-67.

62 R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990.

63 J. Maillet, «Réflexions sur les condition historiques des codifications modernes», *RHDFE* 46 (1968), pp. 695-696; Íd., *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, cit.

64 A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969; Íd., *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, cit.

65 M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris 1977; Íd., *L'Etat du droit*, Paris/Grenoble 1978.

66 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., Göttingen 1967, pp. 322 ss.; 468 ss.; 488 ss.; Íd., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, cit.

67 E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3.ª ed., Göttingen 1983.

68 D. Grimm, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung* (cfr. supra nota 31); Íd., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Sammlung von Aufsätzen), Frankfurt am Main 1987. Por último, una ojeada retrospectiva interesante y resumida, «Die soziologische Herausforderung», publicada en una original antología: *Werksbesichtigung Geisteswissenschaften. Fünfundzwanzig Bücher von ihren Autoren gelesen*, ed. de H. Ritter, Frankfurt am Main 1990, pp. 202-209.

69 T. Vormbaum, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation. Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin/New York 1977.

ma casi salvaje⁷⁰. Para *Austria*, se recuerdan las investigaciones de Heinrich Strakosch⁷¹ y, finalmente, para *España* las de Bartolomé Clavero⁷², Francisco Tomás y Valiente⁷³ y Carlos Petit⁷⁴.

2. *Transformaciones en miniatura*

También la historiografía suiza se tropezó, obviamente, con esta transformación, con cierto retraso sin embargo y quizá no de forma radical por motivos que intentaré analizar. En todo caso, se puede observar que en el curso de los últimos diez años el punto de vista preferido hasta entonces, subyacente aún en el gran trabajo de síntesis de Ferdinand Elsener⁷⁵, se enriqueció con viejas dudas y nuevos instrumentos que hicieron accesibles terrenos hasta entonces inexplorados. Así, algunas codificaciones cantonales se han mostrado recientemente bajo una nueva óptica, gracias al empleo de lentes hasta ahora inusuales y con resultados nada desdeñables. Pienso en los estudios de Gabriello Patocchi sobre el *Codice civile* del Tesino de 1837, de Isabelle Augsburger-Bucheli sobre el *Code civil* de Neuchâtel de 1853-1855, así como en la disertación en Berna de Hans-

70 H.H. Jakobs, W. Schubert (ed.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin/New York 1978-1991, hasta ahora 14 volúmenes; W. Schubert (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin/New York 1980-1986; W. Schubert, B. Schmiedel, C. Krampe (ed.), *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, 3 vols., Frankfurt am Main 1986-1988.

71 H.E. Strakosch, *State Absolutism and the Rule of Law. The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753-1811*, Sydney 1967; Íd., *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811)*, München 1976.

72 B. Clavero, «Codificación y constitución: paradigmas de un binomio», *Quaderni fiorentini* 18 (1989), pp. 79-145; Íd., «Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice», en *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 19 (1989), pp. 95-129.

73 F. Tomás y Valiente, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989.

74 C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990.

75 F. Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich 1975. La segunda parte, que se publicó originariamente en 1969, es particularmente instructiva (pp. 273 ss., «Die Rechtsschulen des 19. Jahrhunderts und die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch»).

Peter Geissmann, que analiza en detalle el modelo social que inspiró el código de Aargau elaborado entre 1847 y 1855⁷⁶.

Junto a estas investigaciones, se intenta cada vez en mayor medida interpretar la historia del Código civil suizo desde una perspectiva histórico-social, y ya no solo histórico-dogmática, con ayuda de la publicación del inventario de los materiales legislativos⁷⁷. Así, se presta atención recientemente al impacto de las reivindicaciones sectoriales en la redacción final del Código. Hasta ahora esto ha ocurrido con las peticiones presentadas por las organizaciones de mujeres⁷⁸ o por algunos partidos⁷⁹, pero de modo especial en orden a las reivindicaciones del estamento rural⁸⁰. Por

76 G. Patocchi, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837*. Diss. iur., Berna 1961; I. Augsburger-Bucheli, *Le Code civil neuchâtelois 1853-1855. Étude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Diss. iur., Neuchâtel 1988; H.P. Geissmann, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847-1855). Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Diss. iur., Bern 1991.

77 O. Gauye, «Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907», *SZG* 13 (1963), pp. 54-100. Muy instructivo L. Neuhaus, «Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern», *SJZ* 53 (1957), pp. 369-377.

78 Chr. Hausammann, E. Schaller, *Die Postulate der Frauenorganisationen und ihre Berücksichtigung bei der Ausarbeitung des ZGB*. Unveröffentlichte Lizentiatsarbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern 1979; D. Manaï, *Eugen Huber Jurisconsulte charismatique*, Basel/Frankfurt am Main 1990, pp. 116-123; B. Mesmer, *Ausgeklammert-Eingeklammert, Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*, Basel/Frankfurt am Main 1988, pp. 231, 240 ss.

79 K. Rothenbuehler, *Die Postulate der Sozialdemokraten zur Kodifikation des Zivilrechts in der Schweiz*, Unveröffentlichte Seminararbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1982. Sobre el encuentro de Eugen Huber con la ideología socialdemócrata, *cfr.*, de momento, P. Caroni, «Anton Menger ed il Codice civile Svizzero del 1907», *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975), pp. 273-318, especialmente 299 ss.; Manaï, *Eugen Huber*, cit., pp. 10-12, 32.

80 R. Steppacher, «Rechtsvereinheitlichung als Rechtserneuerung. Die Bauern und die Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene in der Schweiz», *ZNR* 9 (1987), pp. 152-183; Íd., *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR. Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Diss. iur., Bern 1991. Sobre la misma problemática en el seno del derecho privado cantonal, *cfr.* Geissmann, *Das ABGB für den Kanton Aargau*, cit., pp. 392-412.

último –tras años de constante pero secreta admiración–, también se encontró involuntariamente ante las candilejas Eugen Huber, el artífice del Código civil, un personaje verdaderamente carismático al que habíamos colmado de tantas alabanzas que se habían despreciado sus rasgos más humanos, así como, en última instancia, sus límites⁸¹.

VI. *La lógica y los motivos del desencanto*

1. *Introducción, o la inevitabilidad del rodeo*

Llegados a este punto, es natural preguntarse: ¿debemos contentarnos con percibir esta transformación y describirla a base de algunos ejemplos, o debemos intentar además explicarla, esto es, comprender *por qué se ha producido*? Si parece adecuado emprender este último camino es, probablemente, porque en esta transformación se reflejan, no tanto cambios autobiográficos, cuanto cambios que han implicado a toda la sociedad. Si de verdad fuera así –y quien escribe está convencido de ello–, debería ser posible explicar el cambio ocurrido de otro modo que no sea con la trillada alusión a la sabiduría de los descendientes o a la dinámica intrínseca del progreso. Si hoy consideramos y evaluamos la evolución de otro modo es porque nosotros mismos somos diferentes, pues vivimos en una sociedad asediada por sus preocupaciones específicas y, por ello, nuevas. Aquí se encuentra la confirmación de una verdad banal (pero a menudo olvidada): contemplamos la historia únicamente a través del presente, solo distinguimos el fragmento iluminado ocasionalmente por el presente. De un modo más sencillo aún: «En la vida diaria, es ante todo la ideología de nuestra sociedad la que nos hace ser consciente de algo»⁸². Pero todos los rodeos, tanto los emprendidos libremente como los que impone la naturaleza humana, tienen su lado fascinante, cuando no seductor. En nuestro caso, nos obligan a reflexionar sobre la sociedad actual y sobre los problemas en los que se debate; que es como decir: al observar la realidad conseguimos descifrar (al menos parcialmente) el pasado.

81 Manai, *Eugen Huber*, cit. Sobre esta biografía, en detalle, P. Caroni, «Il mito svelato», *ZSR NF* 110 (1991), I, pp. 381-419.

82 «Dans la vie de tous les jours, c'est d'abord par l'intermédiaire de l'idéologie de notre société que nous devenons conscients de quelque chose» L. Dumont, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977, pp. 26-30. El pasaje se cita en p. 27.

2. *El sacrificio de la libertad contractual: la vuelta a lo social*

En 1904 concluía James Joyce su *A Portrait of the Artist* con un dicho sibilino: «El orden competitivo se vuelve contra sí mismo»⁸³. Entonces ya no era una simple profecía, y a lo largo del siglo se confirmó todavía más dramáticamente: sancionó el hundimiento de la libertad contractual, desenmascaró de modo despiadado la ilusión de igualdad que caracterizaba inicialmente al modelo jurídico burgués y produjo su correspondiente declive; porque las ilusiones, como lo invisible y lo imaginario, pueden tener una historia real y convincente⁸⁴. Así pues, la afirmación de Joyce –que podría ser confirmada con otras muchas citas– es válida en cuanto no vincula la verdadera evolución a la acción de factores exógenos, y mucho menos la explica como una eliminación imprevista o casual. La considera más bien como la verificación de un *peligro endógeno*, y por ello considera la implícita supresión de la libertad contractual como un hecho verdaderamente previsible e indudable, pues era conforme a la lógica subyacente en las opciones de la codificación. Precisamente esta visión desencantada del presente nos lleva a observar con otros ojos el contexto histórico de la codificación. Históricamente, quiso presentarse como un intento memorable de reconciliar el liberalismo y la democracia, lo que hubiese abierto unas perspectivas útiles para la cooperación entre la libertad y la igualdad. Quien intentase además comprobar con calma el resultado concreto de este propósito, quizá liberando el texto escrito de la jaula en la que le había aislado y encerrado el formalismo jurídico, debería admitir finalmente que las cuentas (apresuradas y también un poco ingenuas) no salen. ¿Por qué? Porque era imposible que salieran bien. El liberalismo y la democracia, más allá de las hermosas (y agradables) esperanzas, permanecieron como enemigos irreconciliables, como lo podrían atestiguar otros episodios a lo largo del siglo⁸⁵. La ambivalencia entre la libertad y la igualdad se resolvió pronto a favor de la primera: quien hacía referencia a ella generalmente reforzaba las desigualdades existentes y provocaba otras completamente nuevas. A quien objetase que es fácil criticar *ex post* y que las cosas bien podrían haber evolucionado de otra

83 “The competitive order is employed against itself”. J. Joyce, *A Portrait of the Artist as a Young Man*, ed. de Chester G. Anderson, Londres 1968 (reed. 1977), p. 266.

84 Al respecto, es estimulante P. Ariès, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen Age à nos jours*, Paris 1975, pp. 98-99.

85 Persuasivo sobre este punto Wieacker, *Industriegesellschaft*, cit., pp. 10-15; Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 146-155.

forma le recordaría lo que establecía, *ya en 1799*, un proyecto constitucional de la República Helvética: «La libertad no entraña la igualdad»⁸⁶.

3. *Una cuestión social irresoluta: la vuelta a lo político*

Aún ocupan la actualidad los antagonismos sociales que siguieron a la industrialización en la segunda mitad del siglo XIX, transformándose rápidamente en una «cuestión social» que amenazaba la propia existencia de la sociedad entera. Si hoy incomodan menos, de manera que no debemos ni siquiera avergonzarnos por ello, es solo porque los ocultamos cuidadosamente. En efecto, exportamos el problema (complicando de este modo la problemática del tercer mundo) o, mejor, lo reprimimos (como lo atestiguan dramáticamente los descubrimientos más recientes sobre la llamada «nueva pobreza»). Ojalá nos planteemos cada vez más insistentemente la pregunta de cómo se le puede poner remedio. Dado que una socialización eficaz del derecho privado destinada a obtener efectos compensatorios, esto es, a transferir y redistribuir la riqueza, seguirá siendo ilusoria en tanto que las estructuras que mantienen este derecho sigan siendo burguesas, la intervención directa del Estado parece ser hoy la única capaz de resolver los problemas sociales más preocupantes; de un Estado que podrá dedicarse a ello o bien promulgando derecho social (público), o bien intensificando la cooperación práctica con los particulares. Todo esto es característico de una evolución que ocurre ante nuestros ojos y que podremos definir como una transformación gradual del Estado, que se distingue por el constante aumento de las tareas estatales. En resumen, hasta aquí, ninguna novedad, si no fuese porque la tendencia se acentúa de forma constante hasta el punto de inquietarnos cada vez más. Por ello nos preguntamos sobre la oportunidad de estas opciones y, en particular, si esta es la vía adecuada para el futuro; si no se estarán delegando de este modo, en un aparato burocrático gigantesco transformado en Estado social, demasiadas competencias que rozan peligrosamente la esfera privada de los ciudadanos (con la correspondiente amenaza de un totalitarismo larvado y con consecuencias psicológicas para los destinatarios mucho más negativas que las que provoca la indigencia material); finalmente, si la financiación de estas funciones asistenciales cada vez más

86 “Die Freiheit schliesst die Gleichheit nicht in sich”: *Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik*, ed. de J. Strickler, vol. 4, (abril-septiembre 1799), Bern 1892, p. 1326.

frecuentemente asumidas por el Estado, o que le son asignadas cada vez con mayor regularidad, estará siempre garantizada, etc. Estas explicaciones no son el prelude de un sermón, sino que pretenden solo describir una situación que obliga a los juristas a relativizar cada vez más la fuerza expresiva de sus propias categorías conceptuales, cuando no incluso a ponerlas en duda. El mismo discurso es válido también para la subdivisión (en absoluto apriorística) de todo el ordenamiento jurídico en derecho público y derecho privado⁸⁷. Si su fuerza descriptiva se debilita cada vez más, ello ocurre precisamente a consecuencia de la evolución descrita; en muchos lugares ha eliminado la línea que separaba al Estado de la sociedad, tendiendo a aproximar ambos universos, de modo que las medidas sociales con las que el Estado satisface expectativas cada vez más urgentes se encuentran ahora *a caballo del límite* entre lo público y lo privado. Todo esto parece confirmar, entre otras cosas, la hipótesis de que, tanto esta dualidad, como la separación subyacente en ella entre el Estado y la sociedad, jamás tuvieron un valor absoluto ni tampoco delimitaron realmente espacios para la autonomía entre unos y otros, sino que quisieron más bien sancionar formas más o menos disimuladas de colaboración, no obstante, armoniosa⁸⁸.

Finalmente, esta suposición nos lleva de nuevo a la codificación y nos la muestra ahora bajo un punto de vista diferente. Hasta ahora se imponía como el símbolo de un derecho privado autónomo que era, por ello, apolítico; más exactamente, de un derecho privado cuya lógica escapaba obstinadamente a la intervención estatal. Pero hoy esta “lectura” es dudosa, y lo atestigua precisamente el cambio de temática arriba descrito. Nos damos cuenta de repente de que la separación solo era o, mejor, podía ser una modalidad (más o menos camuflada) de cooperación; que, por lo tanto, la codificación sin referencia a lo «político» o sin tener en cuenta el contexto jurídico que la incluía ofrecía un mensaje incompleto e incomprensible. Por este motivo, examinamos este contexto jurídico de modo cada vez más puntilloso, sobre todo respecto a las situaciones en las que se confirmó con particular virulencia: en la época de la elabora-

87 Consideraciones generales sobre este punto en Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 101 ss.

88 Primeras indicaciones provisionales en esta dirección, Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 132-134.

ción de las grandes codificaciones⁸⁹ o en la época de la guerra, cuando era preciso corregir rápidamente y con eficacia el correspondiente ordenamiento del derecho privado en vigor⁹⁰. Permítaseme por ello resumir así: puesto que el presente nos enseña que el contexto político (y por lo tanto jurídico-público) contribuye de modo determinante a precisar el valor del derecho privado codificado⁹¹, hemos comprendido que también las codificaciones históricas eran capaces de ocupar solo el espacio que, a lo largo del tiempo, les adjudicó el Estado y el (restante) ordenamiento jurídico. Estas operaciones, que aislaban espacios y atribuían competencias, son –justamente como las siguientes y constantes observaciones y delimitaciones– fenómenos íntimamente ligados a la historia de la codificación, dignos por ello de ser tenidos en consideración de modo serio y constante.

4. *La época de la descodificación*⁹²

Con esto, llego ahora a una tercera consideración en la confluyen sin esfuerzo las reflexiones anteriores y que quizá explica mejor por qué interpretamos hoy de otra manera la historia de la codificación. Creo que es posible *porque la vivimos por primera vez como auténtica historia*, es decir, como una parábola temporal cuya curva desciende lentamente. Nuestra época es, según la acertada intuición de Natalino Irti, «la edad de la descodificación»⁹³, esto es, la época en la que todas las convicciones que convertimos en el núcleo constitutivo de nuestra teoría de la codificación

89 En este sentido, por ejemplo, H.P. Benoehr, «Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts», *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 8 (1977), pp. 187-218.

90 Para Suiza, *cfr.* R. Haab, «Krisenrecht», *Basler Universitätsreden*, Heft 8, Basel 1936; K. Oftinger, «Die Vertragsfreiheit», en *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, pp. 46-62, así como la bibliografía posterior citada en p. 46 nota 1. Para Alemania, Wieacker, *Industriegesellschaft*, cit., pp. 26 ss., 39; U. Spellenberg, «Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?», en *Recht im sozialen Rechtsstaat*, ed. de M. Rehbinder, Opladen 1973, pp. 23-67, especialmente 34 ss. Para Italia, por ejemplo, F. Vassalli, «Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato», *Rivista di diritto commerciale* I (1919), pp. 1 ss. Además, C. Salvi, «La giusprivatistica fra codice e scienza», en *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, ed. de A. Schiavone, Roma/Bari 1990, pp. 233-273, especialmente 251 ss.

91 Caroni, *Liberale Verfassung*, cit., pp. 21-22.

92 Para una introducción al tema, véase Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 96 ss.

93 *L'età della decodificazione* es el título del conocido libro, que apareció en 1999 en su cuarta edición y apenas se tomó en consideración al norte de los Alpes.

se desmoronan lentamente y además son sustituidas por modalidades legislativas de diferentes tipos. Dado que la evolución está ocurriendo, me contentaré aquí con poner de relieve sus aspectos adecuados para corroborar la tesis que vengo sosteniendo.

Exteriormente, la descodificación consiste en un movimiento de reflujo que anula y reniega de la unificación social y sistemática sancionada por el código. Por ello, este último deja de ser el epicentro del ordenamiento jurídico privado, se debilita progresivamente y es marginado por el nacimiento de leyes especiales de igual rango y, por consiguiente, autónomas⁹⁴. Es obvio que esto no sucede por casualidad o sin motivo; es consecuencia más bien de una evolución social que puede prescindir ahora de la participación uniforme de todos los destinatarios jurídicos –tal como la había proyectado la codificación burguesa–, porque los individuos o los grupos se apartan de esta estrategia y reclaman por parte del Estado un tratamiento específico (y que, en este sentido, les privilegie formalmente); por parte de un Estado, además, que favorece explícitamente esta evolución porque renuncia a esconderse tras la protección de su *imperium* y se abre a la cooperación, a la participación democrática, a la colaboración y a la división del trabajo con el ciudadano; de un Estado que interviene cada vez más recurriendo al acuerdo y al contrato y, por consiguiente, también a la sanción de un derecho especial. De Estado soberano y autoritario se convierte ahora en un Estado que actúa por consenso y es, por lo tanto, accesible a las reivindicaciones específicas de grupos y sectores, por lo cual se multiplican las situaciones en las que este Estado converge con los grupos sociales en un plano de absoluta paridad para ponerse de acuerdo en soluciones jurídicas decididamente sectoriales; lo que, con el paso del tiempo –dicho sea entre paréntesis– podría hacer vacilar la concepción del Estado de derecho.

Volviendo a nuestro tema, ahora sucede que, como ocurrió con frecuencia en el pasado y como lo ponen de manifiesto tal vez de modo despiadado nuestras experiencias personales, de repente, se viven y se ven de otra manera, más nítida e intensa, las cosas que quizá podrían perderse

94 Puesto que últimamente no se me ha ahorrado el reproche –lleno de humor– de experimentar entusiasmo por la codificación» (*ZNR* 12 [1990], p. 98), quisiera precisar explícitamente que todas las expresiones y metáforas con las que intento describir la evolución descodificadora (movimiento regresivo, desintegración social, desgaste del código, etc.), las propongo sin carga negativa alguna.

de repente y a las que, presumiblemente, se debería renunciar. En otras palabras, el presentimiento de la inminente separación o de una pérdida que nos afecta crea la distancia que permite considerar la experiencia vivida hasta el momento como *pasado*, es decir, como una evolución concluida cuya historicidad es, por vez primera, completamente comprensible y puede por ello concebirse de un modo diferente. Por este motivo asociamos hoy a la idea de codificación otros valores y, quizá, puntos de vista muy diferentes.

5. *La abstracción regresiva*

La evolución política y social descrita hasta ahora no solo ha ampliado considerablemente el anterior horizonte temático de la historia de la codificación, sino que ha descubierto el modelo pedagógico que le era propio. Capturado por el formalismo jurídico-conceptual que la pandectística alemana elevó a la quintaesencia de un método por ello consideró rigurosamente científico, dicho modelo animó a generaciones de juristas a concentrarse en los elementos puramente jurídicos y a expulsar de su campo de observación y de actividades los aspectos metajurídicos (como eran, por ejemplo, los morales, los económicos y los políticos). Favorecía la *abstracción*, porque la consideraba como una premisa que garantizaba la objetividad y la neutralidad de la ciencia jurídica, y porque estimaba que la aplicación o la combinación puramente conceptual de normas legales abstractas podían ser compartidas solo si respondían a las leyes de la lógica formal. De este modo, durante decenios, los juristas no tuvieron ojos más que para sus conceptos y descuidaron de forma deliberada todo lo que comprometiera sus convicciones. Esto explica también por qué ignoraron, entre otras cosas, la *Rechtssoziologie*, esto es, la obra escrita por Max Weber entre 1911 y 1913 que proponía por vez primera un punto de vista muy diferente, cuando no desmitificador, de la codificación.

Quien se pregunta hoy sobre el valor político-jurídico de la abstracción codificadora tiene una opinión diferente. Ya no ignora que la abstracción, lejos de atenuar o suprimir las desigualdades en las relaciones personales, se contentó en realidad solo con ocultarlas. Tras lo cual, continuaron manifestándose y condicionando –aunque de distinta forma– la vida social a través, precisamente, de un principio de igualdad puramente formal⁹⁵. De hecho, no es posible comprobar la “realidad” de esta igualdad

95 Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 64-67.

sin vincularla a las desigualdades materiales. La evolución política y social nos enseña que tampoco es concebible la historia de la codificación sin antes haber recuperado y evaluado todo lo que se ocultó o se suprimió por una pérdida de la materialidad poco menos que obsesiva. O bien: solo la abstracción regresiva permitirá tener una perspectiva real de la codificación.

6. *Sobre el retraso helvético*

También en la historiografía jurídica suiza –como ya dije– se transformó lentamente la temática de la codificación. Pero ocurrió con un cierto retraso que sorprende y se explica por estar presumiblemente vinculado a una postura desfavorable a las estrategias descodificadoras⁹⁶. ¿Cómo interpretar, pues, este giro tardío? ¿Aludiendo por enésima vez –estereotipada y monótonamente– a la apatía cultural del país o a la letargia espiritual que sigue a la riqueza material? El *topos* –como también su contrario⁹⁷– es conocido, pero en nuestro caso explicaría muy poco. No es necesario remitir a situaciones patológicas. En definitiva, basta con tomar en serio la historia del país, sobre todo los aspectos que, desde siempre, constituyeron la excepción. ¿Con qué resultados?

a) Uno de estos aspectos, que atraviesa muchos siglos de historia confederada como un hilo conductor, se refiere a las estructuras políticas. Si bien diferenciadas desde el punto de vista material, temporal y territorial, no se les puede negar un origen común: *fueron de tendencia democrática y republicana*, aunque, obviamente, solo en la acepción preburguesa de estos términos. Esta tradición –puesta de relieve sin *pathos* alguno– influyó también en la historia decimonónica, pues provocó una específica relación entre Estado y sociedad, que se manifiesta, no tanto como una separación apodíctica, sino como una diferenciación que organiza ámbitos complementarios y dependientes unos de otros⁹⁸.

Probablemente por este motivo y porque siempre se estuvo dis-

⁹⁶ De modo resumido, Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 98-99. Sobre el rechazo de la descodificación *cfr.*, por ejemplo, E.A. Kramer, «Die Lebenskraft des Schweizerischen Obligationenrechts», *ZSR*, NF 102 (1983), I, pp. 241-276, en especial pp. 263 ss.

⁹⁷ *Cfr.* por ejemplo, S. Zweig, *Die Welt von gestern. Erinnerungen eines Europäers*, Frankfurt am Main 1981, p. 339; C. Seelig, *Wanderungen mit Robert Walser*, Frankfurt am Main 1977, pp. 63, 74, 78, 168. Los ejemplos, propuestos sin orden alguno, podrían ser confirmados con otras abundantes citas.

⁹⁸ Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 125-155, especialmente 125-126, 132, 154-155.

puesto a vivir el influjo recíproco y la compenetración parcial de ambas esferas como una situación totalmente regular e incluso aconsejable, en Suiza tampoco se llegó nunca a separar o a aislar la ciencia del derecho privado de la sociedad y de la política. En este país, la civilística se convirtió más bien en una disciplina, dada su muy reducida autonomía, como se puso en seguida de manifiesto al compararla con la evolución francesa o alemana; una disciplina, por consiguiente, que rechazaba la jurisprudencia de conceptos alemana⁹⁹ y para la cual la vocación social del derecho privado se convirtió en una finalidad tradicional –no más tarde de la codificación del derecho privado de Zürich (1853-1855)¹⁰⁰ y de modo constante hasta el Código civil suizo–. Por ello, no sorprende que ya antes de las transformaciones sociales y políticas que se acaban de referir, la codificación no fuese nunca considerada como un fenómeno puramente jurídico o como el resultado de una elaboración exclusivamente dogmática, sino como un conjunto de reglas en las que era muy visible en todo momento la existencia, pero también los límites, de opciones políticas y sociales muy claras. La amplia investigación de Iso Keller publicada en 1947 sobre los aspectos éticos y técnicos de las modernas codificaciones¹⁰¹, así como la interpretación del Código civil suizo de Peter Liver a la luz de las relaciones entre «individuo y colectividad» y «tradición y reforma»¹⁰² son ejemplos significativos de la temprana atención a los aspectos «no dogmáticos» de la evolución de la codificación; de una atención que no esperó a la tan discutida transformación para obtener resultados espectaculares.

99 Léanse las breves observaciones de A. Egger, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2.^a ed., Zürich 1950, p. 45; A. Simonius, «Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du CO», *Semaine judiciaire* 71 (1949), pp. 201-224; Íd., «Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts», *ZSR*, NF 71 (1952), I, pp. 237-273; H. Peter, «Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz», en *Festschrift K.S. Bader*, Zürich/Köln/Graz 1965, pp. 321-342. El tema es además complejo y sería retomado finalmente con un interés muy diferente.

100 Sobre la codificación del derecho privado de Zürich, que suscitó gran admiración en mi patria y en el extranjero, *cfr.*, por ejemplo, Liver, *Allgemeine Einleitung*, cit., pp. 25 ss., notas 39 ss.

101 I. Keller, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947.

102 Liver, *Allgemeine Einleitung*, cit., pp. 39-52, notas 76-115.

b) Sin embargo, es poco probable que baste con esta primera reflexión para dar cuenta de todas las peculiaridades de la historiografía suiza al respecto. Así, indagando sobre otros motivos, nos encontramos con la proverbial renuencia a “leer” la codificación como una normativa unilateral y, por consiguiente, discriminatoria, cuando no incluso clasista. Esto no contradice la hipótesis antes expresada (parágrafo a), pues también el método elegido para vincular una ley a su trasfondo social delata opciones políticas; por ello no tiene que llevar necesariamente a desenmascarar las tendencias antagónicas, sino que puede, por ejemplo, interpretar la ley como un feliz compromiso que reconcilia a las clases y contribuye a integrarlas en el tejido político y social. La diferente reacción de los socialistas alemanes frente a los proyectos de código demuestra que estas dos interpretaciones no se quedaron solo en la teoría¹⁰³.

En todo caso, un régimen político que presupone tradicionalmente la participación democrática favorece también un punto de vista que pocas veces interpreta las decisiones tomadas como una prueba unilateral de fuerza. De este modo, el código se convierte automáticamente en reflejo de la tradición democrática, en símbolo de todo lo que «la nación mantiene unido»¹⁰⁴. Quien no lo acepte *a priori* como un compromiso democrático, recordando, por ejemplo, que también nosotros –a pesar de la democracia– solo somos una sociedad de desiguales; quien, en consecuencia, considere que el código es más el reflejo de esta situación social que un ordenamiento objetivo, neutral e indiferente o (lo mismo da) complaciente por igual con todos, viola una tradición sagrada y es marginado. Quizá por miedo a ello, nos opusimos durante mucho tiempo a un examen que incidiera en la dialéctica social de los códigos¹⁰⁵.

VII. Consideraciones finales

¿Qué es lo que permanece al final de este largo viaje por el panorama co-

103 Cfr. sobre este punto los autores citados con anterioridad: Vorbaum y Rothenbuehler (notas 69 y 79), así como la breve exposición «Die Postulate der sozialdemokratischen Partei zum eidgenössischen Zivilgesetzbuch», *SJZ* 2 (1905-1906), pp. 4-7.

104 “Die Nation zusammenhält”. Así el consejero nacional de Berna R. Brunner, *Über das Schweizerische Obligationen und Handelsrecht*, Bern 1880, p. 36.

105 Testimonios y consideraciones ulteriores en Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 98-99; 130-131; 154-155.

dificador, que se ha mostrado finalmente como el lugar de encuentro ideal de muchas estrategias, transformaciones y evoluciones, así como de sutiles operaciones ideológicas?

Por un lado, la certeza de haber ampliado la temática anterior, incluyendo muchos aspectos hasta ahora desconocidos. Pero, no obstante, estaría fuera de lugar hablar de descubrimientos o de progresos. Si hoy vemos más (aunque también esto es discutible), no es en modo alguno porque seamos más inteligentes, sensatos o experimentados, sino más bien, como antes he destacado, porque vivimos en otra época. Los lentes con los que contemplamos el panorama tradicional son distintos y, por ello, descubren nuevos detalles. Por eso, incluso el concepto de codificación que manteníamos implícitamente y que orienta la investigación en una determinada dirección no es por ello el concepto justo, sino solo *nuestro* concepto, que las generaciones venideras relativizarán o eliminarán con el mismo derecho con el que criticamos las antiguas opciones. Me parece un deber recordarlo al término de este balance casi autobiográfico. Tampoco debo callar que durante su redacción tenía muy presentes las palabras con las que el poeta recuerda el derecho de los descendientes a pensar de otra manera sobre el pasado:

Las cosas que nos parecieron tan espléndidas y justas
sabrán mostrárnoslas, ellos, insensatas y vanas,
variando cosas idénticas sin demasiada fatiga,
como nosotros dijimos de otro modo palabras antiguas¹⁰⁶.

Con esto no se quiere negar en absoluto que, ocasionalmente, puedan conseguirse resultados más duraderos que sobrevivan al cambio de las opiniones y de las temáticas y que difundan parte de esa seguridad que normalmente solo saben transmitir los árboles genealógicos. Esto vale también en cuanto al tema estudiado en este ensayo, porque considero que hay al menos dos observaciones, recogidas a lo largo del camino, que no pueden ser eliminadas tan fácilmente del horizonte de la codificación.

a) En primer lugar, la convicción de que no es imaginable una descripción creíble del papel reivindicado por el derecho codificado en una determinada sociedad histórica sin tener en cuenta el trasfondo político y social del código o sin remitirse al modelo social subyacente, precisamen-

106 C. Kavafis, *Poesie nascoste*, Milano 1974, p. 85.

te porque las codificaciones de las que nos hemos ocupado con preferencia –esto es, las de origen burgués– eran hijas de la abstracción y fruto de una elección que tuvo repercusiones sociales considerables.

b) En segundo lugar, la convicción de que ninguna codificación pudo limitarse a proponer o a confirmar la realidad, porque tampoco ninguna logró ser de modo exclusivo el fiel reflejo del ordenamiento jurídico vigente. Con esto se quiere afirmar, sin embargo, que toda codificación, consciente o inconscientemente, trascendió siempre la realidad y la configuró de nuevo de manera más o menos completa¹⁰⁷. Esto vale *también* para las codificaciones que solo tendían a la reelaboración formal del derecho aún vigente y que, por lo tanto, se presentaban gustosamente como meras compilaciones, entre otras cosas porque la *confirmación* de la realidad siempre provocó su *transformación*.

107 Sobre el hecho de que toda codificación modifica automáticamente el derecho anterior, *cf.* Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 56, 73-75.

LAS CODIFICACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y SUS POSTULADOS FUNDAMENTALES

Il faut de l'économie, du travail opiniâtre, de la solidité, et l'absence de toute illusion dans une tête, pour tirer parti de la machine à vapeur. Telle est la différence entre le siècle qui finit en 1789 et celui qui commença vers 1815.

Stendhal, *Armance ou quelques scènes d'un salon de Paris en 1827*, *Avant-propos*.

1. *Por qué las codificaciones burguesas no pueden considerarse la culminación de la producción legislativa del absolutismo*

La presente colaboración quiere ser, como debería ya traslucirse del título, un intento de indagar lo que constituye la estructura fundamental de las codificaciones del derecho privado: cómo fueron imaginadas, formuladas y promulgadas en la mayor parte de los países europeos tras las revoluciones burguesas. Formaba parte originariamente de las actas de un coloquio dedicado a la historia de la legislación en la Edad moderna, que se proponía prácticamente concluir la parábola centrándose de forma especial en la codificación. Lo que no suscitó ninguna objeción ya que entre la legislación y la codificación existen numerosos vínculos, tanto genéticos como sustanciales. No obstante, un planteamiento de este tipo no está desprovisto de peligros en la medida en que puede dar lugar a ambigüedades que, por el contrario, hubiéramos podido conjurar al comienzo si se hubieran subrayado más las diferencias que las semejanzas.

Si se acomete el tema de la codificación tratando previamente el sistema de fuentes del *ius commune*, el riesgo mencionado resulta sin

duda más limitado. En efecto, habremos de ocuparnos de dos sistemas fundados en premisas divergentes, caracterizados en particular por una diferente gradación de las fuentes (aquí predominio de la *scientia iuris*, allá de la ley). Dos sistemas que, surgiendo de situaciones políticas concretas y no equiparables, y de horizontes conceptuales opuestos, lucharon entre sí frontalmente en la época del absolutismo para acabar sustituyendo el uno al otro. Aunque esta transición no fuera probablemente tan repentina ni lineal en cada uno de sus detalles como les gusta imaginar a los historiadores del derecho, no por eso la contraposición se atenúa o resulta menos problemática.

Por el contrario, la situación se vuelve más delicada y controvertida si se acomete el tema de la codificación en una discusión sobre la legislación con particular atención a su centralidad en una estructura de gobierno de cuño absolutista. Esto deriva del hecho de que este tipo de cronología incorpora o sugiere valores interpretativos muy precisos de los que, ciertamente, no es justo apropiarse sin un oportuno análisis crítico. Esto sirve, por ejemplo, para la tesis de que las codificaciones burguesas serían la conclusión natural y, al mismo tiempo, la culminación del proceso que en los siglos XVII y XVIII contempló la gradual consolidación de la legislación estatal. Es comprensible que quien interprete el desarrollo en estos términos espere mucho del proceso codificador, en concreto que le proporcione la prueba decisiva de la vitalidad de la nueva doctrina (ilustrada y iusnaturalista) sobre las fuentes jurídicas, resumiendo con ello las adquisiciones más significativas de todo el movimiento.

Ya que no comparto esta interpretación, pues la considero simplista e induce al error, deseo comenzar la reflexión mencionando algunas diferencias fundamentales entre legislación y codificación.

La *primera* diferencia se refiere al panorama político-constitucional (y iusfilosófico). La *legislación* se incluye en realidad en el escenario del iusnaturalismo precrítico, característico del absolutismo y que encontramos definitivamente en Austria en el pensamiento de Karl Anton von Martini¹. La teoría del derecho que derivaba de ella era, por consiguiente,

¹ Sobre este punto y lo que sigue, véase el informe sumario de B. Schmidlin, «Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller», en *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, ed. de W. Selb, H. Hofmeister, Wien/Graz/Köln 1980, pp. 192-209, en particular 198, 199, 203, 305.

una teoría de las obligaciones jurídicas, por cuanto se estimaba que los destinatarios de las normas tenían que hacer uso de los derechos de carácter objetivo que el ordenamiento jurídico les destinaba para su plena realización personal (así pues, desde una perspectiva moral típicamente eudemónica). El ordenamiento jurídico se transformaba de este modo en un catálogo de deberes del que surgía una serie inescrutable de *officia erga se, erga Deum et erga alios*. En cambio, en la base de la *codificación* se encuentra ese fenómeno de subjetivación del derecho que solo se volvió posible filosóficamente con el paso al iusnaturalismo crítico (es decir, kantiano). Fue especialmente decisiva la autonomía privada (en relación con el arbitrio) de cada uno de los sujetos jurídicos: a partir de ese momento los derechos inherentes del individuo serán formulados como meras facultades, libres de cualquier forma de obligación de ejercerlos por muy discrecional y objetivamente que haya sido determinada². Los catálogos de deberes se volvían, pues, inimaginables, así como cualquier otro tipo de instrucciones de uso. El derecho objetivo del código debía más bien detenerse ante la ciudadela de la autonomía privada. De este modo, el rasgo dominante del derecho llegó a ser lo *externo*, el único modo de fijar los límites formales con una función principal de garantía: «ya que la Constitución burguesa no es sino la condición jurídica a través de la cual se asegura realmente a cada uno lo suyo sin ser molestado ni limitado»³. Por consiguiente, se pudo afirmar, ciertamente con razón, que las codificaciones querían, «plantear correctamente el espacio de un mercado bajo responsabilidad propia y permitir disponer libremente de las energías individuales en esta liza mediante un orden normativo obligatorio para todos»⁴.

2 Esta construcción iusfilosófica tendrá que dejar pronto el terreno a una doctrina que correspondía mejor al modelo económico capitalista al afirmar implícitamente el deber de ejercer eficiente y productivamente los derechos subjetivos. A este respecto, véase *infra*, pp. 117 ss.

3 «Denn bürgerliche Verfassung ist allein der rechtliche Zustand, durch welchen jedem das Seine nur gesichert, eigentlich aber nicht ausgemacht und bestimmt wird», I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (ed. de K. Vorländer), Hamburg 1966, 1ª Parte, I, p. 65; una confirmación explícita en F. von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, 3ª ed. revisada y corregida, Wien 1819, § 76.

4 «Durch eine allgemeinverbindliche Normenordnung den Spielraum eigenverantwortlichen Handelns richtig abstecken und die individuellen Kräfte auf diesem Kampf-

De ello se sigue necesariamente una *segunda diferencia* entre legislación y codificación, esta vez relativa a los objetivos jurídico-políticos. La legislación del siglo XVIII traía origen de un derecho mayestático que excluía los poderes concurrentes y que, como tal, buscaba conseguir objetivos predeterminados autoritariamente, expresión de un mundo en el que el Estado y la sociedad estaban aún muy compenetrados. La omnipotencia y la ubicuidad del Estado eran su consecuencia y el intervencionismo el medio para reunirlos, tanto en el ámbito económico como en el jurídico. Por el contrario, las codificaciones sancionaban el retroceso del Estado y la emancipación de la sociedad. Y ya que a partir de ahora esta última se organizará según las reglas de la economía política “clásica”, confiando en las sinergias producidas por la mano invisible –gracias a las cuales habrían coincidido el interés privado y el bienestar común–, incluso el derecho privado será reestructurado en sentido garantista: ahora deberá limitarse a fijar las condiciones «bajo las cuales la autonomía de los unos pudiera unirse a la autonomía de los otros en busca de una ley general de libertad»⁵.

La tercera diferencia, que atañe al terreno político y social, es probablemente la más importante. En realidad, en el siglo XVIII la sociedad aún se caracteriza por una segmentación estamental que se refleja en el ordenamiento jurídico, determinando su fragmentación tanto personal como real. Las codificaciones, al contrario, al haber surgido en sociedades burguesas, pueden aspirar desde el primer momento a una regulación de carácter global. Esto sucede de dos maneras: por un lado, mediante la tendencia a abarcar de forma exhaustiva y unitaria todas las materias de derecho privado y, por otro, mediante la participación y la regulación uniformes de todos los miembros de la sociedad⁶. Mientras el primer postulado es realizado convirtiendo el código en el punto de referencia central del

platz walten lassen»; en este sentido F. Wieacker, «Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee», en *Festschrift für G. Böhmer*, Bonn 1954, pp. 34-50, la cita en p. 49.

5 «Unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann», Kant, *Metaphysik der Sitten*, cit., pp. 34-35; Íd., *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), II, «Einleitung»; F. von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., § 3.

6 Respecto a la estrategia tendencialmente unificadora sobre la que se funda el concepto de codificación aquí utilizado, véase P. Caroni, «Privatrecht»: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Frankfurt am Main 1999, pp. 54 ss.

nuevo sistema de fuentes jurídicas (lo que le proporcionó la exclusividad, al menos en sentido amplio), el segundo plantea toda una serie de cuestiones que son precisamente el elemento central de la presente colaboración.

2. *Cómo puede deducirse de la unidad la idea de una sociedad “igualitaria” en abstracto*

Es oportuno preguntarse, en primer lugar, cómo se puede describir concretamente la sociedad que se instaura y se organiza lentamente tras las revoluciones burguesas, es decir en qué medida fue, o debió ser, “igual” y “homogénea” para que, por vez primera, pudiera afrontarse el discurso de un derecho codificado unitario. Las respuestas a esta pregunta son, en cierto modo, diferentes⁷, pero no obstante debería aceptarse un hecho: que a causa de las revoluciones burguesas *los estamentos* perdieron gran parte de sus privilegios tradicionales. Conservaron quizá durante un tiempo sus prerrogativas económicas y continuaron gozando de prestigio social, pero en el ámbito político fueron neutralizados, abriendo de par en par las puertas a una “igualdad” hasta entonces solo vagamente imaginable. En cambio, no se puede decir lo mismo de toda una serie de desigualdades tradicionales de naturaleza económica y social que siguieron existiendo y se manifestaron incluso más violentamente, porque las revoluciones, después de todo, subvirtieron las antiguas estructuras comunitarias y las asociaciones que cumplían, bajo múltiples aspectos, una función compensatoria y, por ello, de reequilibrio. La crítica e incluso el rechazo de privilegios y discriminaciones –por muy innatos, hereditarios o estamentales que fueran– eran, desde luego, elementos de novedad respecto a la sociedad feudal, pero esto no implicaba en modo alguno una mayor homogeneidad o equidad de la sociedad posrevolucionaria. En última instancia, los obstáculos existentes fueron eliminados solo en la medida en que impedían el despliegue de la libre competencia (y, por lo tanto, incluso la concreción de la libertad contractual). Sin embargo, esta

⁷ Esto debe remitirse, después de todo, a las tesis mantenidas por A. Meyer (*The persistence of the old regime: Europe to the Great War*, London 1981). Por lo que me consta, estas tesis han sido poco o nada tomadas en consideración por los historiadores del derecho. Para una exposición completa, véase *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 45 (1990), pp. 692 ss.

última, en esencia, habría carecido de sentido si los hombres hubieran sido efectivamente iguales.

En general, los juristas (y con ellos los historiadores del derecho), ante la cuestión de saber cómo se le ha podido imponer un derecho igualitario a una sociedad de desiguales –porque es esto precisamente lo que se ha propuesto realizar con las codificaciones burguesas– se sienten incómodos. Se irritan por la coincidencia de situaciones y de postulados tan contradictorios; en estas condiciones, la unificación social del derecho privado puede parecerles la cuadratura del círculo. Con más frecuencia aún, ni siquiera están en condiciones de percibir el problema como tal. Habitados y expresamente educados para ver la sociedad a través de los anteojos del derecho, tomando por consecuencia en consideración solo los aspectos (parciales) que se reflejan de algún modo en el derecho positivo y partiendo pues del presupuesto de la (innegable) unidad del código, han deducido de ello una imagen de la sociedad (necesariamente) igualitaria. En los pocos casos en los que admiten y ponen de relieve las eventuales desigualdades, en general son mencionadas solo para subrayar su irrelevancia social (y su intrascendencia): en definitiva, el legislador, al evitar darles una cobertura normativa, las ha eliminado del campo de observación de los juristas, haciéndolas así desaparecer.

Dejemos por lo tanto a un lado, por el momento, esta descripción un tanto icástica y preguntémonos más bien cómo ha podido producirse tal estratagema. La respuesta es simple: mediante un procedimiento familiar a los juristas desde hace muchísimo tiempo⁸, pero que solo ha despegado literalmente con las codificaciones de derecho privado: la *abstracción*. En líneas generales, se trata de una operación intelectual mediante la cual se realiza una selección: por ejemplo, cuando algunos aspectos de una realidad social, de suyo homogénea y que no se puede descomponer, se consideran superiores y constantes y, por consiguiente, más representativos que otros. Normalmente, esta diferenciación selectiva de algunos aspectos comporta también un juicio de preferencia, es decir una específica comprensión de los problemas e, implícitamente, el desplazamiento o la descalificación de los elementos no tomados en consideración⁹. Es

8 Se pueden encontrar brillantes reflexiones a este respecto en R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 396 ss., 431 ss.

9 Véase, por ejemplo, Orestano, *Introduzione*, cit., pp. 351-352, 397-398; Íd., *“Diritto”. Incontri e scontri*, Bologna 1981, pp. 400, 450. Para la exposición general del

innegable que este procedimiento suscita numerosas críticas. Esto puede tener, desde luego, muchas explicaciones, pero a nosotros, más que el fenómeno ligado a la llamada «correcta comprensión del derecho»¹⁰, nos parece relevante el hecho de que las abstracciones se basen a menudo en «manipulaciones intelectuales»¹¹ que, bajo la apariencia de una rigurosa imparcialidad y de objetividad lógico-formal, allanan el camino a determinadas opciones jurídico-políticas¹².

3. *Los cambios en la materia determinados por el carácter de la subjetividad del ordenamiento de derecho privado*

Así pues, a los juristas les gusta hablar de la abstracción y lo hacen en los contextos más variados. Esto ocurre porque la tendencia a seleccionar y, por ello, a prescindir de la relación con la realidad, que es la base de este mecanismo, es propia de muchísimas situaciones jurídicas¹³. En este sen-

concepto filosófico de abstracción, véase, por ejemplo, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, ed. de J. Ritter, vol. 1, Basel-Stuttgart 1971, pp. 33-65; E. Rambaldi, «Astratto-Concreto», en *Enciclopedia Einaudi*, I, Torino 1977, pp. 1011-1060.

10 Me refiero explícitamente al título de la colaboración de W. Schild, «Verwissenschaftlichung als Entleiblichung des Rechtsverständnisses», en *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, Festschrift W. Trusen, Paderborn 1994, pp. 247 ss. Yo mismo utilicé expresiones semejantes, con independencia de este último estudio, en P. Caroni, «Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert», *ZNR* 16 (1994), pp. 243-271, en particular 262-263. En cualquier caso, la reprobación correspondiente se encuentra ya en F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 392, y fue formulada de manera especialmente acertada por J.C. Bluntschli en «Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich», *Der Beobachter aus der östlichen Schweiz*, 2 de febrero de 1844 (reproducido en parte también en H. Fritzsche, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931, p. 76).

11 En este sentido M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed. revisada, Tübingen 1972, p. 395.

12 Sobre este punto, véase P. Grossi, *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 1992, p. 13 (e Íd., en *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992, ed. de C. Peterson, Lund 1993, pp. 37 ss.)

13 Puesto que debería evitarse, dentro de lo posible, hablar en abstracto de todo y, por lo tanto, incluso de la abstracción, sería muy útil redactar un inventario de las múltiples situaciones en las que los juristas encuentran con este método o lo practican; y ello

tido, recordar la abstracción en relación con las cuestiones planteadas en esta colaboración sirve por lo general para caracterizar en pocas palabras una operación radical de limpieza de la materia jurídico-privada tradicional. Se activa –hasta hoy me sigue pareciendo la explicación más plausible– por la mencionada subjetividad del ordenamiento jurídico¹⁴: el hecho de que los iusnaturalistas reconocieran a la capacidad jurídica la cualidad de derecho innato facilitó la generalización de la subjetividad jurídica.

Esto habría carecido de consecuencias si, al mismo tiempo, los sujetos de derecho no se hubieran puesto en condiciones de volverse activos: por este motivo, el reconocimiento de la autonomía privada representa el

para proporcionar una imagen sólida del significado de este método para la jurisprudencia (especialmente para la de planteamientos burgueses), previniendo malentendidos y confusiones. Esta lista debería llamar la atención, entre otras cosas, sobre:

a) la tendencia a sistematizar los materiales transmitidos históricamente, en relación con la fijación de principios directivos y con la formulación de conceptos dogmáticos;

b) la propensión a elaborar conceptos ajenos a las condiciones sociales concretas de las que nacieron y, como tales, autosuficientes, autointegrables y aceptables sin problemas incluso fuera de su lugar originario de producción;

c) junto a esto, la aceptación de conceptos “independientes del contenido”, con una pretensión de validez absoluta (¿iusnaturalista?), desarrollados sin considerar las condiciones de tiempo y de lugar y completamente desligados de cualquier contenido, como por ejemplo los conceptos de contrato y de propiedad;

d) la renuncia del derecho privado burgués a imponer contenidos obligatorios en las relaciones jurídicas, que deriva automáticamente del reconocimiento de la autonomía privada (exterioridad); y relacionada con ella, también la autorización de usar las instituciones jurídicas al arbitrio del particular (es decir, sin criterios predeterminados autoritariamente);

e) la separación de hombres y mujeres de la red social o de las relaciones orgánicas típicas de la economía rural, considerados ahora meros individuos, o sea, sujetos jurídicos iguales en una sociedad que ha determinado de antemano una movilidad general; de aquí la puesta en vigor de normas generales y abstractas, destinadas a todos de manera homogénea prescindiendo de cualquier desigualdad sustancial;

f) la renuncia a una regulación demasiado detallada de las situaciones típicas, compensada por la atribución al juez la tarea de decidir según su prudente opinión o bien según la equidad, como garantía de una mayor flexibilidad y adaptabilidad del ordenamiento jurídico;

g) sin olvidar que ya de suyo la *historia* del derecho no es imaginable sin una abstracción previa: como escribe Orestano, «es el lugar tópico en el que confluyen múltiples abstracciones de todo género, orden y grado», *Diritto*, cit. , pp. 20 ss., 25 ss.

14 Véase *supra*, p. 107 ss.

complemento necesario para la generalización de la capacidad jurídica. Se trata de declaraciones de principio que constituyen el fundamento de cualquier codificación burguesa: expresadas de modo solemne o sobrentendidas tácitamente, lo mismo da, sin ellas las codificaciones de derecho privado del siglo XIX habrían sido inimaginables. Su superioridad incondicional arrojaba ahora una luz diferente sobre toda una serie de situaciones y de elementos del derecho privado tradicional: por ejemplo, sobre las reglas que, de un modo u otro, aspiraban a realizar la justicia material¹⁵, o bien sobre las situaciones típicas que reflejaban de un modo demasiado visible las desigualdades entre los sujetos de derecho. Las primeras fueron pronto víctimas de la subjetividad, y no por una imprevista degeneración moral de la sociedad, sino simplemente porque se confiaba en el hecho de que la mano invisible, más bien el Estado con sus preceptos, promovería con más eficacia la igualdad material. Las segundas pudieron mantenerse por cuanto las desigualdades materiales, como aún tendremos ocasión de ver, no eran por lo general inoportunas; *sin embargo, se dejaron fuera del código mediante la abstracción y, de este modo, quedaron en la sombra*. Es obvio que tras una reorganización semejante de la materia de derecho privado, en el código solo quedó lo que era común e igual para todos: la capacidad jurídica general, con la correspondiente autonomía privada. Era poco, si se quiere. Pero era también la única regla “igual” que podía imponerse a destinatarios tan diferentes.

4. *El desplazamiento como reestructuración interna del derecho.* *Para una historia de los conceptos: Kant y Puchta*

Antes de establecer el valor efectivo de este desplazamiento es necesario comprobar los motivos por los cuales se comenzó a pensar en estos términos y se dio luego continuidad a estas ideas de un modo concreto. Por lo general, se recuerda a este respecto la postura crítica y hostil del legislador burgués frente al universo simplemente inescrutable de las desigualdades. Estas últimas chocarían, tanto con su concepción moral como con

¹⁵ Pertenecen especialmente a esta categoría las normas que, actuando sobre las relaciones contractuales, garantizaban la creación o el mantenimiento de la igualdad material entre las prestaciones, como por ejemplo la doctrina del *iustum pretium* y de la *laesio enormis*, así como la de la *clausula rebus sic stantibus*.

sus expectativas estéticas, por un lado porque lo colocaban directamente frente a situaciones que sugerían una imagen más de explotación que de tráfico de derecho privado ordenado y equilibrado (y, en este sentido, armónico); por otro lado porque su tenaz oscuridad contrastaba con el deseo de regular la sociedad (tan fácil de reconocer en el *pathos* unificador de las codificaciones) al que, en cambio, aspiraba el legislador. Ante esta actitud, el desplazamiento se percibía como una “limpieza”, es decir, como una operación de *supresión*, no solo por la codificación, sino *por el derecho sin más* de todo lo que no respondía al sistema o lo contradecía. Obviamente, los problemas y las desigualdades permanecían, pero eran eficazmente desplazados del ámbito de competencia de los juristas. Aflo-
raban de nuevo en el terreno extrajurídico donde, por lo demás, –como se pensaba probablemente–, podían ser tratados y superados con más profesionalidad: por ejemplo, como problemas de responsabilidad moral o de estrategia macroeconómica. En cualquier caso, así desaparecían definitivamente –y al parecer con alivio general– del ámbito del derecho.

Al menos esta sería la opinión tradicional. Quizá sea convincente en algunos aspectos, pero en conjunto me parece poco creíble. En cualquier caso, insiste demasiado en el planteamiento subjetivo del legislador, en su sensibilidad y su amor por el orden: se ocupa sobre todo de lo que se quería combatir o impedir mediante la exclusión y el desplazamiento de ciertas partes del ordenamiento jurídico anterior. En cambio, quedan más bien en la sombra tanto los fines concretos a los que se atendía como las verdaderas circunstancias favorables que, al mismo tiempo, se querían promover¹⁶. Y es precisamente de la intensificación de estos últimos aspectos de donde surge que, contrariando las ideas dominantes, el desplazamiento en cuestión deba ser considerado exclusivamente como una reestructuración o redistribución *intrajurídica*. Esto significa concretamente que las situaciones y los problemas rechazados por el código no desaparecieron del campo visual de los juristas; sencillamente, se atribuyeron a otros sectores del derecho. Degradados a modestas *comparsas*

16 También esta actitud es típica de un planteamiento jurídico: del mismo modo que la unificación social se remonta sobre todo al deseo (ordenador) de simplificación técnico-formal, así este mismo argumento es utilizado, por ejemplo, para explicar el reconocimiento del principio de la *accesión* en materia de derechos reales. En cambio, es raro que se recuerde que este principio sirve, en primer lugar, para movilizar el valor de los bienes en las mejores condiciones, permitiendo disponer a un único propietario de la totalidad *indivisa* de la cosa.

en el entorno de la codificación, abandonaban las candilejas. A reparo de miradas indiscretas, estarán sin embargo en mejores condiciones de interaccionar con los principios nucleares del código¹⁷.

Resumiendo: la historia conceptual muestra ya que la igualdad formal (ahora predominante en el código) y la desigualdad material (ahora desplazada al exterior del código) pueden, no solo coexistir en el tiempo y en el espacio –lo que puede parecer de suyo milagroso¹⁸–, sino *continuar estando, de todos modos, indisolublemente ligadas*. Prefiero por ahora expresarme aún en términos poco precisos para no anticipar conclusiones que solo podrán ser formuladas tras haber profundizado en las razones que hicieron realmente posible semejante entrelazamiento. Por el momento, debemos contentarnos con las observaciones que proporciona la historia de los conceptos, a partir, y no es poco, del reconocimiento kantiano de la coexistencia pacífica de ambas condiciones a consecuencia de la emancipación del derecho de los postulados morales¹⁹; y también la significativa opinión de Puchta según la cual «das Recht die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit sei»²⁰.

5. *La contribución del derecho a la circulación de bienes. En particular: de la generalización de la capacidad jurídica a la obligación general de usar la autonomía privada de manera eficiente. Los condicionamientos impuestos por las “desigualdades”*

Pasemos pues de la historia de los conceptos a la de su recepción social: de la *Begriffsgeschichte* a la *Wirkungsgeschichte*. En efecto, todos los conceptos, los principios y las operaciones sistemáticas hasta ahora expuestas no eran solo construcciones teóricas o meras diversiones intelectuales; tuvieron también su propia historia social que muestra cómo fueron recibidos y realizados efectivamente, haciendo posibles determinados avances sociales o también legitimando solo sus resultados, y esto se puede

17 Véase, por ejemplo, P. Caroni, en *ZNR* 16 (1994), p. 445.

18 De “milagro” habla en muchas ocasiones –aunque quizá solo irónicamente– P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Torino 1987, pp. 17, 21, 25, 50.

19 Véase, por ejemplo, I. Kant, *Über den Gemeinspruch*, cit., II, n° 2; en este sentido, también F. von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., § 50.

20 G.F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8ª ed., de P. Krüger, Leipzig 1875, p. 21 (y, en el mismo sentido, ya la p. 11)

ver prácticamente en tiempo real con la llegada del mercado. Aquí, con mercado se quiere hablar exclusivamente del fenómeno que se formó y adquirió proporciones cada vez más gigantescas a partir del siglo XIX, por lo que no debe confundirse con estructuras anteriores (y por desgracia homónimas). En efecto, el “nuevo” mercado, al constituir la meta natural de la estrategia del desarrollo capitalista, se convirtió pronto en el núcleo de la nueva sociedad y, al respecto, en el símbolo institucional por excelencia (fenómeno que hoy es definido sin problemas como un proceso de “economización” de la sociedad). Designa en concreto el lugar más o menos imaginario en el que se desencadena el juego salvaje de la competencia y se aprueban los resultados²¹. Su base era el principio de la *actuación eficiente*, tanto en relación con las cosas como con las personas. Si, del modo que fuera, eran portadoras de valores, energías y recursos, tenían un destino ya marcado: eran absorbidas inevitablemente por el mecanismo de la competencia y sometidas a las leyes homogeneizadoras del mercado. Por lo demás, esto no ocurría sin una separación previa de las condiciones de vida y de las protecciones sociales (locales por lo general) que hasta entonces habían determinado también los correspondientes parámetros de valoración, destinados esencialmente a la utilidad *inmediata* de las cosas. En realidad, en el mercado se redefinieron todos los valores y, sobre todo, se unificaron, no ya en relación con el uso concreto, sino a la vista de una disposición abstracta y, posiblemente, aportadora de plusvalía. Para ser medidos con esta nueva y universal unidad de medida, tanto las personas como las cosas debían ser privadas previamente de su propia historia. En otras palabras: la movilidad conforme al mercado, bajo el signo del valor de cambio de las cosas, no podía realizarse gratuitamente; era necesario el desarraigo preliminar que, además de constituir la premisa real de la movilidad, era también su precio humano²².

21 En el concepto de mercado aquí utilizado se puede reconocer fácilmente la presencia del pensamiento de K. Polany, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino 1974, *passim*; Íd. *Oekonomie und Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1979, en particular pp. 129-148. Según este planteamiento, el mercado representa un fenómeno *histórico* en el sentido originario del término: no es el resultado de un instinto innato del género humano y por lo tanto tampoco aspira a una validez supratemporal. Por esto no me ha parecido ocioso recordar explícitamente el anclaje a la realidad social del siglo XIX. Sobre la importancia del mercado, véase también Barcellona, *Individualismo*, cit., pp. 48, 50, 97 ss.

22 Sobre estas importantes conexiones, véase, por ejemplo, Barcellona, *Individualismo*, cit., pp. 27, 36-37, 44, 81-82 y *passim*.

Con esta finalidad, las normas jurídicas –a diferencia del caso de la industrialización– podían proporcionar, evidentemente, una ayuda útil, tal vez esencial. Los ejemplos convincentes no faltan, desde luego:

- la individualización de la propiedad favoreció la concentración en manos de un único propietario de todas las facultades propietarias sobre toda la cosa, estableciendo las premisas ideales para disponer eficientemente de los bienes;

- el refuerzo de la publicidad de los derechos reales, al hacer posible la reforma de los derechos de prenda inmobiliaria, facilitó la movilización del valor del suelo;

- la unificación de la organización judicial, del derecho procesal y del derecho civil sustancial aumentaron la fuerza de penetración de la unificación del espacio económico ya conseguida;

- pero sobre todo, el reconocimiento generalizado de la capacidad jurídica obligó a todos a participar en el juego de la competencia, sin vías de escape, dado que no podían tolerarse los simples espectadores.

Las consecuencias de estas medidas, simples de suyo, fueron considerables: si por un lado se multiplicaba el número de adquirentes potenciales de los bienes que ahora, gracias a la mecanización, aparecían en el mercado cada vez en mayores proporciones y de forma más rápida y conveniente, por el otro, la insuperable presión que de ello derivaba garantizaba un total y exclusivo (y también, en este sentido, eficiente) *disfrute comercial de todos los bienes y de todas las energías*. Virtualmente, nada ni nadie podía sustraerse al mercado o a la ley de la oferta y la demanda; ni tampoco ninguna de aquellas situaciones, repetidamente mencionadas más arriba y que fueron eliminadas del código, ni las diferencias de poder subyacentes en ellas ni, en general, las desigualdades materiales entre sujetos jurídicos iguales. Dada la obligación de participar en el juego, *normalmente se trasladaron al mercado*. En el momento de ejercer el derecho, repercutían –tan necesaria como despiadadamente– en favor de los “jugadores” más fuertes, más tenaces, más expertos, más versátiles o, simplemente, más hábiles para esperar hasta la capitulación del adversario. Aparece así, por primera vez, la relación concreta entre la igualdad formal del código y las desigualdades materiales excluidas tácticamente: en contra de la apariencia que las etiquetas sugieren tal vez pérfidamente, resurgen y condicionan el ejercicio del derecho. De hecho, el desplazamiento anterior se revoca en este punto y la desigualdad se introduce en el sistema (y se lleva al mercado).

6. *La igualdad formal al servicio de la desigualdad material:
el derecho privado burgués se despoja de su máscara igualitaria*

La relación entre las partes visibles del ordenamiento jurídico y las que ya se han vuelto invisibles se puede contextualizar ahora con mayor facilidad al haber estudiado su impacto social. Ante todo, se confirma la opinión de Puchta: las dos partes están ligadas tan estrechamente que resulta imposible comprobar el valor y el papel de la capacidad jurídica general sin tomar en consideración (y recuperar al respecto) los elementos eliminados²³. De modo más concreto aún, la evolución recordada aquí muestra que la generalización de la capacidad jurídica estuvo *asociada programáticamente a la desigualdad material* en una función, de suyo, subordinada. Su proclamación teórica no emana, pues, de una opción de principio intransitiva, sino que adquiere una relevancia instrumental, es decir, funcional, por cuanto sirve para hacer posible y para facilitar al respecto relaciones y actos jurídicos cuyos resultados están ya sin embargo intensamente anticipados considerando el poder contractual real (y desigualmente repartido) de las partes²⁴.

Llegados a este punto podremos sostener que esa fue sin duda la *inevitable desviación jurídica* que hizo posible, tras las revoluciones burguesas –y por consiguiente tras la destrucción también de las formas de señorío feudal– un disfrute más dinámico de las diferencias de poder preexistentes²⁵; un disfrute quizá incluso más accesible y aceptable porque ahora se presenta como resultado de declaraciones de voluntad acordes, es decir, de un contrato en el que, por lo demás, se manifiesta claramente el valor ideológico de la nueva doctrina contractual (respecto al voluntarismo burgués)²⁶.

Ciertamente, siempre podemos celebrar la proclamación de la ca-

23 Véase *supra*, p. 100.

24 Caroni, “*Privatrecht*”, cit., pp. 66-67; P. Caroni, «La otra evidencia de la historia jurídica», en *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid 2010, pp. 55-87, en particular 70 ss.; Íd., «*Ungleiches Recht für alle*», en *Festschrift für R. Bäumlín*, ed. de R. Herzog, Chur/Zürich 1992, pp. 109-110. En el mismo sentido, Barcellona, *Individualismo*, cit., pp. 50-51.

25 A propósito de esto, F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, pp. 76-78; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma/Bari 1993, p. 17.

26 Barcellona, *Individualismo*, cit., pp. 36-39.

pacidad jurídica general como un acto emancipador, como una memorable conquista liberal que ponía en práctica ideas iusnaturalistas anteriores²⁷. Y la atribución generalizada de la cualidad de sujeto jurídico desligada de cualquier tipo de presupuesto y, en este sentido, incondicional, podría considerarse incluso como un regalo por parte de un movimiento (se entiende que el ilustrado) que luchó más que los demás por la emancipación del ser humano. No quiero negar lo legítimo de tales valoraciones. Todas tienen su lugar en la historia de las ideas. Pero es muy distinto y mucho más inquietante el panorama que se despliega ante nuestros ojos en cuanto se intenta reflexionar sobre la ejecución concreta de estas ideas planteándose preguntas acerca de la *utilidad objetiva* que tuvieron en el siglo XIX, y en cuanto se toma también en consideración a este propósito lo que permaneció en la sombra en el entorno del código. Las fórmulas tradicionales en las que se exaltaba la evolución como una epifanía emancipadora ya no convencen como antes, parecen apresuradas, unilaterales y fragmentarias. El derecho burgués resulta igualitario solo en apariencia; y si aún se quiere presentar la generalización de la capacidad jurídica como un obsequio, entonces debemos concebirlo más bien como un “don de las Danaides”. En efecto, no hay que hacerse muchas ilusiones sobre el presunto entusiasmo de los destinatarios de ese regalo si es cierto que la capacidad jurídica se equipara a los suplicios de Tántalo, y esto en una época manifiestamente proclive a las exageraciones idealistas y ornamentales²⁸.

En resumen: las codificaciones burguesas se identificaban, desde luego, con el principio de igualdad formal (hecho ya de suyo innovador), pero a la vista de una utilización más eficiente, ya que se adecuaba a las exigencias del mercado, de todo lo que fue desplazado formalmente al exterior de la ley aunque siguiera presionando sobre el resto. Así pues, el nexo funcional entre ambos aspectos era necesario y constituía la auténtica novedad, no como un dilema, una aporía o un milagro, sino como un momento constitutivo e inmanente del sistema del derecho privado liberal. También podría decirse que ante la pregunta «¿cuál es el objetivo

²⁷ En este sentido, recientemente (pero no sin reservas) Alpa, *Status e capacità*, cit., pp. 60-61.

²⁸ D. Corradini, «Il processo costituzionale nella Francia rivoluzionaria e il diritto privato», en *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese*. Atti del Colloquio internazionale 1-3 ottobre 1990, ed. de M.A. Cattaneo, Milano 1992, pp. 171 ss., en particular 194-195.

de atribuir a todos estas libertades?» una respuesta útil (y útil por realista) solo puede darse tras haber tomado en consideración el entorno de la codificación. Para hacerlo, es necesario vincular las reglas del código a las situaciones que eran previamente eliminadas mediante la abstracción; en este sentido, al revocar sistemáticamente los efectos de la abstracción, el derecho burgués quedó privado bruscamente de su aura igualitaria. Por ello, ya no se muestra como el derecho que asignó al ámbito económico y a sus leyes la gestión de las relaciones de dependencia entre las personas²⁹, sino solo como el instrumento de un nuevo antagonismo social (por estar formulado de manera diferente).

7. *Los sueños que las codificaciones burguesas permitieron realizar: los de los historiadores del derecho, los de la burguesía y los de los enemigos de la burguesía*

Transcurridos doscientos años y sabiendo lo que viene después, es fácil valorar estos acontecimientos con mayor perspicacia. Los nexos causales saltan más a la vista, puede hacerse referencia a ellos de una manera más competente siguiendo la lógica de su evolución y atribuyendo finalmente mucho de cuanto ocurrió a las “leyes” y a los principios y, en particular, a aquellos de los que procede nuestro discurso porque, sencillamente, los consideramos decisivos.

Quien estudie esta evolución bisecular *sub luce libertatis*, se inclinará más bien a considerar la libertad contractual, ahora promovida a derecho fundamental social, como uno de estos principios decisivos y, por lo tanto, considerará la conclusión del contrato como un encuentro espontáneo y conciliador de expectativas contrapuestas. Por eso no obtendrá un especial placer al observar cuanto sucedió. Considerará estos procesos

29 Más o menos en este sentido, P. Ellero, *La tirannide borghese* (1879), ed. de V. Accattatis, Milano 1978, p. 61: “Por lo general, la servidumbre de los proletarios, forma actual de la cuestión social, solo se percibe porque, de jurídica, se ha convertido en económica (lo que en la práctica es lo mismo)”. Similares reflexiones en N. Reichesberg, *Die Arbeiterfrage einst und jetzt*, Leipzig 1897, pp. 50-52. Solo en apariencia podemos referirnos aquí a aquel fragmento marxiano en el que se observa que el trabajador asalariado está ligado “durch unsichtbare Fäden an seinen Eigentümer” (K. Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, I, Berlin 1968, p. 599). En realidad, en ninguna parte se afirma –y menos en esta cita– que el derecho (burgués) ya no expresa relaciones de dependencia.

más bien como una desagradable secuencia de continuas sorpresas que demuestran a menudo precisamente lo contrario de lo que esperaba y que podrán parecer, en consecuencia, meras perversiones de los buenos propósitos iniciales.

En cambio, quien *no se contente* con la proclamación *en abstracto* de la generalización de la capacidad jurídica y del reconocimiento *de principio* de la libertad contractual, prefiriendo comprobar cómo se realizaron luego en la práctica estas opciones teóricas, considerará los comienzos de esta historia desde otra perspectiva. El derecho de autodeterminación personal, la autonomía privada como poder normativo individual y otros muchos conceptos semejantes, en el mejor de los casos, no se toman en consideración sino como meras construcciones doctrinales cuyo nexo con la realidad resulta cada vez más problemático. Si se muestra escéptico porque duda a priori del interés del derecho privado de una sociedad de antagonistas por propiciar los equilibrios materiales (incluso solo mediante ese mítico acuerdo espontáneo de la voluntad de las partes, en realidad adversarias, que debería establecerse para la perfección de cualquier contrato), encuentra por desgracia en el proceso histórico una masa de apoyos y de confirmaciones que refuerzan plenamente su opinión.

En definitiva, cada uno de nosotros puede observar con sus propios ojos adónde nos ha llevado la utilización, sin duda acorde con el sistema, de la libertad contractual: a las concentraciones de poder que recuerdan más bien monopolios y cárteles que ya no tienen nada que compartir con la imagen de la justicia contractual y hacen presagiar la muerte cierta del contrato, o quizá ya la han confirmado definitivamente³⁰. Y, por lo tanto, ninguno de nosotros está en condiciones de comprender, sin incurrir por ello en una previsible condena, que la exhortación de los códigos a la autodeterminación no es sino dar “vía libre” al ejercicio legítimo de la fuerza, sancionado obviamente por un Estado dispuesto a dotar de instrumentos ejecutivos la conducta opresora que había de nacer de él. No estamos

30 Pueden bastar algunas referencias dispersas para demostrar una evolución que ya debería ser conocida: H. Levy-Bruhl, «Soziologische Aspekte des Rechts» (*Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung*, 19), Berlin 1970, pp. 70-71; Alpa, *Status e capacità*, cit., pp. 24-25; F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, *passim*, en particular pp. 266-267. Los temas que toca Grant Gilmore en sus famosas lecciones de los años setenta solo interesa parcialmente a los problemas tratados aquí (G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus/Ohio 1974. Véase también *supra*, pp. 93-95.

entonces demasiado lejos, efectivamente, de una auténtica homologación formal de las diferencias de poder existentes.

Esto no significa en absoluto que la presente interpretación –con independencia del eco que se derive de ella– excluya a priori otros puntos de vista, negando la posibilidad de que las codificaciones tuvieran un efecto distinto incluso del que se acaba de describir. Esto ocurre porque los códigos son como las *fundas* vacías que, pensadas y realizadas para un contenido muy específico, son utilizados también algunas veces como *contenedores* en los que puede acomodarse –según el espacio disponible– cualquier otro objeto.

En concreto: los códigos diseñaron, en primer lugar, los espacios disponibles para el despliegue de la autonomía privada. No obstante, la falta de contenidos que de ello derivaba no era señal ni de indiferencia ni de resignación, sino más bien una clara toma de postura del legislador a favor de los “jugadores” a quienes les causaba satisfacción la ocupación de los espacios vacíos o que, en cualquier caso, deseaban aprovechar la ocasión para realizar sus propios planes. Precisamente en este sentido se puede hablar de una funda cuyo «vacío de contenido» se corta, en todo caso, a medida y se adapta a un cierto tipo de objetos. El suyo no es un *status* definitivo, sino solo una estrategia previa, puesto que estuvo claro desde el principio qué programas concretos deberían haber ocupado esos espacios. De todos modos, cualquier funda puede albergar también –aun de forma un tanto provisional– objetos para los que no ha sido pensada y cumplir de este modo una función de contenedor. En definitiva, en una funda de violín itambién se pueden transportar estupendamente galletas de mantquilla! Cuanto más grande sea el contenedor, mayores serán sus posibilidades de uso. Lo mismo se puede decir del derecho codificado: cuanto más selectivo y más abstracto resulte, más disponible estará para albergar provisionalmente deseos de otro tipo y para materializar ocasionalmente otros sueños³¹. Por eso no está en absoluto fuera de lugar admitir que los enemigos de la burguesía han apreciado en ocasiones el código, apoyando por consiguiente su promulgación y su aplicación en la práctica. Así puede quizá interpretarse también la afirmación de Friedrich

³¹ Sobre esto, véase, por ejemplo, C. Schott, «Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung», *ZNR* 5 (1983), pp. 121 ss., en particular 128.

Engels de que el código no siempre representa «la expresión tajante, sin paliativos y auténtica de la dominación de una clase»³².

8. *Cómo incluso el derecho privado imperativo apuntaba a las dependencias externas al código*

De las observaciones hechas hasta ahora podemos inferir fácilmente que en la base de toda concreción (por lo general contractual) de la autonomía privada había una referencia al mundo (simplemente ensombrecido) de las desigualdades. Pero incluso en los casos infrecuentes en los que el derecho privado *imponía soluciones imperativas* con las que sustituía la autonomía individual, ese mundo permanecía bajo su mira. De un modo u otro, su esencia debía abarcarse y atacarse por medio de normas cogentes. Esto podía ocurrir de dos maneras:

a) de un lado, mediante las medidas encaminadas a eliminar los abusos más intolerables de la desigualdad material: a esta categoría pertenece, sobre todo, el llamado *derecho privado social* que, además de representar el caso más importante, ha sido precisamente objeto de numerosos estudios en los últimos tiempos, por lo que puede considerarse un ejemplo conocido³³. Por lo demás, no son menos sabidos los problemas que se presentan en la transposición práctica de estas normas respecto a los obstáculos que, por lo regular, impiden llevarla a cabo en la realidad³⁴.

b) Menos conocidas y de inspiración política opuesta son en cambio las discretísimas intervenciones con las que el legislador deja adivinar su decidida preferencia por un uso de la autonomía privada acorde con el sistema. En efecto, ante el riesgo de una activación de la autonomía privada en contra de los planes originales (y ante lo que parecería una

32 «Der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse», carta a Conrad Schmidt del 27 de octubre de 1890, en K. Marx/F. Engels, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Berlin 1970, II, p. 462.

33 Caroni, «*Privatrecht*», cit., pp. 92-94; Íd. *Ungleiches Recht*, cit., pp. 110, ss.; y ahora, sobre todo, P. Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel/Frankfurt am Main 1996, pp. 49 ss.

34 Caroni, *Ungleiches Recht*, cit., pp. 112, 132; Barcellona, *Individualismo*, cit., p. 42.

deriva “irracional” de la autonomía privada), lo que ocurre por lo general donde no se hace un uso suficiente (o no se hace ninguno) de las posibilidades que ofrece el derecho privado, el legislador interviene con una clara política de dirección y emite medidas que imponen el ejercicio “correcto” del derecho. A la vista de lo expuesto hasta ahora, no sorprende que estas medidas conlleven un disfrute “más profesional” (hablando con propiedad: más expeditivo) de las dependencias externas al código; y menos aún sorprende el hecho de que no hayan quedado solo sobre el papel³⁵.

9. *Las cuestiones tradicionales de la historia de la codificación:*

- a) *igualdad y desigualdad; b) la parte y el todo;*
- c) *entre estatalismo y garantismo*

Dicho esto, nuestras reflexiones podrían considerarse prácticamente finalizadas. Trataban de ilustrar de una manera más profunda la realidad social que se encontraba tras la formulación tan abstracta y apodíctica de Puchta, e incluso de facilitar con ello el acercamiento a algunas cuestiones tradicionales que surgen continuamente en relación con la historia de las codificaciones burguesas. Me interesa abordar aquí tres de ellas en particular:

a) El derecho privado burgués moderno se caracterizó repetidamente como un derecho igual y, al respecto, igualitario. La igualdad representaría sin duda «su principio más íntimo»³⁶, y de ahí la clara discriminación conceptual respecto a todos los “derechos privados” fundados por el contrario en la desigualdad. Ahora sabemos, en cambio, que semejante caracterización solo es aceptable en la medida en que *la igualdad se entienda como uniformidad*, en que se refiera pues, exclusivamente, a la forma del derecho, es decir a la «posibilidad de una voluntad»³⁷ atinente a todos los seres humanos. No obstante, su significado fundamental solo se manifiesta poniéndola en relación con la desigualdad que la sociedad bur-

35 Sobre todo este tema, véase Caroni, *Ungleiches Recht*, cit., pp. 112-133.

36 «Sein eigenstes Prinzip», Puchta, *Cursus*, cit., p. 7; igualmente *ibidem*, pp. 11, 12, 21, 45, 52 y 56-57. Como obras más recientes, véase, por ejemplo, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 10; A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 34-35, 139; Alpa, *Status e capacità*, cit., p. 91.

37 «Möglichkeit eines Willens», Puchta, *Cursus*, cit., p. 7.

guesa encontró en su camino y que pronto comenzó a aprovechar sistemáticamente. La verdadera novedad del derecho privado burgués *no está, pues, en la igualdad como tal*, sino en el empleo de la igualdad formal para hacer fructificar las desigualdades materiales del modo más radical posible y, en consecuencia, conforme a las exigencias del mercado. También el derecho burgués estaba (y está) ligado de manera primaria al antagonismo social y, al respecto, resulta (perfectamente) eficiente para él.

b) Ya fuera el espíritu omnipresente del Código prusiano (ALR) o la aspiración más modesta (pero también más realista) de los códigos sucesivos a una presencia normativa exhaustiva en el ámbito civilístico, en la base de las codificaciones hubo siempre una tendencia fundamental (aunque no unitaria en cada una de sus articulaciones) a la completitud material; que, en general, fue corroborada gracias a que la ley constituía el perno de un nuevo sistema de fuentes. La completitud estaba determinada por la interacción de los distintos elementos del sistema, estructurados según una jerarquía precisa y con el propio código en la cúspide. Sus principales postulados eran, de un lado, la autonomía de los contenidos materiales y, de otro, la autarquía en el método de aplicación.

Poniendo de manifiesto (de suyo, de modo legítimo) esta importante característica, quizá hemos descuidado otros rasgos del código, como por ejemplo su intrínseca falta de unidad. Ya se ha observado que la codificación (como texto legislativo y como clave de bóveda de un nuevo sistema de fuentes jurídicas) es *sin embargo siempre fragmentaria*, es decir, es solo parte de un ordenamiento global que la trasciende y por eso la condiciona. Esto nos induce a confirmar la importancia del entorno jurídico de cualquier codificación, considerando la referencia a sus valores como una ayuda esencial para la interpretación y el desarrollo jurisprudencial del derecho privado codificado. La posibilidad de reconocer este aspecto parece estar hoy más presente que nunca, lo que probablemente ha de ponerse en relación con la desaparición de la dicotomía público/privado: las codificaciones más viejas aparecen así a veces bajo una luz inusitada³⁸ –e incluso generalmente verosímil–, mientras las más nuevas

38 Sobre la interpretación «estatalista» del Código civil mantenida recientemente por A. Bürge (*Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Ius commune*. Sonderhefte 52, Frankfurt am Main 1991) véase mi recensión en ZNR 16 (1994), pp. 445 ss.; sobre el vínculo (hasta ahora negado obstinadamente) entre el Código civil italiano de 1942 y el sistema

se interpretan todas ellas conforme a la constitución, dejando abierta la puerta también a un efecto horizontal de los derechos fundamentales³⁹.

c) De este modo han sido al menos esbozados algunos puntos de vista a los que poder referirnos para responder a la última pregunta, que gira en torno al papel desempeñado por parte de sistemas políticos de suyo opuestos –como pueden serlo el absolutismo y el liberalismo– al crear y hacer efectivas las codificaciones burguesas. ¿Se trataría de “dos almas”, como se oye hoy decir de vez en cuando, que pueden coexistir más o menos pacíficamente, dependiendo de la coyuntura? ¿O es más oportuno admitir la existencia de una secuencia cronológica de la que habría que sondear, al menos, las causas? La pregunta, de suyo, no es nueva⁴⁰, pero parece haberse introducido (de nuevo) en el centro de nuestras reflexiones solo a causa de los nuevos estudios arriba citados.

Desde una perspectiva puramente lógica, son muchas las explicaciones posibles, ya que los espacios vacíos que surgieron a causa del desplazamiento de las materias existentes hasta entonces podrían haber sido ocupados tanto por una legislación impuesta desde fuera y sin embargo aún “filoestatal”, como por decisiones autónomas de los sujetos de derecho. Si, al contrario, nos tenemos presente la tradición histórica, debemos distinguir ciertamente dos aspectos:

aa) Prescindiendo de la materia tratada, todas las codificaciones son *hijas del estatalismo*, esto es, de una «monopolización de la creación del derecho en beneficio de la ley»⁴¹. Así pues, el Estado burgués, que las produjo en el siglo XIX reconociéndose plenamente en ellas –sin duda según el principio «todo el derecho por medio de la ley»⁴²–, promovió de hecho una doctrina de las fuentes jurídicas de cuño absolutista. En efecto, recibió del absolutismo tanto la tendencia a descalificar todas las fuentes

político fascista, véase R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990 (ahora con recensión en ZNR 19 (1997), pp. 162 ss.).

39 Con más detalle (y con referencias ulteriores), véase *supra*, pp. 68 ss.

40 Corradini la estudió en profundidad en 1971 (*Garantismo e statualismo*, Milano 1971), pero su análisis ni siquiera fue tomado en consideración en el área germanófona.

41 «Monopolisierung der Rechtsschaffung zugunsten des Gesetzes»; en este sentido A. Egger, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907*, Zürich 1908, p. 11. De modo semejante Wieacker, *Aufstieg*, cit., pp. 35, 47.

42 «Alles Recht durch das Gesetz», Egger, *Entstehung und Inhalt*, cit., p. 11.

jurídicas extralegales como la imagen ideal de un juez reducido a realizar pasivamente tareas ejecutivas⁴³.

En este sentido, el hecho de que las codificaciones de *derecho privado* se limitaran por lo común a proclamar la generalización de la capacidad jurídica respecto a la autonomía privada, renunciando de otro modo a una regulación sistemáticamente imperativa y emitiendo normas «que llegaran para un uso meramente subsidiario y complementario allí donde las partes se han abstenido de fijar sus condiciones jurídicas mediante su autonomía»⁴⁴, no es contradictorio de suyo con el planteamiento estatista. En definitiva, la autonomía privada *no* se imponía en realidad *en contra de la voluntad del Estado*, sino con su bendición incondicionada. La introyección de las normas de comportamiento de una clase concreta –no menos que la disciplina social de los sujetos jurídicos– hizo precisamente que la consecución de los resultados económicos deseados solo fuera posible mediante «el despliegue de las libertades»⁴⁵.

bb) Cuestión muy distinta es la de afrontar cuándo debe hablarse más de *estatalismo* que de estatal sin más, ya que la atención se centra no tanto en el monopolio legislativo del Estado (como base jurídico-política de la codificación) cuanto en el deseo de este de propiciar, no obstante la promulgación de una codificación burguesa, las prácticas políticas de cuño paternalista y asistencial en las que, por última vez, confluyeron las opciones típicas de la política socioeconómica y judicial de finales del siglo XVIII. Hoy, esta postura mercantilista residual se define sencillamente como una “enfermedad infantil” de las codificaciones burguesas, epidémica no solo en países en los que unas instituciones feudales muy arraigadas

43 Son fundamentales en este sentido algunas contribuciones recientes de P. Grossi, «Epicidio per l'assolutismo giuridico», *Quaderni fiorentini* 17 (1988), pp. 517-532; «Assolutismo giuridico e proprietà collettive», *Quaderni fiorentini* 19 (1990), pp. 505-555; *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., *passim*.

44 «Die bloss subsidiär und ergänzungsweise da zur Anwendung kommen, wo die Parteien unterlassen haben, durch selbstgesetzte Normen ihre rechtlichen Verhältnisse zu bestimmen», J. Leuenberger, *Vorlesungen über das bernische Privatrecht*, I, Bern 1850, p. 135.

45 Véase Caroni, *Ungleiches Recht*, cit., p. 113; Barcellona, *Individualismo*, cit., pp. 87-88, 98. Respecto a los casos en los que la autonomía de las partes contratantes era sustituida excepcionalmente por la norma estatal, véase *supra*, pp. 125 ss.

impedían aún la emancipación de la sociedad⁴⁶, sino hasta en la Francia de principios del siglo XIX. Una ojeada al entorno de la codificación, aún ocupado en este caso exclusivamente por reglamentos y medidas de policía administrativa y asistencial⁴⁷, pone en seguida de manifiesto la solidez de esta continuidad más bien sorprendente.

Y por lo demás, es cierto que solo durante el siglo XIX –cuando, con la industrialización y la apertura de los mercados, se consolidaron políticas económicas muy diferentes y los mecanismos autorreguladores comenzaron a dominar toda la sociedad– pudieron las codificaciones burguesas proporcionar los servicios esperados. Solo ahora se percibían los decisivos beneficios que anidaban en sus principios formales (capacidad jurídica general, exterioridad y abstracción) y las grandes y hasta entonces desconocidas oportunidades que, al respecto, se abrían a favor de la iniciativa privada; solo ahora podía comenzar la victoriosa campaña del garantismo de la codificación.

10. *La codificación del derecho privado: ¿paradigma o caso único?*

La crítica que surge en ocasiones contra esta visión de conjunto es que solo se considera (es decir, se privilegia) la codificación del derecho privado, descuidando así el movimiento codificador en toda su amplitud. Se trata de una crítica razonable en cierto sentido ya que hasta ahora, efectivamente, solo se han analizado codificaciones de *derecho privado*, tal como se planearon y se realizaron luego concretamente en la época de las revoluciones burguesas. En cambio, ni se ha recordado ni se ha considerado en modo alguno el hecho de que en los propios Estados se promulgaban al mismo tiempo codificaciones de derecho del comercio, de derecho penal y de derecho procesal⁴⁸. ¿En realidad por qué?

46 *Supra*, pp. 59 ss.

47 A este respecto, véase sobre todo Bürge, *Das französische Privatrecht*, cit., en particular pp. 295-496.

48 Sobre el significado de las codificaciones penales, en particular, A. Cavanna, *Le codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, *passim*; Íd., «Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica», en *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 661-760; R. Schröder, «Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts», en *Die Bedeutung der Wörter-Festschrift für Sten Gagnér*, ed.

Se subraya en primer lugar que el enfoque particular de este ensayo no quiere negar en modo alguno la existencia y el significado de un movimiento codificador europeo más amplio cuyo origen programático era fundamentalmente ilustrado. Si me hubiese propuesto escribir una colaboración sobre la historia de la legislación, difícilmente hubiera podido sustraerme a estos temas. Pero los interrogantes que me han guiado concretamente son de muy otra naturaleza: se refieren, en primer lugar, a la contribución del derecho al desarrollo de un ámbito económico que hunde sus raíces en el capitalismo y cuyo lugar preferido de expansión es el mercado. Por lo tanto, *no* fue «la» codificación del derecho la que contribuyó –de manera general y abstracta– a la realización de este postulado, sino exclusivamente *la del derecho privado*. En efecto, solo ella sostuvo el principio de la unificación social y se cuidó de soldar el vínculo entre la igualdad (formal) y la desigualdad (material), tratando luego de reestructurarlo según el ya mencionado desplazamiento de la materia que apuntaba a un disfrute más racional y dinámico de cualquier tipo de diferencia; finalmente, solo ella quiso ser concebida como el «ordenamiento ejecutivo» de la autonomía privada, limitándose por lo general a emitir derecho positivo. ¿Por qué no habrían de ser tomados en consideración solo por sí mismos estos vínculos fundamentales que, además de ser típicos de la codificación del derecho privado, estamparon su forma de modo duradero? ¿Se comprende quizá mejor la especificidad o la importancia político-económica de la codificación civilista aproximándola a materiales provenientes de las codificaciones penales o procesales? ¡Desde luego que no! Por ello –en atención a los interrogantes específicos que aquí me he planteado– me parece que la decisión de afrontar la codificación del derecho privado en particular, o nada menos que exclusivamente, no es solo una decisión técnicamente legítima, sino hasta inevitable.

11. *¿Qué tipo de continuidad para la historia de la codificación?*

A los historiadores del derecho les gusta concluir sus reflexiones afrontando la cuestión de la continuidad: lo hacen por lo general resumiendo los argumentos tratados e intentando interpretarlos en el contexto de una

de M. Stolleis *et alii*, München 1991, pp. 403-420, en particular 403-404; y también *infra*, pp. 301 ss.

imparable e improrrogable evolución temporal. No es dado saber a priori, ni se puede tampoco afirmar desde un planteamiento general, si esto responde a la urgente necesidad de orientarse de cada intérprete o más bien a la tradición erudita. No obstante, se me ocurre pensar que la de la continuidad es, en el fondo, una cuestión falsa: se plantea, por razones puramente estéticas, como un epílogo de la exposición tranquilizador (puesto que, en última instancia, sirve para confirmar), destinado una vez más a demostrar (y en este sentido a corroborar) cuán indispensable es lo que se hace y aquello en lo que se cree. Cosa, por lo demás, bastante comprensible del talante humano y que debe ser tomada en serio.

Ahora bien, si la cuestión se plantea en relación con las codificaciones que fueron promulgadas intencionadamente para destruir el sistema de fuentes del derecho común, la respuesta debería darse por descontado. La lógica querría que fuera negativa, por lo que la transición al código «completo» se consideraría como un gran corte digno de ser recordado. Esto, según los gustos personales, representaría para unos una degeneración salvaje hacia la provincialización (nacional) de los derechos, para otros el ascenso de un sistema al fin en condiciones de garantizar la certeza del derecho. No obstante, esta conjetura «lógica» es desmentida por la realidad. De hecho, esta última muestra que aún se está lejos de admitir la capacidad innovadora de la transición al derecho codificado. Son dos las maneras de argumentar a este propósito. De una parte están, sobre todo, los romanistas. Para ellos, las codificaciones del derecho privado no son sino «refontes monumentales»⁴⁹ y, como tales, objeto de escrupulosas y constantes operaciones de desmontaje encaminadas solo a la recuperación de las raíces históricas (es decir, romanas) de sus distintas partes⁵⁰. Y es comprensible su satisfacción ante las codificaciones burguesas que han mantenido el derecho romano como fuente jurídica subsidiaria⁵¹; incluso

49 Así reza una poco conocida descripción del *Code Napoléon* utilizada por la escritora francesa Marguerite Yourcenar en una carta al romanista napolitano Atanasio Mozzillo (véase, a este propósito, A. Guarino, *Fili della memoria*, Napoli 1993, pp. 29-30).

50 Caroni, *La otra evidencia*, cit., pp. 74 ss.

51 Así, por ejemplo, el Código civil tesinés de 1837 en el art. 5 (y en el art. 3 de la edición de 1882), véase *infra*, pp. 287 ss. En general, sobre estos problemas extremadamente complejos y que merecerían un análisis en profundidad, véase Caroni, “*Privatrecht*”, cit., p. 73; H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1983,

aunque el fenómeno sea tan problemático como para hacer necesario su análisis crítico. Argumentan de forma diferente, en cambio, los historiadores del derecho, que perciben la promulgación de las primeras codificaciones burguesas como el término casi natural de una larga evolución cuyos albores se remontan al humanismo jurídico. Advierten de manera especial que el de la codificación del derecho es un tema de discusión ya desde el siglo XVII y que desde entonces inspiró la elaboración de numerosos proyectos concretos. E incluso si luego no se hizo casi nada con esos proyectos, eso no quita que hubiera una continuidad por parte de intereses cultos en torno a los postulados codificadores⁵².

Teniendo en cuenta mis anteriores reflexiones, ya se puede intuir que mi punto de vista es muy distinto. En este sentido, tiendo más bien a concebir el sistema codificador como una respuesta nueva y original a cuestiones jurídicas planteadas por primera vez por una sociedad también nueva (ya que se había vuelto burguesa). Con esto no quiero oponerme en absoluto a los argumentos objetivos de los autores que lo consideran más bien una continuidad: sencillamente, para mí todo esto tiene otro significado. Naturalmente, soy consciente de que la Edad moderna vio surgir un gran número de proyectos codificadores, pero al mismo tiempo debo dejar constancia de que las razones del fracaso de esos proyectos están aún, casi todas, sin explorar. Y tengo la impresión de que nos mostrarían *qué le faltaba aún a aquella época* –que solo más tarde se consiguió– para que el programa pudiese convertirse en realidad⁵³. No soy menos consciente de que muchas reglas de nuestros códigos derivan de un modelo romano y que pueden tomar incluso al pie de la letra expresiones del derecho romano clásico. Pero, no obstante, pienso que esas mismas palabras, dos mil años más tarde, pueden quizá no querer decir lo mismo.

p. 114; Cavanna, *Storia del diritto moderno*, cit., pp. 149-151; U. Petronio, «Una categoria storiografica da rivedere», *Quaderni fiorentini* 13 (1984), pp. 705-717; M. Ascheri, «Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia», en *El dret comú i Catalunya. «Ius proprium-Ius commune a Europa»*. Actes del III^{er} Simposi Internacional, Barcelona 1993, pp. 71-83.

⁵² Durante el Coloquio de Wolfenbüttel, esta fue la postura mantenida en las intervenciones de B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt y M. Schieman.

⁵³ Resulta útil recordar a este respecto las observaciones cargadas de significado de A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*, Libro I, cap. 3 y Libro III, cap. 1 (ed. de J.-C. Lamberti, Paris 1986, pp. 960 y 1036).

Resumiendo y concluyendo: las codificaciones que en el siglo XIX dieron uniformidad al derecho privado de Estados grandes y pequeños aspiraban a realizar una tarea nueva y contingente, vinculada a una nueva sociedad para la que la unificación del derecho privado representaba un importante postulado. En la presente colaboración, esta nueva tarea se ha señalado en varias ocasiones en esa concreta *mediación entre igualdad y desigualdad* que solo puede realizarse adecuadamente en una sociedad burguesa. Esto basta para explicar la ambigua naturaleza de estos códigos, esto es, el fenómeno por el cual, aunque no parezcan responder aparentemente a intereses de parte concretos (lo que permitió, al menos al principio, su aceptación general), en realidad pretenden privilegiar a una minoría; y es también lo que consiguieron⁵⁴. Es obvio que luego, al abordar esta nueva tarea, se recibieron partes de la tradición jurídica culta. Si solo *por este* motivo, por el recurso de suyo inevitable a la tradición en relación con el uso continuado de definiciones, conceptos y formalismos tradicionales, se quiere traer a colación la imagen de la continuidad, entonces que se haga reconociendo que se trata de una continuidad limitada a los aspectos exteriores, formales; y podremos definirla todo lo más como una *continuidad nominal*. Por lo demás, me parece sin embargo indiscutible que la simple persistencia en el uso de definiciones y conceptos cultos no tiene por qué conllevar también una perpetuación (más o menos automática) de los contenidos subyacentes; y esto, del mismo modo que la repetición de las mismas palabras, incluso en un breve lapso de tiempo, no será nunca una simple repetición.

Por lo que se refiere a cada uno de los componentes que han terminado por implantar la codificación del derecho privado, compruebo *ante todo* que se han mezclado dando lugar a nuevas interacciones; *por otro lado*, que gracias a la generalización previa de la subjetividad jurídica, han sido puestos a disposición de todos, determinando necesariamente incluso una importantísima *renovación de su valor sistemático y social*. Así pues, incluso si las codificaciones burguesas hicieron sus propias formulaciones romanas o si se relacionaron con proyectos anteriores de la Edad moderna, obtienen su esencia normativa siempre y exclusivamente de las necesidades, de las expectativas y de las concepciones de la época

54 Sobre este importantísimo tema de la historia de la codificación, recientemente, D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, pp. 16 ss., 32 ss.

en la que fueron elaboradas, y también de los fragmentos de historia que, precisamente en aquella época, se hicieron visibles. *Por eso*, me resulta difícil aceptar la tesis de la continuidad.

¿QUÉ TIPO DE HISTORIA PARA UN DERECHO ATRAPADO POR EL CÓDIGO?*

Alles, was wuchs, brauchte viel Zeit zum Wachsen; und alles, was unterging, brauchte lange Zeit, um vergessen zu werden. Aber alles, was einmal vorhanden gewesen war, hatte seine Spuren hinterlassen, und man lebte dazumal von den Erinnerungen, wie man heutzutage lebt von der Fähigkeit, schnell und nachdrücklich zu vergessen.

Joseph Roth, *La marcha Radetzky* (1932)
Primera Parte, VIII.

I. *Una historia previsible pero irreal*

Cuando los historiadores del derecho no saben resistirse a la fascinación del pasado próximo, ya que es el único “que en realidad nos conmueve y nos entristece”¹, siempre discurren sobre las transformaciones –reales o aparentes– que se produjeron con la entrada en vigor de los códigos burgueses de derecho privado. Hay una que, por motivos casi obvios, les atrae tradicionalmente: la del destino que el nuevo sistema de fuentes le reservaba a la enseñanza histórico-jurídica, sobre todo al derecho romano. Si deseo convertirlo en el centro de mis reflexiones, no es tanto para estimular las acusaciones o repetir las lamentaciones como para intentar hacer justicia a una estrategia que durante mucho tiempo ha resultado fácil condenar sin apelación posible.

No obstante, al enfrentarse a esta reflexión, parece indicado partir de una contraposición, cuanto menos absoluta, entre el viejo sistema de

¹ “Qui nous touche vraiment et nous attriste” A. France, *Le lys rouge*, cap. XXVI.

fuentes, que lo apostaba todo al predominio del derecho común, y el nuevo, que prefería la ley sancionada por los códigos. Nos parecen universos incompatibles e incluso los términos de una verdadera contradicción que excluía, lógicamente, toda mediación. Por eso nos resulta fácil compartir la única reconstrucción histórica sugerida y al mismo tiempo impuesta por esta premisa, que consiste en pensar que la transición del sistema viejo al nuevo fue fulminante y total. Por eso la entrada en vigor del código habría hecho obsoleto el viejo sistema de fuentes, habría sancionado automática (y necesariamente), no tanto su decadencia como su desaparición repentina y definitiva; con consecuencias, desde luego, fácilmente imaginables incluso en orden a la enseñanza académica de la materia: dominada hasta entonces por un método a un tiempo histórico y romanista, debía ahora dejar el sitio al legalismo de los códigos. Desde este punto de vista, la transición desbarataba literalmente el orden didáctico tradicional, y la parábola de la enseñanza romanista lo demuestra de manera incontestable: si durante siglos la investigación histórica había tenido que aclarar previamente los ámbitos de vigencia del derecho común, es decir, indicar cuánto de su pasado podía considerarse aún aplicable, esta función práctica la asumía ahora la codificación. Era ésta la que delimitaba el terreno del derecho positivo, y lo hacía ofreciendo respuestas claras, exhaustivas y autorizadas.

Por eso parece lícito resumir el sentido y la radicalidad del cambio afirmando que la codificación cambió de golpe incluso el estatuto personal del romanista. Puso fin a su tarea “práctica” (ya que servía tanto para cerciorarse de cuál era el derecho positivo como para aplicarlo), pero en compensación le mostró un nuevo camino a seguir: el de la reconstrucción *finalmente histórica* del antiguo derecho. Esto se considera entre nosotros, de modo instintivo, como una conquista secular, al estar acostumbrados a creer (probablemente con una brizna de razón) que solo los códigos modernos, al cortar (aunque un poco brutalmente) el vínculo con el pasado, en realidad lo “liberaron”, haciéndolo así objeto de una nueva lectura totalmente nueva porque era genuinamente histórica². Y menos

2 Esta convicción, que ya había animado en el siglo XIX a los pocos adeptos dedicados a la investigación histórica (y nombramos por todos, una vez más, a J.J. Bachofen), fue ya expresada por P. Koschaker (“Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft”, *Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Römisches Recht und fremde Rechte*, núm. 1, München/Berlin 1938, pp. 25-26), y hoy es

aún nos ha costado imaginarnos la euforia de los contemporáneos, que hemos querido considerar a menudo como romanistas emancipados de cargas asumidas de mala gana y libres finalmente para seguir su propia vocación, obviamente historiográfica.

Quien crea que este discurso se corresponde con la verdad lo hace en una acepción seguramente plausible pero también algo extravagante del término, bien porque tanto quien lo piensa y lo escribe como quien lo lee están vivos, bien porque la lógica que lo sostiene parece férrea e incontrovertible. Incontrovertible y férrea hasta el punto de conferir a nuestras conjeturas el crisma de la realidad. Es cierto que para dar algún crédito a esta descripción es necesario sobrevolar, más o menos elegantemente, embarazosas pruebas en contrario: en primer lugar, el hecho –incómodo pero indiscutible– de que los romanistas consideraron tradicionalmente la codificación como el diablo el agua bendita. La convirtieron con frecuencia en el enemigo del alma, lucharon contra ella, le echaron una culpa sobre otra y la consideraron responsable de los cambios *no precisamente liberatorios* para el futuro de su disciplina. Pero esto no nos impide seguir repitiendo impertérritos esta descripción, convirtiéndose entretanto en premisa indispensable de un discurso sobre el futuro actual de la romanística recuperado con virulencia, discurso en el que no pretendo profundizar aquí pero al que se recurre en otras colaboraciones de este mismo volumen³.

Por lo que a mí respecta, acepto el desafío que me lanzan las pruebas en contrario; no las ignoro y no las elimino, sino que las tomo en serio. Trato de reflexionar sobre las dudas que plantean, así como sobre las revisiones a las que me invitan. Y ahora me doy cuenta de que el razonamiento inicial, con el que se pueden poner en relación todas mis conjeturas, es en realidad discutible, pues da por seguras e incontrovertibles algunas pre-

a menudo compartida. Véase, por ejemplo, R. Ogorek, “Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)”, en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt 1994, pp. 12-99, en especial 17-18; E. Bucher, “Recht - Geschichtlichkeit - Europa”, en B. Schmidlin (ed.), *Vers un droit privé européen commun?*, Beiheft 16 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1994, pp. 7-31, especialmente 25-26; T. Giaro, “Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung”, *Ius commune* 21 (1994), pp. 1-43, especialmente 5 ss., 29; Íd., «Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts», *ZRG, Rom. Abt.*, 111 (1994), pp. 66-94, especialmente 89-92.

3 P. Caroni, *La soledad*, cit. pp. 89-112.

misas que, al examinar los hechos, no son en verdad ni indiscutibles ni incontrovertibles. Bastaría con pensar en este hecho: que hemos proyectado inadvertidamente sobre los romanistas del siglo XIX, sobre todo los activos en Italia y Alemania antes de la codificación y que se inspiraban de diferentes maneras en los principios de la escuela histórica, convicciones y alternativas que los historiadores del derecho no han llegado a alcanzar sino después de la codificación. Solo este artificio hace que nos parezcan historiadores “sacrificados”, pues se encargan de un servicio que les resulta ajeno y que hacen, por ello, a regañadientes, a la espera, cada vez más impacientes, de ser rescatados por la codificación. Pero las cosas, vistas con la debida prudencia, fueron luego diferentes: si los grandes romanistas alemanes e italianos del siglo XIX eran “historiadores” del derecho, lo eran como dictaba y quería el programa científico de la escuela histórica. Es decir, no eran historiadores porque se consagraran a una exploración del derecho exclusivamente historiográfica, sino porque se encargaban sobre todo de indicar cuál y cuánta parte del pasado jurídico fluía por el presente y se consideraba por ello aplicable. Quien, precisamente por esto, le eche en cara a la escuela de Savigny el haber traicionado, de forma paradójica, los cánones del historicismo⁴, debe tenerlo en cuenta cuando valore la actividad de aquellos grandes romanistas. Será entonces más realista admitir que se consideraron menos dedicados de modo pasivo que *destinados* a aquel servicio práctico (y, de modo más preciso, precisamente al hallazgo de la información sobre las instituciones romanas, así como a su elaboración doctrinal con vistas a su aplicación práctica) y que se aplica-

4 El programa de la escuela histórica no se propuso jamás privilegiar la investigación histórica de modo independiente. Como hoy se admite de forma general, tendía más bien a modificar el método del jurista en relación con el derecho positivo. En este sentido, puede ser considerado como un programa estructuralmente ahistórico, es decir, dogmático. Y, no obstante, conviene recordar que también esta connotación fue habitual en la propia escuela antes de convertirse en un elemento tradicional de nuestra argumentación. En efecto, fue un discípulo suyo (menor, pero no insignificante) quien consideró enemigo y traidor a la escuela a quien hubiera considerado a los “anticuarios” como auténticos intérpretes del mensaje histórico (G. Geib, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20). Sobre este punto, véanse ahora, entre otros muchos, Koschaker, *Die Krise*, cit., pp. 24-26, 37; G. Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, pp. 37-38; A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto. Per una “archeologia” del diritto privato moderno*, Bari 1980, pp. 25 ss.; Íd., *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari 1984, pp. 61 ss.; Ogorek, *Rechtsgeschichte*, cit., pp. 16-17, etc.

ran a él casi con devoción y sin embargo sin reservas mentales y sin sufrir por ello, por considerarse más bien los titulares de un antiguo privilegio que la codificación, desde lejos pero de forma inequívoca, se proponía suprimir. Eran los últimos representantes de los prudentes “quibus permisum erat iura condere”⁵; precisamente por esto es difícil imaginar que esperaran ser liberados de esta responsabilidad (ambicionada y socialmente satisfactoria) por un sistema cuya inminencia les amenazaba.

II. *Una historia imprevisible pero real*

Con tantos años de distancia y con una casi total ausencia de investigaciones específicas, no es fácil reconstruir al detalle el destino de una disciplina que la codificación desautorizaba entonces formalmente. Como tampoco es fácil realizar un balance creíble de lo que quedó confirmado y de lo que cambió. Pero las observaciones finales del epígrafe precedente invitan a la prudencia y sugieren dar crédito, al menos de forma provisional, a las voces marginales y aparentemente minoritarias, para intentar ofrecer un panorama orientativo, pero también diferenciado, de las reacciones documentadas. Y entonces nos damos cuenta de que la entrada en vigor del derecho codificado fue acompañada de comportamientos imprevistos y por ello inesperados, con los que los romanistas, al asumirlos, creyeron confirmar, aun en el ámbito de la nueva organización de las fuentes jurídicas, el antiguo predominio de su disciplina⁶. Recuerdo ahora los ejemplos más llamativos de esta estrategia y luego intentaré sacar de ellos las primeras enseñanzas.

1. *La inesperada derrota de la “contemplación”*

Ya en un primer examen, superficial pero no carente de atención, toma cuerpo una sorprendente sospecha: que no solo en el plano propiamente científico de la investigación, sino en el didáctico, que era el que más directamente se veía amenazado por los cambios que tenían lugar, los romanistas no acusaron repercusiones duraderas, sino que permanecieron firmes, aferrados a la silla. Continuaron eligiendo los temas de sus

⁵ *Inst. Just.* 1, 2, 8; *Gai Inst.* 1, 7.

⁶ Véanse las primeras comprobaciones en P. Caroni, “Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert”, *ZNR* 16, 1994, pp. 243-271, en especial 255 ss.

investigaciones científicas con plena libertad, pero reclamaron también y obtuvieron –aunque quizá solo tras largos y tormentosos episodios⁷– una participación estable en la enseñanza del derecho positivo. De este modo consiguieron arrancar, siguiendo caminos distintos según el momento y el lugar, un sorprendente reconocimiento oficial de su disciplina, *a la que se le asignó en general una función propedéutica*: es decir, tenía que introducir a los jóvenes alumnos en el universo de los códigos, y podía hacerlo tanto más razonablemente cuanto el código había revalorizado la tradición romanista. Los primeros ejemplos de dicha estrategia, totalmente dedicada a confirmar la *vocación sustancialmente aplicadora de los romanistas*, los encontramos en la Prusia savignyana. Pero normalmente se repiten luego en casi todas partes hasta bien avanzado el siglo XX⁸. Si hoy

7 Justamente, no es cosa de engañarse, incluso en orden a este aspecto en apariencia marginal: la promulgación de los códigos provocó normalmente reformas más o menos eficaces en la enseñanza académica. Recayeron con preferencia (como era de esperar) sobre las llamadas materias “históricas”: las salvaron, como afirmo en el texto, pero no sin antes reestructurarlas. Modificaron así el nombre de las cátedras, redujeron las horas de enseñanza, impusieron un reparto diferente de éstas, suprimieron la dualidad tradicional de “Instituciones” y “Pandectas”, etc. No es difícil imaginar que unas medidas tan radicales humillarían con frecuencia a los titulares de estas enseñanzas, imponiéndoles renuncias hasta el límite de lo soportable. Pero sería necesario analizarlo con más decisión, incluso si la cuestión es delicada, por las innegables complejidades humanas que esconde. Lo hizo de forma excelente, en el caso concreto de la Universidad de Berna: M. Reinhart, “Berner Romanistik im 19. Jahrhundert”, en Pio Caroni (ed.), *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, Frankfurt am Main 2003, pp. 27-79, *passim*, especialmente pp. 72 ss. Sobre este punto, véase también Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., pp. 254-255.

8 Remiten a este hecho autores pertenecientes a opciones científicas muy diferentes: cito, por ejemplo, a A.B. Schwarz, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe, 1960, p. 105; Íd., *Das römische Recht an der Universität Zürich im ersten Jahrhundert ihres Bestehens*, Zürich, 1938, pp. 27, 32; Schiavone, *Storiografia*, cit., pp. 22-23, 40 ss.; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, 1975, pp. 31-32, 66; G. Dilcher, «Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft», *Archiv für civilistische Praxis* 184, 1984, pp. 247-288, especialmente 254; F. Ranieri, «Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, pp. 89-101, especialmente 100; H. Peter, «Römisches Recht in der heutigen Zeit», *Schweizerische Juristen-Zeitung* 65, 1969, pp. 269-276, especialmente 270; E. Kiessling, *Labeo* 2, 1956, p. 83; Th. Mayer-Maly, «Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum», *TRG* 62, 1994, pp. 47-59, especialmente 47-50.

pueden provocar una sonrisa, pues se mantienen sobre una ficción (la de admitir la vigencia simultánea del código y del derecho común, verdaderamente imposible de comprobar⁹), confirman asimismo el hecho de que la relación entre el derecho ya codificado y el romanismo tradicional obedecía entonces a reglas menos rígidas y canónicas de lo previsto.

Traigo directamente a la memoria este hecho ya que, por sí solo, relativiza (cuando no desautoriza) todas los pronósticos más bien catastrofistas que, si bien formulados de diferentes formas por distintos autores¹⁰, en realidad tienen todos como referente la obra de Paul Koschaker. Primero en un trabajo ocasional de 1938¹¹ y luego en el conocidísimo “Europa und das römische Recht” de 1947, Koschaker denunció con dureza la tendencia de los romanistas alemanes de entonces que, tras entrar en vigor el BGB, condescendían con una postura *exclusivamente* historicista (denominada por él humanista) y *abdicaban* así de su misión educadora, no pudiendo ya esa enseñanza “cultura” reivindicar espacio alguno en los planes de estudio jurídicos¹². Si el pesimismo de Koschaker podía justificar entonces la etiqueta (inadecuada por ser claramente descalificadora) con la que caracterizaba la situación (hablaba, en efecto, de la “crisis” del derecho romano¹³), vaya por delante que su alarmismo nos parece hoy totalmente injustificado por no decir incomprensible. En efecto, es archi-

9 L. Berlinguer, «Considerazioni su storiografia e diritto», *Studi storici* 15, 1974, pp. 3 ss., especialmente 18, 20-21.

10 Remito, por una vez, a un autor poco conocido para el gran público (incluso para el romanista), que comparte el catastrofismo de P. Koschaker: J.G. Lautner, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, en particular pp. 66-108, 137 ss. Más prudente y diferente, el epílogo de M. Kaser, *ibidem*, pp. 203 ss. y especialmente 206 ss.

11 Koschaker, *Die Krise*, cit., pp. 36-37, 62-67, 75-80.

12 Koschaker, *Die Krise*, cit., p. 65; Íd., *Europa und das römische Recht*, 4ª ed. inalterada, München/Berlin 1966, en particular pp. 290-311, 337-353. Comparte también esta crítica demoledora B. Schmidlin, «Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?», en B. Schmidlin (ed.), *Vers un droit privé européen commun?*, Beiheft 16 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1994, pp. 33-56, especialmente 53. Sobre este cuestión, véase ahora M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma/Bari 1994, pp 129-130.

13 Así ya en el título del ensayo de 1938, y luego con detalle en *Europa und das römische Recht* (nota 12), pp. 337 ss.; en el mismo sentido utiliza también la expresión Lautner, *Zur Bedeutung*, cit., pp. 137 ss. Sobre este concepto específico de crisis véase asimismo la reflexión de L. Raggi, *Scritti*, Milano 1975, p. 4.

conocido que la casi totalidad de los romanistas, ya en el siglo XIX¹⁴ y con mayor razón en el XX, había relegado a un segundo plano la eventualidad de un historicismo puro y sin condicionamientos, prefiriendo una actividad empírica y dogmática útil para el derecho positivo¹⁵; y con ello le dio la espalda deliberadamente a la oportunidad de la “contemplación” en la que nos gusta ver hoy una ocasión única miserablemente perdida. Al elegir describir las cosas de este modo –también se suma esto– confirmamos nuestra inclinación por el moralismo; porque en esencia “criticamos” (como, por lo demás, criticó Koschaker), mientras tendremos que contentarnos en el fondo con entender y explicar, recordando que no toda investigación histórica podía parecerle igualmente realizable y útil al jurista práctico y que, no obstante, solo podía atraer su atención la realizada al abrigo del derecho positivo. Además, hablar tan imprudentemente de oportunidad puede contribuir a fomentar la ambigüedad, dando ampliamente por descontado que casi siempre está condenada a ser olvidada.

2. Reglas para domesticar la transición

Esta repesca de la romanística –como puede llamarse a lo que realmente ocurrió en casi todas partes– no fue desde luego el fruto de un afortunado golpe de mano, y aún menos de un destino singularmente propicio. Al contrario, era deseado desde hacía tiempo y por eso puede considerarse como la consecuencia de argumentaciones y de hábitos que sugerían (o permitían) todos ellos “leer” del modo menos traumático posible la tran-

14 Se quiere recordar con ello que incluso dentro de la escuela histórica no faltaron los llamados “anticuarios”, contrarios al “uso moderno” del derecho romano y dedicados por eso a investigaciones en parte historiográficas; pero ya entonces esta opción –que inspiró notoriamente toda la espléndida obra de Bachofen– se consideró excepcional. No obstante, se incluye también en este pequeño grupo a Paul Jörs, sobre el cual ha llamado recientemente la atención T. Spagnuolo-Vigorita, «Paul Jörs filologo e storico del diritto», *Index* 23, 1995, pp. 261-274, especialmente 268 ss.

15 Lo recordaba con agudeza L. Wenger, apuntando que “nach dem Ausgange der gemeinrechtlichen Herrschaft in Deutschland, also seit dem deutschen BGB, das Interesse am antiken Staat bei uns zunächst nicht zu-, sondern eher abgenommen hatte” (L. Wenger, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft. Erreichtes und Erstrebttes*, 2ª ed. revisada, München 1970, pp. 69-70). Por lo demás, esta opción había sido prevista hacía tiempo: véase, por ejemplo, Th. Muther, *Die Reform des juristischen Unterrichtes - Eine academische Antrittsvorlesung*, Weimar 1873, p. 12; es similar el pronóstico de R. Saleilles (citado por Koschaker, *Europa und das römische Recht*, nota 12, p. 293).

sición en curso. Con el paso de los años se transformaban en certezas a las que solo les correspondía una confirmación más o menos explícita del papel de la romanística. Recuerdo ahora tres de estas argumentaciones: todas nos resultan todavía familiares, aunque ya no todas nos convencen.

a) En virtud de la primera, el código se presentaba sólo como el último elemento del antiguo sistema de fuentes: nuevo, si se quiere, en la forma, puesto que era sofisticado y articulado, pero siempre *ius proprium vel particulare*. No aspiraba por ello a consolidarse como antítesis del derecho común, sino que se introducía más bien en él y recibía de él la luz necesaria para la interpretación, la modificación y la integración. Quien estaba conforme con esta primera certeza negaba, obviamente, la autonomía del código, luchaba contra el principio de la autointegración y deseaba además una enseñanza que situase con firmeza el nuevo derecho en el punto de vista tradicional. Esto abrió camino a diferentes soluciones, según el lugar y el momento, que iban desde la marginación casi completa del código, como la que Savigny le infligió al *ALR*¹⁶, a la reivindicación de

16 Esta opinión, bastante categórica, no es nueva. Pero hoy es aún más fácil sostenerla, dado que el texto del curso impartido por Savigny en 1824 ha sido publicado recientemente en tres versiones. Véanse F.C. von Savigny, *Landrechtsvorlesung 1824. Drei Nachschriften*, editado por Chr. Wollschläger en colaboración con M. Ishibe, R. Noda y D. Strauch, 2 vols., Frankfurt am Main 1994-1998. La opinión que se extrae corresponde esencialmente a la ya expresada por muchos autores: cito, por ejemplo, a H. Thieme, *Die preussische Kodifikation* (1937), ahora en *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte, Gesammelte Schriften*, Köln/Wien 1986, II, pp. 694-768, y especialmente 749 ss.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed. revisada, Göttingen 1967, pp. 334-335; D. Strauch, *Recht, Gesetz und Staat bei F.C. von Savigny*, Bonn 1960, pp. 47 ss., 53 ss., 80, 155-156; Íd., «F.C.v. Savignys Landrechtsvorlesung vom Sommer 1824», *Festgabe für E. v. Hippel*, Bonn 1965, p. 245-261; W. Wagner, «Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten», en H. Coing/W. Wilhelm (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, Frankfurt am Main 1974, pp. 119-152; U. Bake, *Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen*, Diss.iur., Kiel 1971, pp. 90-120; Chr. Wollschläger, «Savignys Landrechtsvorlesung: ein Beitrag zu wissenschaftlicher Juristenausbildung», en B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt (eds.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten-Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Ius commune, Sonderhefte, N. 75, Frankfurt am Main 1995, pp. 187-210. Se recuerda no obstante que tanto en el *System* como en el *Obligationenrecht* la doctrina que deriva del Código prusiano no fue totalmente ignorada por Savigny, sino presentada y discutida con frecuencia como apéndice a la del derecho común (considerada obviamente predominante). Véanse, por

la particular idoneidad propedéutica del derecho romano, todavía considerado como “una incomparable liza de la mente”¹⁷, como en Austria¹⁸ y,

ejemplo, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, pp. XXIX-XXX, 104, 201-202, 328-329, 366-367, 373; II, Berlin 1840, pp. 378-379, 416-417; III, Berlin 1840, pp. 468 ss.; IV, Berlin 1841, pp. 288 ss., 313, 343 ss., 419 ss., 476 ss., 512; VI, Berlin 1847, p. 96 ss., 120, 164, 197 ss., 255-256, 394; *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1851, pp. 128-129, 289 ss., 398-399, 482-490; II, Berlin 1853, p. 85 ss., 155 ss.

17 “Eine unvergleichliche Arena des Geistes”. Así se expresó O. Lenel, repitiendo una metáfora apreciada por los romanistas, a quienes, por lo demás, les resultó familiar incluso la correspondiente imagen de la gimnasia intelectual (O. Lenel, «Das bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts», Rektoratsrede, en *Das Stiftungsfest der Kaiser-Wilhelm-Universität Strassburg am 1. Mai 1896*, pp. 15-36, la cita en la p. 29). Similares testimonios en P.Fr. von Wyss, *Über Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des schweizerischen Rechts*, Basel 1874, pp. 24-25; H. Oser, *Der Einfluss des Schweizerischen Civilgesetzbuches auf das Studium des Privatrechts*, Freiburg (Schweiz), p. 12; A. Fernández-Barreiro, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma/Madrid 1970, p. 10; Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., p. 247. Sobre el fondo de este consenso tácito brilla a continuación, merecidamente, el escepticismo de J. Partsch, *Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität*, Bonn 1920, p. 24-25.

18 La reforma de los estudios académicos promovida por Franz von Zeiller en 1810 consideró como núcleo de la enseñanza del derecho privado la exposición y el comentario del nuevo derecho del ABGB, pero confirmó también –aun reduciendo su número de horas– la enseñanza del derecho romano, reservándose todo lo más el abolirlo más adelante. Véanse al respecto H. Lentze, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Graz/Wien/Köln 1962, pp. 62 ss., 68; Th. Mayer-Maly, «Johann Baptist Kaufmann», *Labeo* 11, 1965, pp. 302-310, especialmente 303; W. Ogris, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin 1968, pp. 6-7; K. Ebert, «Der Einfluss Franz von Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichts. Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810», en W. Selb, H. Hofmeister (eds.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten Band XIII, Wien/Graz/Köln 1980, pp. 63-93, especialmente 68-69, 78; H. Mohnhaupt, «Zeillers Rechtsquellenverständnis», *ibidem*, pp. 166-179, especialmente 171-172; W. Brauneder, «Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987», en G. Hamza, A. Földi (eds.), *Studien zum römischen Recht in Europa*, I, Budapest 1992, pp. 134-238, en especial 169 ss. Más tarde, de forma notoria, el derecho romano volvió a conquistar su parte, “recuperó” el código y, mejor aún, provocó su “pandectización”. Pero ésta es una historia diferente, en la que, por otra parte, han profundizado trabajos todavía válidos: véanse Lentze, *Universitätsreform*, pp. 95 ss.; W. Ogris, «Die historische Schule der österreichischen Zivilistik», *Festschrift*

si bien de forma diferente, en Francia¹⁹. Entre estas soluciones extremas hubo luego toda una gama de alternativas intermedias, todas igualmente problemáticas y previsibles, exactamente como las extremas, todas ellas “extraordinarias pero explicables”, como había manifestado Friedberg, a quien no le resultaba fácil ocultar su embarazo²⁰.

b) A la doctrina que consideraba el código sólo como una elaboración posterior y más orgánica del *ius proprium*, y a la persistente (y casi incólume) supremacía del programa pedagógico tradicional, le correspondía de modo especular –si bien en un plano más operativo– la regla que *confirmaba expresamente el valor subsidiario del derecho común*²¹. Ante el silencio (presumiblemente excepcional) de todas las otras fuentes jurídicas, y sobre todo de las de vigencia local –la ley, los estatutos, la costumbre, los usos–, el recurso a la mina inagotable del derecho común parecía garantizar ese mínimo de certeza al que no parecía una veleidad aspirar en un momento de transición. Por eso prescribían este recurso

für H. Lentze, Innsbruck 1969, pp. 449-496, en especial 474 ss. Remisiones posteriores en P. Caroni, «Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB», *Festschrift für H. Baltl*, Innsbruck 1978, pp. 107-122, especialmente 118 ss.

19 Para Francia, remito en primer lugar al trabajo de Fernández-Barreiro, *Los estudios*, cit.: el autor admite que el *Code* acaparó la atención de los juristas y que, como consecuencia, el derecho romano fue dejado a un lado (pp. 24-28, 39, 43-44, 56 ss., 97-98), pero recuerda que la llamada crisis de este derecho fue provocada por factores anteriores al *Code* (pp. 12, 20-24). La ley del 22 ventoso del año XII (1804) impuso asimismo su estudio, aunque limitado a las Instituciones de Justiniano y solo “dans ses rapports avec le droit français” (ibídem, pp. 17, 23-28, 56-58). Un intento que se confirmó esencialmente a lo largo del siglo: ibídem, pp. 97-98, 119, y también C. Appleton, «Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889», *Revue internationale de l'Enseignement* 11, 1891, pp. 235-278, especialmente 246 ss.

20 “Merkwürdig und doch erklärlich”. E. Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, Leipzig 1896, p. 7. La crítica de esta postura en R. Stammler, *Die Behandlung des Römischen Rechts in dem juristischen Studium nach Einführung des Deutschen Reichs-Civilgesetzbuches*, Akademische Antrittsrede, Freiburg i.Br. 1885, pp. 6-8; D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Gießen 1985, pp. 9-10.

21 Las primeras informaciones sobre las remisiones a dicha regla en P. Caroni, “*Privatrecht*”: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Frankfurt am Main 1999, pp. 72-73.

tanto las consolidaciones de finales del siglo XVIII²² como las numerosas codificaciones del XIX²³, así como insignes representantes de la civilística coetánea²⁴, generando la comprensible perplejidad en unos, pero contribuyendo también a tranquilizar a otros²⁵.

22 Las he mencionado someramente en el trabajo recordado en la nota precedente. Véase también A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979, pp. 255-256.

23 Código civil del Tesino 1837, Art. 5; Código civil del Tesino 1882, Art. 3; Bündnerisches Zivilgesetzbuch 1862, § 3 (sobre él, véase ahora el comentario –más bien superficial– de M. Cavigelli, *Entstehung und Bedeutung des Bündner Zivilgesetzbuches von 1861. Beitrag zur schweizerischen und bündnerischen Kodifikationsgeschichte*, Freiburg [Schweiz] 1994, pp. 96-98); Regolamento legislativo per gli Stati pontifici (1835), Art. 1. Debe añadirse también el art. 3 de las Disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865, que –precisamente como el art. 15 del Código civil del Reino de Cerdeña de 1837– remitía subsidiariamente a los “principios generales del derecho” y por consiguiente, según una acreditada interpretación, al derecho común (véase F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 4-5). Y, finalmente, no puede olvidarse el conocidísimo § 7 del ABGB austriaco, que se refería a los “natürliche Rechtsgrundsätze” en los que se identificaron sin problemas –cuando pareció necesario– los principios del derecho común: véanse al respecto Caroni, *Der unverstandene Meister?*, cit., pp. 112-113, y los otros trabajos allí citados.

24 Véanse, por ejemplo, C.G. Wächter, «Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht», *Archiv für civilistische Praxis* 23, 1840, pp. 33-111, en especial 34-35; C.F.F. Sintenis, *Zur Frage von den Civilgesetzbüchern. Ein Votum in Veranlassung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1853, pp. 77 ss. (a cuya toma de posición van destinadas también las reflexiones de H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht-nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1983, p. 114, y ahora sobre todo las de Chr. Ahecin, «Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1863/1865», *Ius commune*, Sonderhefte, N. 85, Frankfurt am Main 1996, p. 176, y también el debate citado *infra*, nota 25). Sobre la postura que, de forma semejante, fue adoptada por el conocido jurista de Valtellina Alberto De Simoni a principios del siglo XIX, han llamado la atención A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 148-151; R. Bonini, *Dal Code civil ai codici della Restaurazione. Il diritto privato nella prima metà dell'Ottocento*, I, *Fra Settecento e Ottocento*, Bologna 1997, pp. 40, 233.

25 Los sentimientos contradictorios a los que se alude en el texto se repiten con regularidad en los debates parlamentarios relativos a las disposiciones citadas arriba. Véase, por ejemplo, respecto al art. 5 del Codice civile ticinese, en el *Bullettino delle sessioni del Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino*, sesión ordinaria, mayo de 1837,

c) Todas estas reglas, que reflejaban fielmente la inserción del código en el sistema de fuentes tradicional, podían parecer creíbles y razonables, pero solo porque procedían de un hecho que pronto fue observado con satisfacción: los códigos habían puesto en valor de forma masiva el derecho histórico hasta entonces practicado, tanto el común como el local. Con frecuencia, sus reglas correspondían literalmente a las corroboradas por la tradición, lo que pudo inducir a los intérpretes a considerarlas como simples “colecciones de reglas de derecho común que deben su fuerza de ley a la autoridad del Estado”²⁶. Comoquiera que fuera, gracias a este fútil motivo pudieron los códigos propiciar una interpretación de la transición en curso que dejaba poco espacio a hipótesis de ruptura y subrayaba, en compensación, la perduración del viejo orden.

La salida natural de este itinerario, que –como veremos– condicionó durante generaciones la enseñanza de la historia en las facultades de derecho continentales, se manifiesta en las propuestas elaboradas en la llamada conferencia de Eisenach de 1896²⁷. Habiéndose establecido que en el futuro la enseñanza del derecho privado debía versar preferiblemente sobre el nuevo código (es decir, sobre el *BGB* que estaba ya a punto de llegar), se decidió que fuera precedida de “dos cursos sistemáticos propedéuticos sobre los fundamentos jurídicos romanos y alemanes”²⁸.

pp. 89-96; y también *infra*, pp. 287 ss. Es también notable el debate al respecto sobre el art. 7 de la Ley francesa de 21 de marzo de 1804 (al que remite U. Petronio, «Una categoría storiografica da rivedere», *Quaderni fiorentini* 13, 1984, pp. 705-717, especialmente 712 ss.), y también el que se desarrolló en Sajonia con ocasión de la elaboración y la promulgación del *BGB* de 1863/1865 (que ha sido ahora reconstruido de modo minucioso en un trabajo muy reciente de Ahcin, *Zur Entstehung*, cit., pp. 71, 163, 169, 178-181, 266, 280 ss., así como el documento publicado como apéndice, pp. 321-327).

26 Así definió Biagio Brugi el Código civil italiano de 1865 (véase la remisión en Caroni, “*Privatrecht*”, p. 73).

27 En la reunión, organizada por las tres facultades mayores del Imperio (Berlín, Leipzig y Múnich) y que tuvo lugar en Eisenach el 23 de marzo de 1896, se discutieron las modificaciones de los programas impuestas por la inminente entrada en vigor del *BGB*, considerándose oportuno adoptar un modelo uniforme. Participaron en ella 65 catedráticos en representación de todas las facultades de derecho excepto la de Estrasburgo. A Lenel le habría gustado conceder aún más espacio a la enseñanza del derecho romano (véase Lenel, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, pp. 20 ss.). Se detiene con detalle sobre la reunión la exposición de Friedberg. Recientemente ha escrito al respecto I. Ebert, *Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preussen (1849-1934)*, Berlin 1995, pp. 101 ss.

28 “Zwei propädeutische systematische Vorlesungen über dessen römischrecht-

¿Qué razones sugirieron esta propuesta, deponiendo finalmente a favor de este “desdoblamiento”? ¿Y cuáles ampararon después la adopción de este modelo? Son fundamentalmente tres: en primer lugar, la obvia comprobación de que el código había revalorizado en realidad muchos elementos de una y otra tradición; en segundo lugar, la convicción de que solo el conocimiento previo de estos elementos podía luego garantizar tanto una correcta interpretación como una posterior elaboración armónica; y finalmente, la certeza de que este conocimiento previo debía obtenerse respetando plenamente las condiciones históricas concretas *y, por eso, de forma independiente*. Todo ello debió parecer obvio a los profesores presentes (y generalmente fue compartido por muchos de sus sucesores²⁹)

liche und deutschrechtliche Grundlagen”. Friedberg, *Die künftige Gestaltung*, p. 17. Pero se añade que esta solución correspondía esencialmente a la adoptada por la facultad de derecho de Leipzig en 1865, cuando entró en vigor el BGB sajón (véase el informe correspondiente de la Facultad redactado por C.G. Wächter, publicado ahora por Ahecin, *Zur Entstehung*, cit., pp. 338-347, especialmente 338-347), así como a ideas repetidamente difundidas en el período inmediatamente anterior a la elaboración del BGB. Véanse, por ejemplo, Muther, *Die Reform*, cit., p. 8 y sobre todo 11; Stammler, *Die Behandlung*, cit., pp. 26-27. Pero fue M. A. v. Bethmann-Hollweg, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, Bonn 1876, p. 59, quien más insistió sobre este aspecto, creyendo que el único modo apropiado de acercarse al futuro código imponía “auf dessen Quellen zurückzugehen und es daraus zu erläutern”. De lo que derivaba una clara reivindicación: “Wir fordern daher als grundlegend einen rein wissenschaftlichen, auf die Rechte, aus welchen das Gesetzbuch hervorgegangen, gegründeten Unterricht” (*ibidem*, pp. 59-60); respetuosa, obviamente, con la dualidad que caracterizaba (también) a la situación alemana (*ibidem*). Pero era evidente que había exagerado en su deseo de que este estudio preliminar ocupase los tres primeros años de formación académica, porque marginaba el derecho del nuevo código, relegado de este modo al cuarto año final (*ibidem*, pp. 63-64). Es comprensible la crítica al respecto de Stammler, *Die Behandlung*, cit., pp. 4-5.

29 Véase en primer lugar el testimonio de algunos contemporáneos: H. Dernburg (véase al respecto K. Luig, «Heinrich Dernburg», en H. Heinrichs/H. Franzki/K. Schmalz/M. Stolleis (eds.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, pp. 231-247, especialmente 239); Friedberg, *Die künftige Gestaltung*, cit., p. 17; Lenel, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, cit., pp. 26, 30 ss.; F. Regelsberger, «Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 41, 1900, pp. 251-288, especialmente 282-283. Más tarde, estas tres certezas fueron repetidas numerosísimas veces: véanse, por ejemplo, Partsch, *Vom Beruf*, cit., pp. 6, 10 ss., 27; M. Gmür, «Zivilgesetzbuch und akademischer Unterricht», *ZbJV* 40, 1904, pp. 489 ss., especialmente 496-498; A. Beck, en P. Caroni, J. Hofstetter (eds.), *Itinera iuris. Arbeiten zum römischen Recht und zu seinem Fortle-*

porque que el BGB era, *no tanto el inicio de una nueva época, cuanto la conclusión de una larguísima historia*³⁰ en la que el derecho nacional (y el correspondiente local) y el derecho común parecían avanzar justamente por caminos separados.

3. *La continuidad larvada*

Detengámonos aquí, abandonemos por el momento otras pistas³¹ y, antes de preguntarnos por los motivos de cuanto de modo indiscutible desvela la documentación, intentemos una primera recapitulación: hasta ahora, hemos comprobado la existencia y la singular longevidad de convicciones, reglas y actitudes que tienden todas ellas –justamente como cada uno de los movimientos de una estrategia común– a intentar “bloquear” la codificación, a apartarla de su dinámica para llevarla a la del sistema del derecho común (distinta estructuralmente). Si nos dedicáramos ahora a analizar críticamente estos hallazgos, a examinarlos sobre el fondo de los principios teóricos que sostenían el código, deberíamos considerarlos como “errores” macroscópicos o vulgares “malentendidos”: en efecto, todos contradecían los principios teóricos o las reglas con cuyo establecimiento el código aspiraba a consolidarse. También nosotros podríamos

ben, Bern 1980, passim, especialmente pp. 235-239, 341 ss.; P. Liver, «Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht», en *Rechtsgeschichtliche Aufsätze*, herausgegeben zum 80. Geburtstag des Autors, Chur, 1982, pp. 1-16, especialmente 5-6.

³⁰ En este sentido, de modo explícito, Friedberg, *Die künftige Gestaltung*, cit., p. 17 y más tarde pero no de forma menos clara, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 461.

³¹ Una podría ser la de un análisis más desapasionado (pero también más profundo) del art. 19 del programa oficial del partido nacionalsocialista, que condenaba el derecho romano por ser útil para las necesidades de una “materialistische Weltordnung”. Muchos romanistas lo consideran inexplicable, cuando no la “unbedachte Übernahme” de un postulado formulado ya antes de la entrada en vigor del BGB y desde hacía tiempo llevado a cabo (en este sentido, de forma explícita, Th. Mayer-Maly, «Europa und das römische Recht», en W. Schumacher [ed.], *Perspektiven des europäischen Rechts*, Wien 1994, pp. 27-31, especialmente 27). ¿Pero por qué no plantear la hipótesis de que quisiera atacar una tradición todavía fuerte que se había consolidado a despecho de la codificación? Indican otras pistas para la investigación, en las que aquí desde luego no se profundiza, Calasso, *Introduzione*, cit., pp. 12, 26 ss.; D. Corradini, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971, pp. 58, 126; Klippel, *Juristische Zeitschichte*, cit., pp. 9-10.

condenar todo esto³² en atención a la lógica formal. Pero si lo hiciéramos se nos escaparía el mensaje que, mejor o peor, transmitían implícitamente todas estas “incongruencias” y al que habremos de atender con preferencia, porque nos obliga a repasar nuestras percepciones de lo que fue el “tránsito histórico del derecho común a la codificación”³³. Estábamos acostumbrados desde hacía tiempo a una transición guiada por los argumentos lógicos correspondientes a un nuevo paradigma (como se prefiere decir hoy) y, por ello, tan fulminante como traumática: algo como una interrupción brusca de una continuidad secular, con todas las consecuencias del caso (incluso psicológicas). En realidad hubo cambio y fue radical, pero fue menos rápido y tumultuoso de lo previsto. Todo ocurrió lentamente, sin que podamos hablar por este motivo de retraso³⁴. Y todo se desarrolló sin demasiadas alteraciones, casi imperceptiblemente: en realidad, parece estar justificado creer que *sub specie continuitatis*. Por lo demás, los protagonistas de la aventura la vivieron como una evolución lenta y natural del sistema tradicional, como una simple “cambio” que no ponía en peligro los fundamentos del viejo orden³⁵, junto a la absoluta certeza de que “cuando la agitación originada por el código alemán se apacigüe, el estudio del derecho romano será tan regular como ha vuelto a serlo tras la aprobación del código prusiano [wenn die Wogen, welche das deutsche Gesetzbuch hervorgerufen hat, sich beruhigt haben werden, das römische Rechtsstudium ebenso wiederkehren wird, wie es nach dem Erlass des

32 Y aquí nos encontramos a menudo con condenas sin apelación. Véanse, por ejemplo, Calasso, *Introduzione*, cit., p. 5; Fernández-Barreiro, *Los estudios*, cit., pp. 123-125; B. Windscheid, *Carl Georg v. Wächter*, Leipzig 1880, p. 63-64; K. L. Arndts, *Gesammelte civilistische Schriften*, III, Stuttgart 1874, pp. 153, 261, 387, 392, 404, 477-478. Me pregunto cada vez con mayor frecuencia: ¿es lógico persistir en una postura que nos exige reprochar continuamente a los protagonistas de las historias que queremos describir no haber entendido, haber equivocado, tergiversado o haber asumido una actitud indiferente o apática solo porque se aleja de nuestras previsiones? ¿Qué clase de historiografía es la que concede a los protagonistas solo la posibilidad de equivocarse o de darnos la razón, por no haber visto aún lo que nosotros vemos o por haber previsto lo que nosotros hemos llevado a cabo?

33 Así se expresa Calasso, *Introduzione*, cit., p. 5.

34 Esta evolución obedeció simplemente a “otro ritmo”, que no podemos calificar de lento solo porque no responda a la velocidad prevista de forma teórica.

35 Es digna de ser tenida en cuenta la reflexión al respecto de M. A. v. Bethmann-Hollweg, *Ursprung der lombardischen Stadtfreiheit*, Bonn 1864, p. 647, sobre la cual llama la atención Cassandro, *Metodologia storica*, cit., p. 33.

preussischen Landrechts wiedergekommen ist]”, dado que este estudio seguía siendo “el fundamento de la ciencia jurídica alemana”³⁶. Y tampoco interpretan hoy de forma diferente aquellos remotos acontecimientos los autores que consideran la codificación como un “momento histórico propio aún de la historia del derecho común”³⁷, o bien “el parto moderno del sistema del derecho común”, lo que parece finalmente una confirmación de la verdad mencionada en la cita inicial que el melancólico cronista del ocaso de los Habsburgo supo intuir y expresar antes y más sugestivamente que otros: “Todo lo que crecía necesitaba mucho tiempo para crecer; y todo lo que acababa necesitaba largo tiempo para ser olvidado”.

4. *La inesperada llegada de las “hipertrofias”*

Con el paso de los años, disminuyó la niebla que envolvía inicialmente a la codificación y que solo dejaba ver una línea de perfiles imprecisos y superficiales. Permitió por fin al nuevo orden de fuentes mostrarse tal como era: nítido y directo, desde luego menos farragoso que el anterior. Reducido originariamente al esqueleto, se enriqueció de forma progresiva con todas las adquisiciones y se plegó a todas las interpretaciones que la evolución social reclamaba en el ámbito jurídico. Podremos considerarlas todas ellas como hipertrofias³⁸ que aparecieron inesperadamente a lo largo del camino y que se convirtieron entonces en los auténticos fundamentos del nuevo concepto de codificación³⁹: la tendencia a la exhaustividad, el

36 “Die Grundlage der deutschen Rechtswissenschaft”. En este sentido, explícitamente, Th. Mommsen, *Deutsche Juristen-Zeitung* 5, 1900, p. 257.

37 En este sentido, M. Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*, Actes del IIIer Simposi Internacional (5-7 de noviembre de 1992), Barcelona 1993, pp. 71-83, las dos citas en pp. 75 y 81 respectivamente; Íd., «A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napoléon», *Tulane Law Review* 70, 1996, pp. 1041-1051, especialmente 1049-1050. En las mismas convicciones se inspiran hoy otros autores: por ejemplo, Mayer-Maly, *Europa*, cit., *passim*; Petronio, *Una categoria*, cit., *passim*; Schmidlin, *Gibt es ein gemeineuropäisches System*, cit., *passim*, especialmente pp. 35 y 51 ss.; C. Baldus, A. Wacke, «Frankfurt locuta, Europa finita?», *ZNR* 17, 1995, pp. 283-292, especialmente 286.

38 Utilizo esta metáfora en el sentido que le atribuye R. Sánchez Ferlosio cuando habla de “hipertrofia de la función”; por ejemplo, en *La freccia nell’arco*, Milano 1992, pp. 26, 34, 66 ss., 151 ss.

39 La problemática intervención de Petronio, *Una categoria*, cit., en particular pp. 714-716, me ha ayudado a valorar de este modo la evolución concreta.

rechazo de la heterointegración⁴⁰, la unificación social conseguida a través de la generalización de la subjetividad jurídica y la primacía de las reglas de origen contractual, por no citar más que ejemplos de todos conocidos. Se volvía así lentamente visible y operativa la neta y lógica contraposición de los dos sistemas, que sería ridículo e incluso antihistórico discutir o ignorar solo porque no fue instituida autoritariamente mediante un acto legislativo claro y perentorio, e iba constituyéndose día a día, reflejando también de forma especular los lentos progresos de la sociedad burguesa en su progresiva ocupación de los espacios hasta entonces administrados por la iniciativa estatal⁴¹. En otras palabras: solo la distancia en el tiempo –más o menos dilatada– permitió observar mediante qué estrategias concretas podía ser aprehendida la codificación y a qué servicios podía plegarse. Un visionario –convengo en ello– también habría podido renunciar a ello y sentenciar en seguida; un visionario como Savigny, que antes y mejor que los demás había intuido la peligrosidad del ideal codificador, porque también lo había comprendido realmente antes y con más claridad que los demás –escrutando atentamente su potencialidades–⁴².

Entre tanto, la distancia entre unos inicios tan tímidos e inestables y nuestras actuales certezas dogmáticas se ha vuelto sideral. Quien no esté dispuesto a admitirlo debería releer con la debida atención los términos del debate que se desarrolló en el *Conseil d'État* francés en relación con el artículo de la ley preliminar de 21 de marzo de 1804, que enumeraba las fuentes jurídicas a las que ya no se le permitía al juez recurrir en el futuro⁴³. Es verdad que la versión finalmente aprobada abrogó en bloque las leyes romanas, así como los otros derechos preexistentes⁴⁴. Pero también

40 Precisamente en relación con estos dos primeros ejemplos, Ascheri, *Dal diritto comune*, cit., p. 74, ha hablado de “superfetación sucesiva”.

41 Una breve alusión a estos temas en mi recensión de la obra de A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991, publicada en *ZNR* 16, 1994, pp. 445-448.

42 He intentado reflexionar a menudo sobre los méritos que todavía se le atribuyen al concepto savignyano de codificación, y por último en los trabajos que cito en la nota 67.

43 Han sido publicados en P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, pp. LXXXI ss.; J.-G. Loaré, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, I, *Codice civile*, Napoli 1840, pp. 82-91.

44 El art. 7 de la Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre

es verdad que se llegó casi por casualidad, en todo caso no a consecuencia de argumentos dogmáticos o valoraciones que para nosotros son ciertos e indiscutibles, sino durante una controvertida discusión cuyo resultado fue dudoso durante mucho tiempo. Era normal que ocurriera así, porque en la situación aún fluida en la que se movían entonces los codificadores, todo (y lo contrario de todo) parecía aún imaginable, realizable y plausible. Podría decir incluso que, desde una perspectiva posterior, la versión que finalmente se adoptó también podía considerarse como la única victoria posible de la razón; pero en la realidad de los comienzos, ya tan remota, tan solo fue considerada como el único compromiso factible⁴⁵.

III. *¿Por qué la continuidad?*

Antes de preguntarnos por el valor que esta transición “diferente” puede tener para nosotros, y en particular antes de examinar si sigue siendo adecuada para caracterizar la enseñanza de la historia del derecho, es urgente *reflexionar sobre las causas y los motivos*. Esto significa también reflexionar sobre la naturaleza y la incidencia de las condiciones que favorecieron la aparición de la postura que se acaba de describir, en la que se refleja, por utilizar una expresión ya usada, una continuidad larvada y, sin embargo, un modo distinto e indudablemente menos eufórico de entender la codificación. Debo aclarar previamente que no lo hemos hecho casi nunca, simplemente porque, víctimas de nuestros prejuicios, no nos hemos dado cuenta del fenómeno en sí mismo, de sus dimensiones reales y de su obvia “regularidad”. Si, excepcionalmente, nos tropezamos con alguna resistencia, o incluso solo con la intención de discutir cualquier aspecto del nuevo programa codificador, entonces, sin malicia pero también sin demasiada sensibilidad histórica, tratamos de eliminar el obstáculo como pudimos: minimizando lo sucedido, considerándolo fruto de

de Code civil des Français, de 21 marzo de 1804, decía: “À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d’avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l’objet desdites lois, composant le présent Code”.

⁴⁵ Este episodio emblemático ha sido analizado recientemente por U. Petronio en los *Quaderni fiorentini* 7, 1978, pp. 506-507, y sobre todo en el ensayo ya citado *Una categoria (supra, nota 25)*, especialmente pp. 712-715. La interpretación de este autor es ahora compartida por Ascheri, *Dal diritto comune*, cit., pp. 73-74.

cerrazón o de insensibilidad, cuando no de abierta obstrucción. O bien acusamos mentalmente a los grandes romanistas de la transición de haber dificultado el proceso codificador por una reticencia instintiva y, por consiguiente, preconcebida, quizá por atender exclusivamente a salvar un monopolio que les permitía administrar el pasado en función del presente. Hoy creo que argumentando así nos contentaremos con afirmaciones repetidas con frecuencia y nos quedaremos en la superficie. Por este motivo, creo urgente reabrir la investigación sobre los motivos de la continuidad larvada, porque finalmente no nos interesa tanto acusar, condenar o absolver, cuanto comprender y explicar⁴⁶.

Para hacerlo, antes que nada me parece útil recordar cuanto he apuntado al comienzo en cuanto al papel específico asignado a la historia en el programa de la escuela histórica. Decía que era útil, tanto para identificar los materiales históricos aún vigentes como para su elaboración dogmática con vistas a la aplicación práctica. La codificación subvirtió este programa y modificó sus equilibrios, *pero sin destruirlo*. En efecto, si transfirió al legislador estatal la tarea de delimitar el terreno del derecho positivo (perfeccionando lo que quienes vinieron detrás denunciaron como una “expropiación” al jurista, y no se entiende bien por qué esta metáfora –por lo demás singularmente acertada– tiene que provocar malhumor⁴⁷), confirmó sin embargo la tarea dogmático-práctica del historiador. Es ésta una tarea que los romanistas aceptaron cumplir con gusto y respetaron luego meticulosamente, ya que se refería a instituciones concretas que, de contentarse con las palabras, bien podían considerarse las “mismas”, primero siguiendo libremente su curso en la historia y luego encerradas en la autoridad el código. Aunque es cierto que la asunción

46 He retomado aquí –sobre todo para uso personal– alguna duda ya señalada en Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., pp. 254-257.

47 De ello ha hablado en diferentes contextos y en muchas ocasiones P. Grossi. Véanse, por ejemplo, «Epicedio per l'assolutismo giuridico», *Quaderni fiorentini* 17, 1988, pp. 517-532; Íd., «Assolutismo giuridico e proprietà collettive», *Quaderni fiorentini* 19, 1990, pp. 505-555; Íd., «Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX», *RSDI* 64, 1991, pp. 5-17; Íd., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, en Università degli Studi di Firenze, Inaugurazione dell'anno accademico 1996-1997, pp. 35-45, passim; Íd., «Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)», en G. Rebuffa, G. Visintini (eds.), *L'insegnamento del diritto oggi*, Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova, Collana di monografie, N. 71, Milano 1997, 255-265. No compartía este punto de vista Ascheri, *Dal diritto comune*, cit., especialmente pp. 72-73.

(o quizá mejor y de forma más realista, la reivindicación perentoria) de esta obligación, y por eso la alternativa declaradamente desfavorable a las visiones historiográficas (si se puede hablar realmente de alternativa), se mostraba también como la única opción factible, casi como una estrategia para *domesticar rápidamente el nuevo sistema* e impedir así que su propia autonomía enseñara las garras.

Por lo demás, otras necesidades y también otras esperanzas empujaban en esa dirección e incitaban a no preocuparse demasiado por sutilezas. Darse cuenta de ello significa indicar, más allá de lo que se acaba de recordar y que continúa siendo un tema esencial, otros momentos adecuados para explicar, al menos parcialmente, la “naturaleza” (por no hablar de la “suavidad”) de la transición. Se recuerda así, al menos respecto a la evolución doctrinal italiana que siguió al Código civil de 1865, el valor marcadamente jurídico-político que se le atribuyó a la romanística, que hizo creer en su vocación nacional en consideración a su función unificadora, tal como pretendió al comienzo Filippo Serafini y repitieron luego Vittorio Scialoja y Pietro Bonfante⁴⁸. Todos estos son momentos que revelan la existencia de un nexo claro entre la constitución política y la previsible organización de la civilística y que explican también por qué el Código de 1865 no fue considerado, por mucho tiempo, como “una adaptación del derecho romano a la vida social actual”⁴⁹.

Seguramente fueron distintas las razones que explican la postura semejante que adoptaron los romanistas alemanes, ligados no tanto a una vocación jurídico-política cuanto a la hegemonía científica ejercida en el ámbito continental por la pandectística. Contentarse entonces con una mirada exclusivamente retrospectiva significaba perder en adelante el contacto con el derecho vigente y hacer peligrar así una primacía hasta entonces indiscutida, de la que estaban orgullosos muchos juristas en Alemania⁵⁰.

48 Véase al respecto el cuidadoso análisis de A. Schiavone, «Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma/Bari 1990, pp. 275-302, especialmente 278-289, 292-293, 297 ss. Es distinto el punto de vista de M. Talamanca, «La romanistica italiana fra Otto e Novecento», *Index* 23, 1995, pp. 159-180, aunque no excluye a priori una comprobación similar. Véase, en particular, en lo que se refiere a la “ambivalencia didáctica”, *ibidem*, pp. 168, 170, 172-173, 178.

49 En este sentido, B. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Verona/Padova 1897, p. 13 (citado por Schiavone, *Un'identità perduta*, cit., p. 283).

50 Muchos autores dan muestra de este temor, entre otros Friedberg, *Die künf-*

Y finalmente, como conclusión, ¿por qué excluir que, en cualquier caso, precisamente la disponibilidad para asumir este papel nuevo pero también tradicional representó quizá la única (o la última) posibilidad de estar materialmente en la superficie, de no ser tragados por la ola que se elevaba cada vez más amenazadora y que obligaba entonces al jurista a mirar siempre en dirección contraria? ¿Por qué no percibir en su más o menos dócil adhesión a un nuevo programa, no solo la fuerza aún intacta de una tradición secular (como tienden a demostrar los temas hasta ahora enumerados), sino también *la tradición de la fuerza*, es decir el deseo de los cultivadores de una disciplina hasta entonces dominante de preservar incólume, en la medida de lo posible, ese poder académico, científico y social al que se habían acostumbrado lentamente y del que temían ser excluidos por no alinearse a tiempo? Me doy cuenta de que, al afirmarlo (y además sin poder mostrar las pruebas que hacen al caso), el discurso se vuelve repentinamente complejo y delicado; pero no por esto podrá ser evitado en el futuro.

IV. Pro futuro: ¿cómo y qué enseñar?

1. Una pregunta final

Es cierto que un conocimiento más creíble de todos estos hechos y, en particular, de la resistencia (implícita o declarada) opuesta por los cultivadores del derecho común a la lenta pero inexorable consolidación del sistema codificador, de los motivos que la provocaron y la justificaron así como de las formas concretas mediante las cuales, más que reducir, constriñó la correspondiente enseñanza académica, satisface ampliamente la curiosidad del historiador; y esto es, en el sentido propio de la expresión, no solo deseable, sino también “útil”. Pero me pregunto cada vez con más frecuencia si, además de eso, no debe considerarse también *edificante*, es decir, constructivo, pues, al final, también indica los itinerarios a los que será oportuno atenerse en el futuro para no incurrir en una condena desagradable.

Antes de contestar a esta pregunta, que no solo es la última, sino también la única que nos atañe directamente, es útil recuperar una re-

tige Gestaltung, cit., p. 10; Regelsberger, *Ersatzpflicht*, cit., p. 288; Partsch, *Vom Beruf*, cit., p. 17; Wenger, *Der heutige Stand*, cit., pp. 107-108; Koschaker, *Die Krise*, cit., p. 36.

flexión acerca de la “utilidad” de la historia y tener presentes dos premisas.

En primer lugar en cuanto a las enseñanzas concretas que toda mirada retrospectiva aspira a ofrecer: seríamos contrarios a la verdad, más que malintencionados, si nos limitásemos a correr siempre en la misma dirección, como signo de una continuidad que se ha alzado como principio autorreferencial. Es cierto, justamente, lo contrario: que el pasado, *desvelando quizá despiadadamente la historicidad de sus alternativas y de sus instituciones, las somete continuamente a discusión*, induciéndonos así –como principio y hasta prueba en contrario– a considerarlas todas ellas contingentes y transitorias. Si verdaderamente se nos impone una tarea, no es desde luego la de aceptar sin replicar⁵¹, sino otra más bien problemática, la de evaluar las razones para la elección antes de que decidamos *pro futuro*. Reflexionar sobre el pasado no significa compartir automática y necesariamente sus respuestas, sino *plantear de nuevo sus propias preguntas* para descubrir si entre todo lo que arrastra serenamente o como un torrente impetuoso no hay quizá algo que tenga todavía alguna utilidad. Por eso no resulta contradictorio, y menos aún escandaloso, volver a plantear, en el umbral del nuevo milenio, el problema tradicional: ¿es deseable enseñar la historia moviéndonos a lo largo de los caminos tradicionales o conviene quizá trazar otros nuevos?

Y ahora dos premisas que es necesario recordar porque, como todo lo que es obvio, corren siempre el peligro de ser olvidadas.

La primera: la enseñanza de la historia que centrará ahora nuestras reflexiones es exclusivamente *la destinada a los juristas* y, por ello, la impartida en las facultades de derecho. Si aún la consideramos indispensable es solo porque transmite un mensaje necesario a diario para los prácticos que contribuimos a formar cuando, en el ámbito de su actividad puramente profesional, quieran entender *las reglas del derecho vigente* y aclarar su alcance real o su valor social efectivo⁵². Por eso solo puede proponerse a este título la *historia que desemboca necesariamente en el pre-*

51 “Allinearci come cal mucchi”. Debo esta espléndida metáfora a Bretone, *Diritto e tempo*, cit., p. 92, que la descubrió en los textos de N. Th. Gönner.

52 He intentado reflexionar sobre esta “otra evidencia” del mensaje histórico destinado al jurista en una breve intervención a la que remito gustosamente: «La otra evidencia de la historia jurídica», en P. Caroni (ed.), *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid 2010, pp. 55-87.

sente y concluye al amparo del derecho vigente, fundiéndose casi con sus comienzos. No es que la “otra” historia sea menos verdadera, interesante o digna; es solo menos útil para las exigencias profesionales de quien vive y se consume en el universo práctico del derecho positivo.

La segunda: este derecho positivo, sobre todo el privado, nos ha llegado generalmente bajo una *forma específica*, la del código, es decir, la de una ley caracterizada por ciertas peculiaridades (por lo demás conocidas) y que se convirtió, antes o después, en el perno de un nuevo sistema de fuentes.

Debidamente relacionadas, estas dos premisas interpelan directamente al historiador porque condicionan por completo tanto el programa como el método concreto que deben ser elegidos en el ámbito de la enseñanza. Y de un modo aún más preciso, hacen depender uno y otro del significado concreto que adquiere el concepto de codificación, tanto en la evolución histórica como en nuestras reflexiones al respecto. Por ello es necesario volver a él.

2. La codificación que confirma y la que renueva

Las alternativas, al menos las decisivas en este punto de la discusión, son conocidas y se deducen con claridad del título de este epígrafe. Bastará pues con resumirlas.

Quien, como los autores que ya he mencionado, se ha preocupado ante todo del *contenido del código* y ha centrado su examen en las reglas concretas sancionadas en los diferentes artículos o párrafos, se las ha tenido que ver normalmente con conceptos y soluciones ya probadas por un uso secular y que, por este motivo, parecían remitir siempre al pasado, como si, de este modo, quisieran privilegiarlo. Asignará entonces instintivamente a la codificación significados acordes con una tendencia conservadora; la considerará como el apogeo de una larga evolución, la solemne confirmación de la intrínseca bondad de normas “premiadas” entonces por estar incluidas en el código⁵³, un producto espectacular de la continui-

53 Este hecho explica por sí solo por qué muchos historiadores del derecho (aunque se trata sobre todo de romanistas) no se han cansado aún de buscar soluciones tradicionales entre las hojas de los códigos burgueses y para desenmascarar las aparentes novedades doctrinales, legislativas o jurisprudenciales, poniendo al desnudo “despiadadamente” sus remotas raíces (o prefiguraciones) históricas. Entre las investigaciones más recientes representativas de esta tendencia, cito, por ejemplo, a R. Zimmermann, «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit», (*Deutsche*)

dad del derecho, la homologación implícita de algunas partes del pasado jurídico, etc. Y, en consecuencia, propondrá una enseñanza histórica del derecho codificado totalmente especular a esta inspiración fundamental: una enseñanza que distinguirá previamente las disposiciones del código según sus diversos orígenes y propondrá estudiar después *por separado* la evolución, como convinieron en hacer los profesores alemanes reunidos en Eisenach en 1896⁵⁴.

Quien, por el contrario, atendía más bien *a la forma*, que había sido precisamente el caballo de batalla de la ilustración jurídica, se sentía llevado obviamente en otra dirección, pues intuía que la codificación, al alejarse de modo visible de los equilibrios y de la organización gradual tradicional, fijaba las líneas de un nuevo universo jurídico, autónomo y autorreferencial, completamente intransitivo, en cuyo interior el valor de los elementos individualmente considerados se comprobaba, no por cuanto el pasado sugería al respecto, sino solo a consecuencia del puesto que ocupaban en el nuevo universo. La codificación evocaba involuntariamente una jaula: en el momento de entrar en ella cada una de las reglas, cambiaban, si no precisamente de identidad, sí de valor; se les hurtaba su historia y con frecuencia eran sometidas a un nuevo servicio. Incluso en el caso de que se hubiese confirmado el antiguo dictado, pues repetían su texto con exactitud, palabra por palabra, no podían permanecer, no permanecían invariables. Esta convicción, compartida por muchos autores⁵⁵, induce a juzgar de modo diferente el impacto jurídico-político provocado por la codificación: no en términos de confirmación y continuidad, sino de cambio y ruptura. Si esto resultara ser cierto o, en cualquier caso, más convincente que la interpretación contraria, el código se convertiría de repente en el símbolo de una nueva época de la historia jurídica: la que se abrió –entre dudas, reservas y contradicciones– con las revoluciones burguesas; con consecuencias fácilmente imaginables incluso en el plano pedagógico, pues esa nueva ley tan diferente, al haber desautorizado en cierto sentido a la historia, hacía necesario un nuevo método e imponía

Juristen-Zeitung 47, 1992, pp. 8-20, especialmente 18-20; R. Knütel, «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2, 1994, pp. 244-276; H. Ankum, «Principles of Roman Law absorbed in the New Dutch Civil Code», *Casopis pro právní vedu a praxi* 2, 1994, pp. 203-225.

54 Véase *supra*, pp. 149 ss. (con las notas 27 ss.).

55 Véanse, por ejemplo, los autores que cité en pp. 7-9, además de los que citaré *infra*, pp. 167 ss. Sobre este punto, también Cavanna, *Storia*, cit., pp. 255, 257.

por añadidura el concebirlo prescindiendo de toda “preselección”, es decir de un modo totalmente unitario.

3. *La dualidad de la escuela histórica*

El recurso al origen histórico concreto (o supuesto) de cada una de las instituciones o “conjuntos” de un código, para estructurar orgánicamente la investigación y la enseñanza, es un hábito normal entre la mayor parte de los historiadores del derecho continentales. Cuando no son romanistas, se consideran cultivadores de la “otra” historia jurídica, más atenta a la evolución local: *deutsches Privatrecht*, *jus proprium*, derecho patrio, *droit français*, derecho foral, como rezan los rótulos correspondientes.

La enseñanza de la historia del derecho en nuestras facultades ha reflejado esta curiosa parcelación del pasado durante muchas generaciones: romanistas e historiadores del derecho local-nacional coinciden en recordar cada uno de sus distintos fragmentos ante los ojos presumiblemente atónitos de los alumnos desconcertados. Este hábito, al que siempre me referiré como “dualidad” para simplificar las cosas, no es inherente a la historia del derecho como modo específico de “leer” el pasado, pero tiene su historia, es decir, está ligado a una contingencia muy particular sobre la que vale la pena reflexionar.

Será quizá demasiado genérico decir que la distinción entre el derecho romano y el derecho local y una ciencia volcada en el primero y otra atenta al segundo son una invención de la escuela histórica, pero por lo demás es casi obvio. Pues esta escuela, reuniendo de este modo a los juristas, en realidad contraponía, *no tanto* distintos fragmentos del pasado como dos distintas concepciones del derecho (provocadas también por dos opciones jurídico-políticas opuestas), dos métodos para estudiarlo y dos estrategias para aplicarlo en el presente⁵⁶.

Para ella el *derecho romano* era el vigente, perno aún de un sistema de fuentes dominado de modo estable por los juristas que, en consecuencia, eran atraídos no tanto por la investigación histórico-anticuaria

⁵⁶ Consideraciones heterogéneas pero válidas respecto a esta distinción en H. Thieme, «Savigny und das deutsche Recht» (1963), ahora en *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, cit., II, p. 1069-1094; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 403 ss., 411 ss., 126; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, pp. 100 ss.; Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, cit., p. 76-95; y también *supra*, pp. 20 ss.

cuanto por una tarea volcada en la aplicación práctica del derecho. En realidad es a ellos a quienes se dirige Savigny con sus propuestas de reforma, con la correspondiente invitación a interpretar las fuentes clásicas de un modo más atento y sobre todo sistemático. Y serán casi exclusivamente ellos los grandes protagonistas de las distintas comisiones que precedieron a la elaboración del BGB. De lo que se deduce con facilidad que, durante todo el siglo XIX, a ellos precisamente no debieron de faltarles ni el reconocimiento social ni el monopolio académico.

En comparación, *los germanistas* eran como habitantes de otro planeta, porque era diferente no solo el objeto de su atención (el viejo derecho local, pero objeto de elaboración científica ya desde antes), sino su relación con el mundo de la práctica. No obstante, no es una casualidad que Droysen identificara precisamente a los germanistas como los precursores del historicismo jurídico⁵⁷, ni que les tocara precisamente a ellos —que estaban excluidos de las posiciones de poder y de la inalcanzable fortaleza del derecho positivo— convertirse en insistentes mensajeros de postulados destinados a hacerle frente, de cerca o de lejos, a la hegemonía romanista: desde los de inspiración democrático-liberal presentados en las “Germanistenversammlungen” de 1846 y 1847⁵⁸, al deseo de Otto von Gierke de mitigar el conflicto social abriendo sobre todo el derecho privado a algunas de las presiones germanistas, a las que se consideraban manifiestamente más sociales⁵⁹.

57 J. G. Droysen, *Historik. Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, 6ª ed. inalterada, München 1937, p. 258.

58 Véanse al respecto Koschaker, *Europa*, cit., pp. 152-153; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 411-412.

59 Sobre el hecho de que en las denominaciones “römisches Recht” y “deutsches Recht” se escondiesen, no tanto investigaciones sobre el origen territorial-nacional de determinadas reglas como valores y apreciaciones jurídico-políticas ha insistido recientemente (siguiendo la estela de W. Wilhelm) K. Luig, «Die sozialemischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke», en G. Kobler (ed.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte*, Karl Kröschell zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1987, pp. 281-307. Por lo demás, esto está confirmado por los materiales que presenté en P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986, pp. 104-107. Sobre el conocidísimo compromiso de Gierke de “socializar” el derecho privado, la bibliografía es, sin exagerar, amplísima. Resume algunas de las tesis de Gierke y abre así la discusión S. Pfeiffer-Munz, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung*, Zürich 1979.

Comoquiera que sea y sin entrar a valorar un conflicto que parecía cada vez más inevitable, “derecho romano” y “derecho alemán” se refirieron en efecto, en aquel contexto particular, a dos mundos diferentes que tenía sentido describir como entidades separadas puesto que entre ellos se abría en realidad un abismo entonces insuperable.

4. *Las invasiones de la dualidad*

Ya durante el siglo XIX, y con una renovada determinación en el XX, la distinción entre el derecho romano-común y el derecho local se emancipó del contexto histórico que la había provocado. Se vuelve entonces autónoma respecto a su significado originario y somete de este modo espacios y tiempos ajenos a la experiencia histórica inicial, con resultados difícilmente valorables, sugestivos si se quiere, pero también discutibles.

En el caso quizá más conocido de esta invasión, toda la experiencia jurídica del Antiguo régimen fue considerada desde el punto de vista que se acaba de referir, tal como era familiar para la escuela histórica. Incluso si había madurado en realidad sobre otras premisas, corría por vías diferentes y propiciaba otros resultados. Ciertamente, contentándose con las apariencias, todo cuadraba a la perfección: la contraposición entre la ciencia del derecho común y la práctica del derecho local enlazaba minuciosamente con la función unificadora reivindicada por la primera (en sintonía con la hegemonía romanista en la Alemania del siglo XIX) y con una relativa falta de atención hacia la segunda (semejante a la citada marginación de los romanistas). Por eso no puede extrañarnos que incluso hoy, al aumentar de modo evidente el desinterés por las materias romanistas, se multipliquen las llamadas a favor de esta invasión. *Separando perentoriamente todo lo que estaba realmente unido* y parecía un enredo de fuentes literalmente inextricable (justo como en el caso emblemático del *usus modernus pandectarum*) y organizando las fuentes según el orden sugerido por el positivismo decimonónico, desconocido en el viejo sistema⁶⁰, era fácil aislar todos los elementos que servían para conjeturar

60 Tal fue, por ejemplo, la tesis de los círculos concéntricos, que critican apoyándose en fundados argumentos C. Petit y J. Vallejo, «La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo», en *Storia d'Europa Einaudi*, III, *Il Medioevo*, ed. de G. Ortalli, Torino 1994, pp. 721-760, especialmente 741 ss; también da en el clavo la nota crítica W. Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden 1962, p. 24.

la continuidad del derecho romano y hacer brillar así su taumaturgia civilizadora y unificadora, hasta el punto de hacer de ella, como ya es sabido, la prefiguración del futuro derecho privado europeo.

Ya tuve la oportunidad de criticar estas opiniones y no deseo volver aquí sobre esta cuestión⁶¹. Pero antes de archivarlo, quisiera formular algunas preguntas incómodas para denunciar lo artificioso y lo arbitrario de estas “operaciones”. ¿Cuál fue su precio? ¿Qué descuidos, deformaciones u olvidos las hicieron posibles? ¿Cuánta y qué parte de la realidad jurídica debía esconderse o ignorarse para permitir a esta pretendida y visionaria ubicuidad del derecho común alzarse como símbolo de la civilización jurídica preburguesa?

5. *La insuficiencia epistemológica de la dualidad*

Estas consideraciones justifican una comprensible reserva en cuanto a la credibilidad del procedimiento que aquí se somete a examen. Si pasamos ahora a analizar su idoneidad epistemológica, el panorama incluso se oscurece. Ya que ninguno de los argumentos que tradicionalmente se aducen para sostener una investigación histórica fiel a este método consigue convencer, estamos persuadidos de la necesidad de encaminarnos por otra vía.

Ante todo, resulta en realidad una aventura humana cada vez más irrealizable afirmar que solo la historia es adecuada para explicar el presente y esperar, por ello, que la reconstrucción histórica de las instituciones sancionadas por el derecho positivo ilumine la lectura y la interpretación actuales, como afirman y esperan decididamente los partidarios de esta tendencia. Si es cierto que también “el historiador pertenece a su tiempo y a su país”⁶²; que por eso el derecho positivo, es decir, el del presente, *pre-determina* el objeto de la investigación histórica⁶³; y que además no es ni indispensable ni oportuno, sino simplemente inevitable tenerlo en cuenta en esta investigación para preparar la dogmática moderna⁶⁴, habrá que concluir que no estaremos en condiciones de elaborar una historia digna

61 Caroni, *La soledad*, cit., pp. 76-77, 110-112.

62 Lo confirma J. Gaudemet, «Les disciplines historiques dans les facultés de droit et des sciences économiques», *Revue de l'enseignement supérieur* 1963, pp. 71-75, la cita en p. 73, que contrapone esta certeza a la convicción de Fustel de Coulanges según la cual “l'historien n'est d'aucun temps ni d'aucun pays”.

63 Bretone, *Diritto e tempo*, cit., pp. 69, 130.

64 Lo ha observado con profunda sagacidad C. Sanfilippo, *Labeo* 2, 1956, p. 197.

de este nombre y que el deseo de obtener de ella la luz para “comprender” el presente no será más que una vana ilusión. Es como decir que en lugar de utilizar el derecho antiguo para comprender el actual explicaremos en realidad las instituciones remotas teniendo en cuenta nuestras categorías conceptuales, que es una operación de carácter contrario, peligrosa, discutible y por consiguiente desaconsejable. Estos argumentos consiguen cada vez más consenso incluso entre los historiadores del derecho⁶⁵, y por este motivo deberían llevarnos a reflexionar de otro modo incluso sobre nuestra orientación pedagógica. Quien ignora o discute estas evidencias y todavía aboga por una investigación histórica explícitamente eficiente para las expectativas actuales, lo hace a menudo apelando a la necesidad de interpretar, aplicar y perfeccionar las instituciones del derecho positivo en total armonía con la tradición histórica y, en particular, con las convicciones predominantes en la sociedad que las vio nacer y fortalecerse, pareciendo que solo así se garantiza la conformidad que, más pronto o más tarde, lleva a pensar en la continuidad. Si a continuación se discute sobre una institución concreta cuya presencia en el código puede incluso sorprender y no es previsible, pues relativiza sus opciones fundamentales o las contradice abiertamente, la interpretación histórica que se acaba de mencionar es reclamada con especial urgencia y vehemencia, como si fuese el único expediente en condiciones aún de hacer justicia a los despojos de un pasado del que se ha renegado, al menos en parte. Casi todos tendremos la tentación de responder que no es verdad, pues esto ofende, ante todo, al buen sentido y nos obligaría a rodeos y acrobacias dignas realmente de un mejor objetivo. Algunos, de modo comprensible, han reaccionado efectivamente así, sin ocultar su impaciencia⁶⁶. Pero no me

65 Cito con agrado al respecto un ensayo poco conocido de G. Edlin, «Das römische Recht und die Gegenwart», *Wissen und Leben* 16, 1922-1923, pp. 505-521, especialmente 508-512. Si cuando apareció era una voz en el desierto, hoy es indudable la existencia de un amplio consenso, como digo en el texto. Entre los historiadores del derecho que más han insistido recientemente en este interrogante fundamental quisiera recordar, al menos, a A. Iglesia Ferreirós: realizó una serie de reflexiones al respecto en el ensayo de síntesis «De re historica», *Initium* 1, 1996, pp. 64-99.

66 Así, por ejemplo, W. Burkhardt, en un memorable debate organizado por la Sociedad Suiza de Juristas en 1922 y dedicado a la reforma de los estudios de derecho. En la ponencia introductoria de Burkhardt puede leerse esta reflexión: “Dass manche Bestandteile der modernen Rechte, auch unseres schweizerischen Zivilrechts, auf römischrechtlichen Ursprung zurückgehen, ist richtig; aber dass sie nur aus dem System des rö-

satisface una respuesta tan lacónica. No tengo ninguna prisa por alejarme del terreno en el que ha crecido este debate, porque precisamente aquí los problemas interpretativos que parecían haber adquirido una autonomía específica vuelven al cauce de otros más generales, vinculados a la definición del código y al significado jurídico-político de la codificación.

6. *La obsolescencia de la dualidad*

Habíamos dejado en suspenso estos problemas, junto a las preguntas que nos hacíamos y a las alternativas que nos ofrecíamos. Pero ahora nos encontramos ante ellas y advertimos que no tiene sentido eludirlas –como si fuesen obstáculos que estorban– a la espera quizá de un momento más propicio para tomar decisiones, porque al fin todo, incluso la dirección y la huella que queramos dejar en la enseñanza de la historia, efectivamente todo, depende de estas decisiones.

En primer lugar, en materia de codificación: parece casi inconcebible (por no decir absurdo) que la correspondiente enseñanza de Savigny sea aún ignorada por muchos historiadores del derecho, incluso por quienes se muestran, por el contrario, bien dispuestos hacia el gran romanista. Esta enseñanza era directa y de una simplicidad que desarma: sostenía que la codificación, precisamente tal como la propuso Thibaut, innovaba, *innovaba siempre y necesariamente*, aun cuando se limitase a reciclar solo materiales de segunda mano (por decirlo de modo familiar)⁶⁷.

mischen Rechts heraus begriffen werden könnten, ist nicht richtig. Es gehört zur Bildung des Juristen, dass er über die geschichtliche Herkunft seines Rechts unterrichtet sei, und sich nicht einbilde, die ganze Masse der geltenden Rechtssätze sei das Werk unserer fortgeschrittenen Zeit oder einzelner gescheidter Köpfe. Aber diese Einsicht muss ihm durch die geschichtliche Darstellung beigebracht werden, durch die römische und allgemeine Rechtsgeschichte und in der Form geschichtlicher Erklärung, nicht in der Form systematischer Darlegung, sowenig wie dies beim deutschen Recht des Mittelalters erforderlich ist, das doch auch zur Gestaltung des modernen Rechts beigetragen hat” (W. Burckhardt, «Die Reform des juristischen Studiums», *ZSR NF* 41, 1922, pp. 1a-62a, el pasaje citado, en p. 28a).

⁶⁷ Remito a lo que he escrito como conclusión *supra*, pp. 3-7, 12, 23, con la bibliografía posterior que ahí se cita. De trabajos y materiales “reciclados” habla, con un tono algo despreciativo, Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 21. Recientemente, dos autores franceses han confirmado también lo ineluctable del cambio: B. Oppetit, «L’avenir de la codification», *Droits* 24, 1996, pp. 73-81, y sobre todo G. Timsit, «La codification, transcription ou transgression de la loi?», *ibidem*, p. 83-93.

Esta espléndida intuición recordaba las cartas de la baraja. Bastaba con mezclarlas y cambiar las reglas del juego para modificar su valor según las circunstancias, aun siendo materialmente las mismas. Con el mismo destino se topaban entonces las reglas incluidas en el Código: bastaba con disponerlas en un orden distinto, desplazar el punto de gravedad, modificar el contexto, para convertirlas en teselas de un mosaico diferente. Fue Savigny quien nos enseñó que es ilusorio insistir en los contenidos para extraer de ellos algún tipo de continuidad; fue él quien indicó otros objetivos para la estrategia contra la codificación, e incluso quien trasladó la polémica a otro plano igualmente decisivo: *el de la forma inherente al nuevo sistema*. Casi a escondidas y sin llamar demasiado la atención, ésta cortó el cordón umbilical que la había ligado durante siglos de un modo diferente (es decir, genéticamente) al derecho del pasado: todo esto bastaba para dejar de lado de golpe el viejo orden, y también para demostrar cuán erróneo e incluso veleidoso era esperar que “también se puede permanecer en la continuidad jurídica con una codificación”⁶⁸.

Yo también me uno a esta “lectura” del fenómeno codificador, no porque me convenza totalmente o porque considere teóricamente irrefutable la ley de la interdependencia en la que se inspira. En este contexto concreto, no me interesa tanto comprobar la congruencia lógico-filosófica de una definición, como aclarar si en la evolución histórica se consolidó de modo concreto una determinada manera de representar la realidad, si fue preferida porque estaba más en consonancia con una estrategia específica y era por ello más idónea que otras para facilitar la realización de determinados objetivos. Me parece que es esto, precisamente, lo que se comprobó respecto a la descripción savignyana de la transición. Proporcionó, con una intuición visionaria, una clave de lectura decisiva que prefiguró con mucha anticipación el lento pero constante afianzamiento de las potencialidades inherentes al principio codificador.

68 “Man könne auch bei einer Codification in der Continuität des Rechts bleiben”. H.A.A. Danz, *Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht. Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1861, p. IV. Danz era un civilista sajón que observaba estrictamente la doctrina savignyana; por eso compartía la definición que el maestro había dado de la codificación (ibidem, p. 6) y trataba de atacar entonces, con el trabajo citado, el proyecto de BGB para el reino de Sajonia. Ya he llamado la atención sobre este autor y sobre la lógica que se desprende de su trabajo *supra*, p. 7. Ha escrito sobre él recientemente Ahcin, *Zur Entstehung*, cit., pp. 305-306.

Valorada sobre el fondo de esta cuestión, la actual estructura de la enseñanza histórica para los juristas parece *inadecuada, por no decir desconcertante*, sencillamente porque en casi todas las facultades de derecho continentales se confirmó precisamente esa distinción entre el derecho romano-común y el derecho nacional-local que el nuevo sistema de fuentes trataba en cambio de superar y, de hecho, había declarado ya obsoleta. Hay mucho que resumir: “enjaulando” los materiales históricos e incluyéndolos en una nueva estructura formal, el código también los sacó de la historia, es decir, del contexto que durante siglos había definido su significado. Ahora todos se organizaban según un nuevo orden y sobre una misma línea, “jugaban” siguiendo nuevas reglas, se enlazaban y se superponían como lo exigían las nuevas estrategias, tejían lentamente una nueva red de significados; todo ello para intentar responder a las expectativas jurídicas propuestas por el grupo emergente, que incluso se consideraba con gusto el intérprete auténtico de esta nueva sociedad. La historia del derecho codificado, ante todo, es ésta: es estructuralmente distinta a la que ya ha concluido porque es unitaria; es unitaria porque refleja, en el plano pedagógico, la unidad de la codificación. Es también la única que desemboca en el presente y, por lo tanto, es capaz de proporcionar al futuro jurista la información necesaria para determinar el significado teórico y el valor social de las reglas del derecho vigente. Y que es no solo teóricamente deseable, sino también concretamente factible, lo demuestran ahora los primeros planteamientos, indiscutiblemente satisfactorios⁶⁹.

No creo que la codificación haya destruido la historia anterior, con sus divisiones más o menos justificadas y más o menos artificiales. La deja intacta, obviamente. Pero la devalúa en el terreno práctico, de modo que su mensaje, a lo largo del camino, se atenúa lentamente y ya no le llega al jurista. Quien, sin darle demasiada importancia, la rescata periódicamente como si no ocurriera nada –es lo que hacemos, en el fondo, desde hace decenios, más o menos impertérritos e ignorando de modo sistemático cualquier propuesta que tienda mínimamente a la unificación⁷⁰– intenta

69 Véase, por ejemplo, J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996.

70 Véanse, por ejemplo, K. Kröschell, «Abschied von der Rechtsgeschichte?», (*Deutsche*) *Juristenzeitung*, Sonderheft November 1968, Materialien zur Studienreform, pp. 20-26, especialmente 25; F. Sturm, «Droit romain et identité européenne», *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3e série, Supplément au Tome XLI (1994), pp. 147-161, especialmente 156 ss.; Ogorek, *Rechtsgeschichte*, cit., pp. 82-99. En cuanto a mí, espe-

recuperar de modo tácito un mundo al que la codificación ya le ha dado la espalda. ¿Lo quiere realmente, o es quizá la pereza mental la que nos empuja a muchos de nosotros, con tanta frecuencia, en esta dirección? Comoquiera que sea, no deberá, no podrá asombrarse si los juristas, al menos los que aún perciben la urgencia de un diálogo sobre los complejos fundamentos teóricos del “oficio”, demuestran “una desconfianza y una lejanía” crecientes frente a ellos⁷¹ y prefieren interlocutores más comprometidos con el presente, ya sean filósofos, lingüistas o sociólogos⁷². Por desgracia, también esto era previsible, pero no hemos sabido evitarlo.

ro que el cambio al que aspiro en el texto sea decidido por los propios historiadores (pues entonces corresponderá a las modalidades que ellos consideren preferibles), antes de que sea impuesto por la autoridad política por motivos presupuestarios (como ya ocurrió, al menos en parte, en los Países Bajos: véase J.W. Pichler, «Die Stellung und Bedeutung der Rechtsgeschichte in ausländischen Juristenausbildungsordnungen», en H.C. Faussner/G. Kocher/H. Valentinitich [eds.], *Die österreichische Rechtsgeschichte - Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, Graz 1991, pp. 253-265, especialmente 255).

⁷¹ Así se expresa G. Crifò, «Indispensabilità e inutilità della romanistica attuale», en *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, II, Napoli 1993, pp. 139-160, la cita en la p. 144, y passim; lo mismo comprueba Schiavone, *Un'identità*, cit., especialmente pp. 301-302.

⁷² Lo constata, con cierta resignación, Raggi, *Scritti*, cit., pp. 112-113.

LA HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN Y LA HISTORIA DEL CÓDIGO

Recordando a mi padre

20 de febrero de 1999

1. *El nacimiento de una nueva sociedad*

Las historias de las que querría ocuparme en esta lección son muchas y, naturalmente, distintas, pero todas ellas tienen algo en común, algo que no es marginal y que, precisamente por ello, querría subrayarlo de inmediato. *No* se ocupan preferentemente de dogmas y de conceptos jurídicos, tampoco aspiran a describir los caminos –a veces cómodos y sugestivos, otras veces sinuosos– que condujeron a la lenta elaboración de las nociones por medio de las cuales los juristas han pretendido siempre domesticar la realidad. Es obvio que no niego la validez de este tipo de historia que, por su naturaleza, atiende a la vida de los autores y al destino de sus obras literarias, y también porque en ocasiones, y sobre todo cuando es explicada con competencia, sabe fascinar.

«Mis» historias, en cambio, son menos sofisticadas: se ocupan en realidad del «trasfondo» social del derecho, es decir, del contexto en el que se inserta el fenómeno jurídico, no por casualidad, sino por vocación y por lo tanto de modo estable, que es precisamente el contexto de la sociedad. Así las cosas, la mía será una lección de historia social que intentará identificar el papel que ha ido adoptando el derecho a lo largo del tiempo en las sociedades históricas concretas, y se esforzará sobre todo en averiguar si el derecho logró de verdad incidir eficazmente en los equilibrios de las sociedades y, en tal sentido, regularlas según las expectativas de quienes

tenían el poder. Añado, para aclarar de una vez por todas las coordenadas espaciales y temporales en las que quisiera moverme, que la sociedad histórica que acabo de mencionar será la que surge en el continente europeo entre 1780 y 1850. De todas formas y exclusivamente en relación con esta o con estas sociedades, quisiera responder, ante todo, a esta pregunta: ¿necesitan realmente del derecho? Y si así fuera ¿cuánto y cuál? ¿Y cuáles fueron las soluciones finalmente adoptadas (o impuestas)?

Las fechas indicadas, que deben tomarse –como todas las fechas– con enorme cautela, revelan el trauma vivido por nuestra sociedad en el periodo señalado: es el trauma de la revolución burguesa, que se desencadenó en toda Europa a partir de 1789 y que sorprendió y produjo trastornos por doquier en periodos, de modos y con intensidades diferentes, aunque fuese uniforme la intención final. En realidad, los revolucionarios únicamente pretendían eliminar el elemento feudal del tejido político y social. Pero, tal y como lo explicó Tocqueville en una página de una extraordinaria densidad¹, ese deseo implicaba la destrucción de todas las estructuras del Antiguo régimen, dado que el elemento feudal se había introducido claramente en todos los centros vitales de la sociedad prerrevolucionaria.

«Desfeudalizar» –este verbo resume, por lo tanto, el objetivo de la revolución con suficiente precisión– significó también, entre otras cosas, eliminar la estructura estamental², cada vez menos admitida y simplemente tolerada, y sustituirla por una estructura igualitaria. Para conseguir este resultado eran necesarias las intervenciones de signo contrario, para suprimir bien los *privilegios* (es decir, las prerrogativas y, de ellas, en particular la de vivir según el derecho particular del propio estamento, *status* u *ordo*), bien los *títulos de servidumbre*, y sobre todo los que encadenaban a los campesinos. Ello favoreció implícitamente la identificación de toda la sociedad con el tercer estado, que nunca había gozado de privi-

1 Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, lib. I, cap. 5.

2 Elijo esta expresión prudente y prefiero no hablar de una «remoción» o «supresión» de los estamentos y de los órdenes (que, por otro lado, en muchos Estados europeos sobrevivieron en el siglo XIX y hasta lograron recuperar algunos restos más o menos gratificantes a nivel social, como recordó A.J. Mayer, *The persistence of the old regime: Europe to the Great War*, London 1981. Seguramente no estaría fuera de lugar contentarse con suponer la «neutralización política y social» (y esta, ante todo, en sentido económico) de los estamentos. Véase, por ejemplo, G.C. Jocteau, *Nobili e nobiltà nell'Italia unita*, Roma/Bari 1997.

legios pero tampoco se encontraba en una situación de clara dependencia. En este sentido es lícito creer que, una vez terminada la revolución, surgió una sociedad *igualitaria porque era burguesa*, es decir una sociedad que, obviamente, no era igualitaria sin más, sino solo en relación con el aspecto (formal) específico que el programa económico del tercer estado –como veremos luego– consideraba fundamental y, por eso, irrenunciable. Por ello no estaría fuera de lugar hablar de una ordenación previa y generalizada, como la que se consigue automáticamente tras la supresión de toda connotación jurídica (positiva o negativa)³.

Queda también el problema organizativo, que es necesario discutir y resolver antes de afrontar el propiamente jurídico. ¿Cómo se organiza esta sociedad? O bien –y de modo más provocativo– ¿necesita de un orden global de reglas y normas destinadas a regular en detalle su funcionamiento?

En teoría, no debería excluirse una respuesta negativa. Pero, en el fondo, solo podría darla quien se contentase con remitir a la tendencia liberal de esta nueva sociedad burguesa y, por consiguiente, creyera inútil y superfluo que esta se organizase en previsión de realizar un programa común⁴.

Como es hoy bien sabido, la realidad fue muy diferente y condenó las ingenuidades que se acaban de mencionar. Los capitanes de esta nueva sociedad la imaginaban diferente. Se consideraban liberales, es cierto, pero no libres para no existir; sin embargo –por volver a metáforas más prosaicas– el viento soplaba siempre entre sus mástiles y –tómese buena

3 Es posiblemente un reflejo de esta conquista lo que también afirma A. Smith: «All systems either of preference or of restraint, therefore, being thus completely taken away, the obvious and simple system of natural liberty establishes itself of its own accord. Every man, as long as he does not violate the laws of justice, is left perfectly free to pursue his own interest his own way, and to bring both his industry and capital into competition with those of any other man, or order of men», A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), IV, IX, 51, citado aquí según la Glasgow Edition of the Works and Correspondence of A.S., ed. de R.H. Campbell y A.S. Skinner, II, Oxford 1976, p. 687.

4 Por ello viene a la mente, casi de forma involuntaria, la reivindicación de B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella del moderni* (1817), Roma 1992, p. 27: «No necesitamos de la autoridad sino para conseguir los instrumentos generales que puede procurar, como los viajeros aceptan de ella las grandes vías sin necesidad de ser guiados en el camino a seguir».

nota— siempre soplabla de popa⁵. Los fundamentos de su programa económico (sobre el que estamos convocados a reflexionar con preferencia ya que exploramos el pasado desde una perspectiva iusprivatista) son harto conocidos, y por lo tanto me limito a resumirlos: transición a una economía claramente capitalista (esto es, a una economía que favorece un factor de producción con tendencia, hasta entonces, a permanecer en la sombra), instauración de un nuevo orden productivo (a través de la revolución industrial y agraria), así como una distribución difusa y eficiente (tal como logró garantizarla la revolución del transporte). Todo esto puede resumirse, como se sabe, en la institución del *mercado*. No del que, episódico y periférico, vivía al margen de las antiguas sociedades y, por ello, nunca midió el tiempo, sino del que campea ahora justo en medio de la sociedad y asume lentamente su filosofía hasta plasmarla y regularla a su imagen y semejanza. Hasta el punto de que hoy en día hablamos de sociedad de mercado (así como del total predominio de la economía en la sociedad) sin reflexionar demasiado sobre la historia (tampoco demasiado oculta) que se esconde tras estas palabras.

Para explicar exhaustivamente este programa que transformó el mundo en doscientos años, sustituyendo las antiguas dependencias por otras nuevas, cada vez más lacerantes y cada vez menos previsibles, es oportuno añadir dos comentarios. El *primero* reclama nuestra atención sobre el hecho de que los destinatarios de esta nueva estrategia económica fueron o bien los verdaderos poseedores del poder (puesto que manejaban el capital y, lógicamente, aspiraban a invertirlo de un modo cada vez más rentable), o bien las clases que habían conseguido recientemente la igualdad jurídica. Es cierto que no poseían capital, pero fueron constreñidas de modo inexorable por la ley de la competencia a enfrentarse a adversarios más aguerridos e incluso más avispados, quienes, de la noche a la mañana, superaron toda clase de escollos y se adueñaron de la correspondiente fuerza de trabajo rompiendo los precios. En este sentido, está justificado establecer un nexo entre el conjunto de la estrategia capitalista y la atracción ejercida de modo implacable por el mercado.

El *segundo* deriva del primero: no basta con deducir de todo esto que la sociedad burguesa está literalmente obsesionada por el nuevo programa económico. Sin embargo, no se trata de la sociedad del ocio y de la

5 Me ha sugerido el uso de esta metáfora A. de Saint-Exupéry, *Citadelle*, en Íd., *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 1999, p. 456.

ascesis, sino de la del negocio y de la eficiencia⁶. Si es cierto que se identifica con el mercado y libera a la competencia de todos los «obstáculos» que la obstaculizaron durante siglos, también crea implícitamente *obligaciones* que contraponen, como un espejo, a las nuevas libertades. Eran, si se quiere, la otra cara de la moneda, porque es evidente que sin ellas la valoración *completa* de *todas* las energías (y, por consiguiente, también de la fuerza de trabajo) se habría quedado en un deseo piadoso.

2. *Sus reivindicaciones jurídicas*

Así pues, resulta obvio admitir que tampoco esta nueva sociedad puede prescindir de las reglas jurídicas, precisamente porque es liberal en un sentido muy específico del término y, por lo tanto, considera ciertas libertades como premisas irrenunciables de su programa económico. Si nos atenemos a sus aspiraciones fundamentales, necesita de tres con preferencia.

En primer lugar, requiere la *generalización de la subjetividad jurídica* y, por lo tanto, el reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, extracción social, etc. Por lo demás, el cambio provocado por esta medida estaba ya en el ambiente, pues una vez suprimido el «valor» económico de los estamentos e instaurado el mercado que tendía a convocar a todos, resultando todos apresados por el juego de la competencia, ya no quedaba más que trasladar estas innovaciones al ámbito jurídico. Esto podía hacerse admitiendo que todos, en cuanto potenciales titulares de valores y energías,

6 A este propósito, no estaría fuera de lugar hablar de una continuidad nefasta. Sí es verdad que en un mensaje del *Consiglio di Stato della Repubblica e Cantone del Ticino* al *Gran Consiglio*, de 3 de junio de 1845, en materia de corporaciones religiosas se afirma explícitamente «que la sociedad no puede sentirse satisfecha con una vida contemplativa carente de resultados externos beneficiosos, pero que, en este caso, puede exigir un servicio útil...» (también se publicó el mensaje íntegramente en AA.VV., *Note, petizioni ed opuscoli contro i progetti di legge 3 giugno 1845 sulle Corporazioni Religiose e 5 maggio 1845 sugli Istituti Letterarii*, Lugano 1846, pp. 243-244; la cita en p. 244). Y aún no hace un año que una gran sociedad aseguradora publicó en los periódicos italianos el siguiente texto publicitario: «Para meditar sobre la vida está el Tibet. Para darle valor, está X.Y. (nombre de la compañía aseguradora)». Véase, por ejemplo, *Repubblica* (29 maggio 1999).

eran también considerados jurídicamente autorizados (aunque hubiese sido más honesto decir: obligados) a introducirse en la circulación patrimonial general gestionada, precisamente, por el mercado.

En segundo lugar, reivindica una regulación jurídica de los negocios patrimoniales que no sustituya de golpe a las opciones concretas de los sujetos jurídicos, sino que respete su voluntad como resultado, al menos, del principio de autonomía privada, que era lícito considerar como una consecuencia (es decir, como el rasgo más expresivo) de la subjetividad jurídica. En otras palabras, el derecho no debía reprobar la inspiración explícitamente individualista de la nueva sociedad, no debía colmar su red normativa de incentivos o de correctivos, y menos aún la subyacente en los contratos patrimoniales. La primacía de la iniciativa privada –esto es, de la iniciativa que el mercado trataba de valorizar– no era objeto de discusión. Por ello, las reglas jurídicas, incluso las promulgadas, tenían un valor meramente subsidiario o dispositivo, siendo pocas las (imperativas) que se sustraían autoritariamente a la libertad de los contrayentes.

En tercer lugar, habiendo heredado de la ilustración un nuevo deseo de certeza, incluso de certeza jurídica, pide al Estado que legisle de modo claro, completo y minucioso, sobre bases más fiables y compartidas de modo general ateniéndose, además, a un procedimiento taxativo y transparente; porque solo un derecho claro y fiable garantizaba la posibilidad de calcular los resultados procesales, en cuyo defecto la contabilidad burguesa hubiera sido un ejercicio inútil.

Sabemos muy bien cómo logró satisfacer todas estas exigencias el Estado que surgió de la revolución: por medio de la *codificación* del derecho, que consiste, como es sabido y como ahora trataré de resumir, en un mensaje amplio y articulado

a) que es recibido de modo uniforme por todos los ciudadanos, todos ellos reconocidos previamente como sujetos jurídicos;

b) que, reconociendo en él la fundamental autonomía de la voluntad, se conforma generalmente con proponer (o aconsejar) soluciones que considera útiles para sus intereses, pero dejándolos también libres para decidir de otro modo y, por lo tanto, limitando al máximo las reglas imperativas;

c) que, aunque no logró ser materialmente completo (como hubiera querido también) se considera de todos modos como el evidente epicentro del universo iuscivilista, en el nombre de una confirmada prima-

cía (incluso política) de la ley y, por lo tanto, de un estatismo próximo al monopolio legislativo que el Estado considera como una confirmación aceptable (quizá incluso políticamente satisfactoria) de su propia supremacía y el ciudadano como una intuición que sustenta la certeza del derecho⁷.

3. *¿Un programa realmente nuevo?*

Estas no eran novedades en sentido pleno, convengo en ello, porque ratificaban, palabra por palabra, las reivindicaciones formuladas por el tercer estado en vísperas de la revolución. Pero aquellos sueños se hicieron por fin realidad. El *Code civil* de 1804, considerado desde siempre como el «monumento» con el que se abría un nuevo capítulo de la historia (también) jurídica de Europa, estaba allí para demostrarlo. No era poca cosa y sin embargo bastaba para convertirlo en el símbolo del cambio ocurrido, un precipitado de las conquistas revolucionarias o (si se prefiere, porque es incluso menos demagógico), una antología de las reformas propiciadas por la revolución burguesa incluso en el terreno jurídico. Por lo demás, para convencerse de ello basta con cotejar el sistema de fuentes iniciado por el *Code*⁸ y las prácticas del antiguo régimen, que habían sido el blanco preferido de la desacralización ilustrada⁹.

7 He reflexionado varias veces en otro lugar sobre el concepto de código adoptado aquí implícitamente, esto es, en trabajos a los que me permito remitir al lector: P. Caroni, *Lecciones*, cit., *passim*; Íd., «*Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung*», 2ª ed., Basel/Genf/München 1999, especialmente pp. 53 ss.

8 A propósito del cual será útil tener presentes, de todos modos, los argumentos recalcados con frecuencia por Ugo Petronio. Véase, por ejemplo, U. Petronio, «Una categoria storiografia da rivedere», *Quaderni fiorentini* 13 (1984), pp. 705 ss.; Íd., «La nozione di *Code civil* fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)», *Quaderni fiorentini* 27 (1998), pp. 83 ss. También es indispensable ahora J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996, *passim*.

9 Sobre la crítica ilustrada al sistema de fuentes del derecho común, véase G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, pp. 11 ss.; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, *passim*; P. Comanducci (ed.), *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1978, *passim*; R. Bonini, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, 2ª ed., Bologna 1988; Íd., *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991, *passim*.

Al dar relevancia explícita a estos aspectos no quiero valorar la entidad y la bondad (en sentido jurídico-político) del cambio, problema este que provoca discusiones y divisiones entre los historiadores desde dos siglos acá pero que es ajeno a mi pregunta actual. Me conformo con recordar que quienquiera que haya magnificado el sistema, así como quienquiera que lo haya obstaculizado, nunca ha dudado de su inclinación a la novedad. Observo además (con más agrado que estupor) que hasta los críticos más recientes del sistema codificador, esto es, los que –con argumentos todos ellos merecedores de atención– le reprochan el haber propiciado la llegada del «absolutismo jurídico»¹⁰, no ponen en duda la realidad del cambio. Por el contrario, están sumamente convencidos de ello, consideran por eso la codificación del derecho como «la más colosal operación de política jurídica a lo largo de toda la historia jurídica occidental»¹¹ y, en consecuencia, admiten que ha interrumpido «fundamental e irremediablemente su continuidad»¹².

Sin embargo, aunque resulte increíble, incluso esta certeza parece vacilar: no a partir de ahora, como veremos, pero sí hoy con renovado vigor. La ponen en duda todos los autores que consideran el Código como «el parto moderno del sistema del derecho común»¹³ y que, de este modo, despiertan implícitamente nuestro interés hacia el papel desempeñado por la historia en la elaboración del código. Dan una opinión carente de información sobre dicho papel, están convencidos de que grandes fragmentos de tradición se han trasladado imperceptiblemente al código y por eso prefieren hablar de la continuidad entre el viejo y el nuevo sistema de fuentes; de una continuidad que podrá ser explícita o larvada pero que, si encontrara una correspondencia creíble en los documentos, cambiaría

10 Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

11 Grossi, *Assolutismo*, cit., p. 128, pero también 4, 264 *et passim*.

12 Grossi, *Assolutismo*, cit., p. 127, pero también 265 *et passim*.

13 De este modo, literalmente, M. Ascheri, «Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*, Actes del III^{er} Simposi Internacional. 5-7 de novembre de 1992, Barcelona 1993, pp. 71 ss., la cita en p. 81. He citado otros autores que comparten esta interpretación *supra*, pp. 152-153. Por no hablar aquí de quienes, a principios del siglo XX, consideraron en seguida el *BGB* alemán como la quintaesencia de la Pandectística; los menciona, junto a muchos otros nada ajenos al discurso empezado aquí, A. Mantello, «“Il più perfetto codice civile moderno”. A proposito di BGB, Diritto romano e questione sociale in Italia», *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 62 (1996), pp. 357 ss.

casi todo de arriba abajo, por no decir que nos obligaría a muchos de nosotros a volver sobre nuestros pasos y a reabrir canteras que, a decir verdad, considerábamos ya cerradas. Es razón suficiente para poder tomar en serio esta tesis y dedicarle alguna atención, examinando uno a uno los distintos elementos del viejo sistema, solo para ver, tras haber sido engullidos por las olas de la revolución, si de verdad vuelven a aflorar a la superficie del nuevo sistema, y cómo lo hacen.

4. *La herencia iusromanista*¹⁴

La versión sin duda más conocida de esta tesis reclama nuestra atención sobre la indiscutible presencia iusromanista en los códigos burgueses. Sería capaz de condicionar bien el contenido, bien todo el sistema de fuentes correspondiente.

En el *primer caso* se sugiere una «lectura» del código que trata de comprobar y de subrayar la fuerza del origen romano, deseosa por ello de aclarar la intensa e incluso fastidiosa presencia de reglas sacadas en peso de su antiguo contexto e introducidas ahora «felizmente» en el nuevo, hasta el punto de no considerar el código sino como una «colección de reglas de derecho común que deben su fuerza de ley a la autoridad del Estado»¹⁵. Era esta una forma tradicional de describir (y, al mismo tiempo, de acostumar a) la transición del viejo al nuevo sistema de fuentes, tal como ocurrió en Italia sin problema alguno después de 1865 y en Alemania después de 1896. Pero mucho nos equivocaríamos si considerásemos que esta interpretación está ya en desuso o solo algo pasada. Es más bien lo contrario. Lo confirman investigaciones recién salidas de la imprenta¹⁶, así como la costumbre todavía extendida de publicar fuentes

14 Retomo y resumo aquí reflexiones que ya se encuentran *supra*, pp. 137 ss.

15 De este modo en el pasaje de Brugi citado por B. Donati, *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo*, Modena 1935, p. 80.

16 Por ejemplo, G. Wesener, «Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus. Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts», en G. Köbler/H. Nehlsen (eds.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kröschell zum 70 Geburtstag*, München 1997, pp. 1363 ss., *passim*; R. Zimmermann, «Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges römisches Recht. Die Geschichte einer Emanzipation durch "Auseinanderdenken"», en R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Festschrift für Hans Hermann Seiler*, Heidelberg 1999, pp.

romanas con remisiones a las «correspondientes» disposiciones de los códigos modernos¹⁷, así como la de enumerar los «precedentes romanos» de los códigos civiles vigentes¹⁸. A causa de esta estrategia, nadie se extraña de que incluso los códigos más originales sean también considerados

1 ss., en particular 3 ss.; A. Völkl, «Die österreichische Kodifikation und das römische Recht», en H. Barta/R. Palme/W. Ingenhaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband d. Martini-Colloquiums 1998*, Wien 1999, pp. 277 ss.; H. Heiss, «Der Einfluss des Code civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation», en Barta/Palme/Ingenhaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation, ibidem*, pp. 515 ss., especialmente 516, 518; O. Behrends, «Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, seine Kodifikationsgeschichte, sein Verhältnis zu den Grundrechten und seine Grundlagen im Klassisch-republikanischen Verfassungsdenken», en O. Behrends/W. Sellert (eds.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des bürgerlichen Gesetzbuches*. 9. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Göttingen 2000, pp. 9 ss., *passim*; C.A. Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 2ª ed., Torino 1976, II, pp. 177 ss.; G. Sicard, «L'utilisation du droit romain par les rédacteurs du Code civil: le droit de la famille», en J. Krynen (ed.), *Droit romain-Jus civile et droit français*, Toulouse 1999, pp. 393 ss.; J. Imbert, «Le Code de droit canonique de 1983 et le droit romain», en *Satura Roberto Feenstra [...] oblata, Festschrift zum 65. Geburtstag*, Fribourg 1985, pp. 679 ss. Las numerosas contribuciones recientes de K. Luig, que se centran en aspectos particulares de la transición del antiguo al nuevo sistema de fuentes, rozan a veces la teoría de la continuidad, pero es más frecuente (a pesar de sus títulos) que lleguen a resultados que disienten de ella abiertamente, así por ejemplo: «Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus», en R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, cit., pp. 171 ss.; o también «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en U. Falk/H. Mohnhaupt (eds.), *Das bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtssprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main 2000, pp. 383 ss. En la misma dirección van los comentarios finales de «Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 7 (1999), pp. 521 ss.

17 Por ejemplo, H. Peter, *Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht, mit Verweisen auf einige ausländische Rechte*, 2ª ed., Zürich 2000.

18 E. Nardi, *Codice civile e diritto romano. Gli articoli del vigente Codice civile nei loro precedenti romanistici*, Milano 1997; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, pp. 40 s. *et passim*; O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen, Text und Übersetzung*, 2ª ed., Heidelberg 1999, especialmente Anexo I, pp. 273 ss.; R. Knütel/M. Goetzmann, «Register der in den Materialien zum BGB zitierten römischen Rechtsquellen», en R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte*, cit., pp. 679 ss.

productos legislativos formalmente nuevos pero materialmente viejos (en relación con el contenido), es decir, tradicionales¹⁹.

En el *segundo caso* nos encontramos con autores que se mueven en un plano diferente y aparentemente contradictorio, pues proclaman la continuidad incluso ante reglas concretas del código que repudian abiertamente la tradición romana. Savigny fue el primero en demostrar cómo fue posible, reflexionando en voz alta sobre el *Allgemeines Preussisches Landrecht* que, con tanta frecuencia, recorría caminos poco familiares para el romanista. En el fondo, bastaba con poner en tela de juicio la legitimidad del nuevo sistema de fuentes y reconducir al seno del derecho común todo lo que se apartase de la tradición²⁰, ya que, en última instancia, este era precisamente el contexto *literalmente ineluctable* de todo el derecho, incluso del que se había introducido allí donde la tradición culta nunca había sido familiar. Por lo demás, lo ratificó Theodor Mommsen en 1852, con toda la claridad que era de prever, cuando quiso explicar a sus estudiantes de Zürich por qué era inevitable ocuparse también del derecho romano en un país que, siglos antes, había rechazado conscientemente su recepción²¹, pues precisamente este derecho «es pues, aquel bajo cuyo influjo nacieron todos nuestros derechos locales, en parte conectados con él, en parte opuestos a él»²².

19 De este modo, por ejemplo, G.S. Pene Vidari, «Diritto romano e codificazione. Vicende storiche e questioni di metodo», *RSDI* 53/54 (1980-1981), pp. 171 ss., especialmente 176, 180. Analizando los contenidos del nuevo Código civil holandés de 1992 expresó certezas semejantes H. Ankum, «Diritto romano nel diritto delle obbligazioni del nuovo Codice civile olandese del 1992», en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano 1999, pp. 1 ss.

20 Sobre el intento de Savigny de desautorizar el *Allgemeines preussisches Landrecht* de 1794, véase *supra*, pp. 145-146, con la amplia bibliografía allí citada.

21 Sobre el rechazo a la recepción del derecho romano-común en Suiza, véase F. Elsener, *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts. Ausgewählte Aufsätze*, Sigmaringen 1989, *passim*; P. Caroni, «Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *Zeitschrift für historische Forschung* 2 (1975), pp. 223 ss.; Íd., «L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo», *Quaderni fiorentini* 5/6 (1976-1977), pp. 1009 ss.

22 “Nun einmal dasjenige ist, unter dessen Einfluss alle unsere Localrechte theils im Anschluss, theils in Opposition zu demselben entstanden sind”. Th. Mommsen, «Die Bedeutung des römischen Rechts», en Th. Mommsen, *Juristische Schriften*, Berlin 1907, III, pp. 591 ss., el pasaje citado, en p. 596.

La lógica de esta estrategia es, por lo tanto, evidente: a despecho de la autonomía reivindicada por el código, que constituía realmente el nervio del nuevo sistema²³, este siguió siendo tratado solo como *ius proprium vel particulare*, como derecho local o especial, como los estatutos medievales. Por ello era interpretado obligatoriamente sobre el fondo del origen romano, con el propósito obvio de reajustarlo (en el caso de que se hubiese ampliado exageradamente) o de corregirlo (allí donde se hubiese alejado notablemente del modelo). Sin embargo, seguía siendo en cualquier caso tributario del derecho común²⁴, del derecho que los códigos aún recordaban a veces patéticamente con una función subsidiaria²⁵ pero que, con mayora frecuencia se escondía tras fórmulas menos ingenuas pero no menos eficaces²⁶.

Ya lo sé: estaríamos comprensiblemente tentados de no tomar demasiado en serio todas estas reflexiones y considerarlas quizá fruto de una fijación, si la pandectización [Pandektisierung] del *ABGB* austriaco

23 Y también a pesar de que el mismo Mommsen hubiera admitido que, mientras tanto, el derecho positivo se había emancipado en todas partes del derecho romano (Mommsen, *Die Bedeutung*, cit., p. 592).

24 Véanse los autores citados *supra*, p. 148 nota 24, a los cuales quisiera ahora añadir el testimonio en absoluto marginal de H. Dernburg, *Pandekten*, vol. I/1, 6ª ed. corregida con la colaboración de J. Biermann, Berlín 1900, p. 3.

25 Enumeré los casos más conocidos *supra*, pp. 147-148. Véase también *infra*, pp. 287 ss.

26 Como la conocidísima del art. 15 del Código civil saboyano de 1837 que remitía subsidiariamente a los «principios generales del derecho», retomada luego literalmente en el art. 3 de las Disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1865 y confirmada en sus líneas esenciales por el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general que preceden al Código de 1942. Con frecuencia pareció lícito considerar que tras estos «principios» se escondía (también) el derecho común. Véase al respecto F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 4 s.; S. Schipani, *La codificazione*, cit., pp. 90 ss., 119 ss.; G.S. Pene Vidari, *Aspetti di storia giuridica del secolo XIX. Appunti dalle lezioni*, Torino 1997, pp. 37 ss. («Le “Disposizioni preliminari” del Codice civile»); F. Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 1999, pp. 167 ss. Y, finalmente, no puede olvidarse el famoso § 7 del *ABGB* austriaco, que remitía, en última instancia, a los «natürliche Rechtsgrundsätze» que se identificaron sin dificultad –cuando pareció necesario– con los principios del derecho común, véase al respecto P. Caroni, «Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB», en *Festschrift für H. Baltl*, Innsbruck 1978, pp. 107 ss., especialmente 112 s. Sobre esta cuestión, véase ahora también A. Völkl, *Die österreichische Kodifikation*, cit., pp. 291 s.

por obra de Josef Unger –que no era en absoluto el último peón– y de sus discípulos no nos aconsejara mayor prudencia²⁷

5. *Alguna perplejidad*

Todas estas reflexiones, temerarias y atractivas, corren velocísimas sobre el filo de la navaja, eternamente en vilo entre la inconsistencia y la genialidad. Pero recuerdan también el canto de las sirenas²⁸, que seduce imperceptiblemente y nos arrastra allí donde todavía resplandece la tesis de la continuidad. Sin embargo, incluso sin querer ensañarme –pues muchas de estas sirenas son amigas mías– no puedo consentirlo, de veras. Me lo impiden demasiadas perplejidades, demasiadas preguntas sin respuesta. Intento por lo menos resumirlas.

Ante todo, me sorprende que todas las reflexiones acerca de los contenidos de los códigos modernos se limiten, generalmente, a examinar las *palabras* que expresan la regla jurídica: si se utilizan ya más o menos en el mismo orden en el molde romano parecerá estar justificado hablar de continuidad. ¡Como si el *contexto político y social* en el que las palabras se introducen no mereciese también un atento análisis! ¡Como si no contribuyese de modo determinante a la definición del significado de las palabras! Las palabras, por sí solas, son, si se quiere, signos gráficos, mensajes cifrados, contenedores vacíos. Su significado depende de las coordenadas a las que se van refiriendo a lo largo del tiempo; coordenadas que proceden, a su vez, de los valores, las opiniones, las tendencias y las aspiraciones típicas de cada época histórica. Me parece que ahora nuestra sociedad, como es formalmente igualitaria, atribuye de manera súbita una valoración social diferente a las antiguas nociones y a los antiguos conceptos. Por lo cual, quien, fiel a esta radical metamorfosis (para no hablar de otras –la transición a la economía monetaria, la llegada de la libertad contractual, la consolidación de la economía de mercado– o de cambios de menor importancia pero no por ello insignificantes), se contente con

²⁷ Sobre lo que se conoció como la «Pandektisierung» del código austriaco, remito a las obras de H. Lentze y W. Ogris que cité en *Lecciones*, cit., p. 60 y también *supra*, p. 146, nota 18. Sobre esta cuestión, también R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, cit., pp. 5 s.

²⁸ P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 89 ss.

aclarar la coincidencia léxica, descubrirá en realidad una continuidad ficticia porque es meramente nominal²⁹.

Por lo demás, aun prescindiendo de tales trastornos, basta con mucho menos para poner en peligro la tesis de la continuidad. Es decir, basta con remitirse a la *ley de la interdependencia de los textos*, en cuya virtud el significado propio de una regla jurídica depende también del lugar que ocupa en el ordenamiento y de la relación que establece y mantiene con las otras reglas del mismo ordenamiento. Si esto es verdad en general, vale sobre todo para el código que, como es sabido, accede al mito de la completitud y de la exclusividad; que es además, en palabras sencillas, el mismo destino de las cartas de la baraja, que aun sin variar materialmente cambian de valor según las reglas concretas del juego³⁰.

En tercer lugar, no puedo negar cuánto me ha irritado siempre la irresponsable indolencia con la que algunos romanistas se han mofado, en ocasiones, de la primacía legislativa inherente a la idea de código con tal de salvar una pizca de continuidad, lo que es quizá criticable pero debe ser, ante todo, respetado, pues es el resultado de una decisión política. No es admisible ocultarlo o prescindir de ello para hacer también inútiles sus decisiones (que habrán sido consentidas, como lo demuestra la historia del *Code civil*³¹, pero que al final fueron taxativas), para trastornar

29 Véase *supra*, pp. 132-135; y también P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 74 ss.

30 P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 66-67 y *passim*. También G.S. Pene Vidari, *Diritto romano e codificazione*, cit., p. 175, admite que las afirmaciones de la doctrina del pasado «adquieren con frecuencia en el código civil un significado distinto y se nutren de un nuevo espíritu...». E incluso U. Petronio acepta que el Código civil francés retomó principios históricos y tradicionales, pero colocándolos «en un contexto diferente y compartiendo al mismo tiempo parte de tradición y parte de renovación» (U. Petronio, *La nozione di Code civil*, cit., p. 107). Querría concluir confirmando la intuición de M. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3ª ed., Torino 1967, pp. 41 s.

31 Me refiero aquí en particular a la dificultosa elaboración del art. 7 de la ley de 21 de marzo de 1804, que sancionó la abolición del derecho común y de otros derechos preexistentes «dans le matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code». Se debe a U. Petronio el haberla estudiado y propuesto de nuevo a nuestra atención (U. Petronio, *Una categoria storiografica*, cit., pp. 712 ss.; Íd., *La nozione di Code civil*, cit., pp. 88 ss.) y también haber deducido los motivos para considerar que precisamente esta disposición «no fue el coronamiento ni la salida natural de las opciones llevadas a cabo por el legislador mientras preparaba el texto del código» (U. Petronio, *Una categoria storiografica*, cit., p. 712), dado que la perspectiva desde la que actuaba «no fue la de realizar

sus jerarquías y reafirmar así, a escondidas, las preferencias que la evolución política había querido abandonar expresamente³². Quien no tiene en cuenta las opciones claras y explícitas para salvar así (más o menos desesperadamente) la pureza del propio punto de vista, contamina la historia. Es lo mínimo que se puede decir.

Por no hablar del hecho de que precisamente esta tendencia (me parece exagerado hablar de una verdadera «inclinación») favorece el infausto maniqueísmo del que se alimentan también las palabras de Mommsen que se acaban de mencionar y que, en la actualidad –por razones que no quiero examinar con detalle³³–, aflora otra vez, más vivo que nunca. Porque está claro que, teniendo que trazar necesariamente una línea ininterrumpida para unir el apogeo del derecho clásico con el presente, todo lo que pudiera atenuarla esconderla, interrumpirla, etc., es automáticamente ignorado, eliminado y descalificado. Se convierte ante todo en objeto de reproches interminables, máxime por haber oscurecido el esplendor de la tradición culta, por haber puesto en duda la primacía –hasta ahora indiscutible– del *iuris prudens*, por haber destruido el valor unitario del derecho común y haber reducido así la jurisprudencia –como sostiene la citadísima queja de Jhering– a una *routine* provincial. El reproche se dirigiría con preferencia a la codificación, porque al estar claramente concebida y promulgada en el ámbito estatal y legal propio del estado nacional, daba fin, desgraciadamente, a la antigua unidad supranacional de la experien-

un código completo y exhaustivo, como se dijo más tarde, sino un código que le diese un derecho “uniforme” a todas las provincias de Francia» (U. Petronio, *La nozione di Code civil*, cit., pp. 88 y 93). Son también deducciones, como todos pueden ver, tan agudas como discutibles.

32 «En relación con los códigos modernos y limitándome a los civiles, me parece que *si los examinamos sin colocarnos a priori en una perspectiva estatal-legalista* nos damos cuenta de que permitirían confirmar su pertenencia al derecho romano común que, a través de ellos, se mantiene como “sustancia viva” de nuestro derecho y como base de la permanente unidad del sistema», así S. Schipani, *La codificazione*, cit., p. 36 (la cursiva es, en parte, mía). Pero el hecho es que los códigos *brotan* de esa perspectiva, son su fiel reflejo en el ámbito de la teoría de las fuentes jurídicas. No es admisible examinarlos sin tenerla presente, incluso me parece absurdo, como, por lo demás, cualquier maniobra para descontextualizar.

33 P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 89 ss.; Íd., «Storia del diritto. Esperienze transalpine», en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, Milano 1993, pp. 321 ss.

cia jurídica y daba comienzo a un periodo poco halagador para la civilística continental³⁴. ¡Y pensar que nosotros creímos por propia voluntad (y me parece que no sin buenas razones) que el código precisamente unificaba el derecho de un modo más radical que las otras estrategias que se ventilaron y, en ocasiones, se pusieron en práctica en el siglo XIX!³⁵ Y esto porque, al ser abstracto, podía arraigar bien en cualquier lugar sin quedar atrapado de inmediato por contingencias demasiado locales. Por lo demás, lo demuestra de modo indudable la codificación austriaca: puesta en vigor, en un primer momento, «in omnibus terris hereditariis germanicis imperii Austriaci», desde mediados de siglo unificó el derecho privado de *todos* los territorios pertenecientes al inmenso imperio austriaco –por no hablar de la influencia ejercida sobre los códigos de estados política y culturalmente poco cercanos a las tradiciones de los Habsburgo–³⁶. De lo cual se deduce que ha llegado quizá el momento de reflexionar con muy

34 R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 6ª ed., Leipzig 1907, I, pp. 14 s. Ya no se tienen en cuenta semejantes reproches: véase, por ejemplo, S. Schipani, *La codificazione*, cit., p. 33 *et passim*; R. Zimmermann, «Savigny Vermächtnis», en P. Caroni, G. Dilcher, *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln/Weimar/Wien 1998, pp. 281 ss., especialmente 281 ss., 287 ss. Se diferencia más A. Cavanna, «Le rovine e gli spiriti», *Nuova Rivista storica*, 1995, pp. 727 ss.

35 P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986, pp. 108 ss.; Íd., *Lecciones*, cit., pp. 26-27.

36 W. Brauner, «Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811», *Gutenberg-Jahrbuch* 62 (1987), pp. 205 ss., especialmente 242, 246 ss.; Íd., «Vernünftiges Recht als überregionales Recht: die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786-1797-1811», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, pp. 121 ss., especialmente 136 s.; Íd., «Europas erste Privatrechtskodifikation: Das galizische bürgerliche Gesetzbuch», en H. Barta/R. Palme/W. Ingenhaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, cit., pp. 303 ss., en especial 313 ss.; Íd., «Vergessene Jubiläen: Multinationale Rechtsvereinheitlichung durch Privatrechtskodifikationen 1786 und 1798», *Juristische Schulung* (2000), pp. 15 ss.; H. Slapnicka, *Österreichs Recht ausserhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraumes*, München 1973; Íd., «Von der Sprache der Gesetze und den Gesetzen über die Sprache», en F. Seibt (ed.), *Böhmen im 19. Jahrhundert. Vom Klassizismus zur Moderne*, Frankfurt am Main 1995, pp. 25 ss., 424 s.; E. Nowotny (ed.), *Österreichisches Recht in seinen Nachbarstaaten. Tschechien-Slowakei-Ungarn, Schriftenreihe der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft*, Heft 74, Wien 1998.

distinto afán sobre la realidad concreta (y variada) que se esconde tras el fenómeno que a nosotros nos gusta designar, sencillamente y sin hacer las necesarias distinciones, como la «unidad de la experiencia jurídica».

Si tuviera que resumir estas primeras (y provisionales) reflexiones críticas, hablaría una vez más –como hace algunos años– del naufragio de la historicidad³⁷. Sin embargo, no creo que los apóstoles de la continuidad, a quienes me he referido hasta ahora con la esperanza de no haber tergiversado su pensamiento pero también de no haber exagerado su compromiso, hayan sido siempre realmente «conscientes de la historicidad de cada norma, incluso las contemporánea y, sobre todo, las civiles»³⁸. Han tenido que sobrevolar demasiadas cosas con tal de salvar solo lo que consideraban –y aún consideran– que era lo único que merecía ser valorado. Muchos de ellos, además, parecen haber heredado inconscientemente (y también conservado celosamente), algún resquicio del ímpetu colonizador que explica muchas catástrofes de la historia romana. Como están ocupados en inventariar los progresos que permite registrar el estudio del derecho romano en China, Japón y América Latina³⁹, así como en sugerir su adopción, como modelo privilegiado, para el futuro derecho unitario europeo, desdeñan claramente la historia social, incluso la de épocas más recientes, que, sin embargo, sirve de fondo para la llegada de la sociedad burguesa. Probablemente creen que pueden prescindir de ello; quizá porque intuyen (por lo demás, con mucho realismo) que esta es la premisa que permite seguir creyendo en la continuidad.

37 Véase *supra*, p. 183 nota 28.

38 De este modo, sin embargo, M. Valentino, «Romanistica e Codice civile. Spunti per l'analisi de uno storico "connubium"», *Labeo* 41 (1995), pp. 181 ss., la cita en p. 228.

39 Algunos títulos entre los más recientes: S.Schipani, «Giappone e diritto romano», *Index* 20 (1992), pp. 363 ss.; Íd., *La codificazione*, cit., pp. 83 ss., 139 ss., 243 ss., 282 ss.; M. Rosti, «Le influenze europee nella codificazione civile latino-americana», *Materiali* 25 (1995), pp. 497 ss. (con muchas otras remisiones bibliográficas); T. Scholl, *Die Rezeption des kontinental-europäischen Privatrechts in Lateinamerika – am Beispiel der allgemeinen Vertragslehre in Costa Rica*, Berlin 1999; AA.VV., «Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni», *Index* 14 (1986), pp. 1 ss. (sobre la presencia del derecho romano en la tradición jurídica sudamericana); O. Behrends, «Zur Lage des römischen Rechts im heutigen China», *Index* 14 (1986), pp. 317 ss.; AA.VV., «Il diritto romano in Cina», *Index* 24 (1996), pp. 437 ss.

6. *La herencia estatutaria*

El derecho que se consultaba y aplicaba con mayor regularidad e intensidad en el ámbito del antiguo sistema de fuentes era claramente el estatutario, es decir, el conjunto de reglas emanadas por los titulares de un *ius statuendi*, «pues el derecho romano recibido en toda su extensión no era adecuado para las relaciones de los estados modernos en general, así como tampoco lo era en muchas regiones para las relaciones de los diferentes países»⁴⁰. El derecho local, pues, era el ejemplo de *ius proprium* normalmente citado, pues contaba precisamente con «estatutos más justos y equitativos que las disposiciones del derecho común civil [...], porque son más acordes con el carácter propio, con la constitución, con la manera de vivir, con los medios de subsistencia ordinarios, con el comercio y, en general, con las relaciones especiales de los habitantes de ciertos distritos»⁴¹. ¿Qué fue, pues, del derecho estatutario en el momento de la codificación? ¿Fue derogado o confirmado? Y en el segundo caso ¿en qué proporción se actualizó en el código? Y si de verdad volvió a flote ¿fue por expreso deseo del legislador o solo por la falta de conraindicaciones?

Legisladores, políticos y juristas, y entre ellos precisamente quienes se implicaron directamente en la aventura codificadora, trataron con frecuencia el tema. Pero, por esta misma razón, sus respuestas deben examinarse con la máxima cautela, pues sus autores estaban más preocupados de que los proyectos «pasaran» que de respetar la verdad histórica. Por eso podía ocurrir que —precisamente a causa de estas necesidades estratégicas— el legislador presentara instituciones tradicionales del Antiguo Régimen como novedades revolucionarias, y este fue el recurso empleado varias veces por Cambacérès⁴². Pero también podía ocurrir lo contrario, es decir, que las nuevas soluciones fuesen admitidas como simple

40 Como afirmó un iusnaturalista que tomó parte activa en el movimiento codificador y que precisamente por este motivo es citado aquí: F. von Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, Venezia 1815, I, p. 81 (nota 1 al § 11).

41 F.von Zeiller, *Commentario*, cit., p. 81 (nota 2 al § 11).

42 A. Valette, «De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789», en A. Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, Paris 1880, I, pp. 443 ss., especialmente pp. 466 s., 483.

confirmación de antiguas prácticas, como le gustaba sugerir a Portalis⁴³, emulado más tarde por ilustres epígonos⁴⁴.

Quien no quiera dejarse engañar por todas estas (y quizá otras) maniobras que tienen, de todos modos, su historia (por lo general interesante), no tiene ya mucha elección. Pero no puede dejar escapar un hecho: que a lo largo del siglo creció y se consolidó un consenso tácito en torno a la convicción de Portalis de que el *Code* no era sino una feliz transacción entre el *droit écrit* y el *droit coutumier*. Oigámoslo: «Hemos realizado, 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 unas con otras sin romper la unidad del sistema y sin contradecir el espíritu general»⁴⁵.

Es obvio que esta descripción ya no permitía considerar el *Code*

43 J.E.M. Portalis, «Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement», en P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, I, pp. 463 ss., especialmente 481, 466 s. (citado continuamente por A. Valette, *De la durée*, cit., 445, 454, 467, 488 s.).

44 Pienso en primer lugar, obviamente, en E. Huber, el artífice del Código civil suizo de 1907. Afirmó repetidamente que tanto las codificaciones cantonales como las federales confirmaban muchas instituciones tradicionales (*Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch*, de 28 de mayo de 1904, p. 98; cito otros documentos que ratifican esta convicción en P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 109-110; Íd., *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel/Frankfurt am Main 1996, pp. 32 s.). Pero es sabido que los Cantones no respetaron en realidad las instituciones del antiguo derecho (véase, por ejemplo, P. Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 101 s.) y que tampoco la Confederación fue blanda con los códigos cantonales (véase *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit*, de 28 de noviembre de 1896, en *Schweizerisches Bundesblatt* 48/4 [1896], pp. 733 ss., en particular 766). Sobre esta cuestión, véase también P. Caroni, «Il mito svelato: Eugen Huber», *ZSR NF* 110/1 (1991), pp. 381 ss., especialmente 395-400.

45 “Nous avons fait, s’il est permis de s’exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu’il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l’unité du système, et sans choquer l’esprit général». J.E.M. Portalis, *Discours préliminaire*, en P.A. Fenet, *Recueil complet*, cit., pp. 481 s. (citado también, obviamente, por A. Valette, *De la durée*, cit., p. 446). Véanse también los comentarios al respecto de J.-L. Halpérin, *L’impossible Code civil*, Paris 1992, pp. 275 ss.; G.S. Pene Vidari, *Diritto romano e codificazione*, cit., p. 174; P. Caroni, *Rechtseinheit*, cit., p. 39; y U. Petronio, *La nozione di Code civil*, cit., p. 106.

como el fruto maduro de la revolución, es decir, como una antología de *droit intermédiaire*. Al contrario. Valiéndose precisamente de ella, el célebre civilista Valette presentó en 1870 una memoria –que fue más tarde justamente famosa– que ya en el título resumía las tesis de fondo: «De la persistencia de todo el derecho civil francés durante y tras la revolución de 1789»⁴⁶. Lo sé: nos sentiríamos casi todos tentados de considerarla una exageración, posiblemente por estar unida al especial momento histórico, y más aún porque la memoria fue leída ante de la Academia de Ciencias Morales y Políticas justo durante el asedio de la capital. Pero nos equivocaríamos, como lo demuestran, por otro lado, investigaciones muy recientes que, aunque no hayan podido compartir la tesis de una continuidad total e indiscutible (tal como la proponía implícitamente Valette), han arrojado también nueva luz sobre ámbitos y sectores en los que perduraron durante cierto tiempo prácticas, tendencias y aspiraciones más cercanas, desde luego, al estatalismo y al colectivismo del antiguo régimen que a las aperturas del *droit intermédiaire* y al nihilismo propietario⁴⁷ del capitalismo clásico⁴⁸. Por lo que a mí respecta, no me incumbe, afortunadamente, concluir este debate y me siento muy feliz por ello, precisamente porque –tanto en este como en otros temas– conviven en mí almas que no son precisamente gemelas. Intentaré explicarme.

Por una parte, considero imprudente dar respuesta a esta pregunta tan general –porque se plantea en relación con cualquier codificación de derecho privado y no solo en relación con el *Code* de 1804– sin haber realizado antes análisis sectoriales, divididos por periodos y regiones; sin haber consultado la práctica documental y la jurisdiccional; sin haber aclarado el valor exacto de las remisiones a la legislación anterior o a las

46 “De la durée persistante de l’ensemble du droit civil français pendant et depuis la révolution de 1789». A. Valette, *De la durée*, cit., pp. 443 ss.

47 Empleo el término en la acepción increíblemente sarcástica propuesta por P. Noll, *Diktate über Sterben und Tod, mit Totenrede von Max Frisch*, Zürich 1984, pp. 168 ss.

48 Pienso en particular en la obra de J.-L. Halpérin, *L’impossible Code civil*, cit., *passim*, de la que ha dado cuenta ampliamente G. Cazzetta en *Quaderni fiorentini* 23 (1994), pp. 435 ss., y en la de A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, 2ª ed., Frankfurt am Main 1995, cuya importancia subrayé en *ZNR* 16 (1994), pp. 445 ss.

compilaciones locales⁴⁹ y, por último, sin haber tenido en cuenta las tendencias expresadas en la doctrina.

Por otra parte, no creo que estas investigaciones, de cuya complejidad me doy perfecta cuenta, sean en realidad todas ellas absolutamente indispensables para establecer si ha habido o no continuidad en las grandes líneas (esto es, en lo que se refiere a la inspiración jurídico-política esencial y a las estructuras jurídicas destinadas a su realización). La razón de mi convicción me parece evidente y deriva también de otras cosas ya mencionadas. Por ello me limito aquí a unas rápidas reflexiones.

Un ordenamiento legislativo promulgado deliberadamente para contribuir, junto con otras medidas no todas ellas necesariamente jurídicas, a eliminar el feudalismo de la sociedad, *no tiene opciones: debe* suprimir necesariamente cierto número de apoyos del viejo orden para hacer sitio a su contrario. No puede esperar reciclarlos tras un ligero retoque o transformarlos con la misma soltura con la que transformamos edificios en construcción en residencias de lujo. Tampoco puede confirmarlos parcialmente solo para salvar lo que se pueda. Aquí no hay mucho que salvar, *debe abolirlos necesariamente*, pues de otro modo impedirían que el nuevo orden funcionase. Por ello, la estructura estamental dejó paso a su contrario, es decir, a la igualdad jurídica formal; el privilegio hereditario de los varones fue sustituido inmediatamente por el principio de la paridad sucesoria entre sexos; el corporativismo fue desautorizado por la libertad

49 Basta al respecto con la remisión al § 11 del Código austriaco de 1811: «Nur jene Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke haben Gesetzeskraft, welche nach der Kundmachung dieses Gesetzbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich bestätigt werden». Ya durante la elaboración del Código fue claramente una disposición muy controvertida (como lo demuestran las actas publicadas por J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen ABGB*, Wien 1889, I, pp. 25 ss.). También ha sido siempre controvertida la opinión respecto a su vigencia real. Mientras C. Cattaneo pensaba que el Código «aunque llevara el título de universal, es decir, para ser común a todos los Estados del imperio, en la mayor parte de ellos su autoridad se veía limitada por Estatutos más antiguos...» (C. Cattaneo, *Interdizioni israelitiche*, 1836/1837, Torino 1987, p. 19 nota 1), W. Brauner se inclina aún por la opinión contraria y considera el § 11 una disposición literalmente obsoleta (W. Brauner, *Vernünftiges Recht als überregionales Recht*, cit., p. 134). En realidad no es necesario repetir que la cuestión merece una ulterior profundización. En todo caso, véase lo que escribe sobre ello C. Neschwara, «Über Carl Joseph von Pratobevera und Franz von Zeiller», en K. Ebert (ed.), *Festschrift zum 80. Geburtstag von H. Baltl*, Wien 1998, pp. 205 ss., especialmente 217 s.

contractual; y la propiedad colectiva en todas sus variantes fue sustituida por el individualismo más o menos exagerado del propietario exclusivo, solo por mencionar los ejemplos más corrientes. Por esto parece lógico y evidente deducir que, precisamente en las grandes líneas, no cabía continuidad alguna, confirmando una vez más la verdad obvia conforme a la cual quien quiera edificar un edificio nuevo debe, antes que nada, eliminar el viejo. Ya había pensado en ello –precisamente en estos términos– el sagaz príncipe Kaunitz cuando, hacia finales de 1765, explicó al conde Firmian las directrices a las que sugería atenerse para acabar con la crisis de la administración jurídica lombarda⁵⁰. Sancionaban la definitiva derrota del reformismo moderado tal como había sido defendido aún por Gabriele Verri con la intención de confirmar la dualidad del derecho estatutario ciudadano (que antes urgía sanear) y las *Novae Constitutiones*⁵¹. Esta moderación tuvo que disgustarle sumamente a Kaunitz quien, en cambio, tenía a la vista un «plan para la compilación de un nuevo código»⁵² (que tenía que ser, además, «simple y claro»⁵³). Había comprendido que el tiempo de las medidas a medias ya había pasado. Ahora era necesario proceder con mayor determinación, incluso porque «la experiencia demuestra que para levantar un buen edificio hace falta demoler el viejo; y si no se abolen las Nuevas Constituciones y el inextricable laberinto de estatutos y de leyes

50 Sobre el episodio, véase U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972, pp. 293 ss.; A. Cavanna, «Tramonto e fine degli Statuti lombardi», en AA.VV., *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Milano 1980, pp. 307 ss., en particular 314 ss.

51 U. Petronio, «Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia: il Nuovo Piano di Gabriele Verri», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1977, II, pp. 975 ss., especialmente 982-984; A. Cavanna, *Tramonto e fine*, cit., pp. 314 ss.

52 Carta de Kaunitz a Firmian del 29 de diciembre de 1765 (texto en U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., p. 297; pero véase ya la mención de un «nuevo código» en un anexo la carta del 20 de noviembre de 1765, en U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., p. 295). Por lo demás, es sabido que Kaunitz tenía ideas muy claras acerca de los criterios a los que debía atenerse un nuevo código. Estas ideas se deducen de su crítica al *Codex Theresianus* (crítica que resume A. Völkl, *Die österreichische Kodifikation und das römische Recht*, cit., p. 288).

53 Carta de Kaunitz del 29 de diciembre de 1765 (texto en U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., p. 296).

en el que se pierde la hacienda de los súbditos de su Majestad, Milán no podrá resurgir jamás»⁵⁴.

7. *La herencia consuetudinaria*

También para el discurso sobre el significado de la presencia consuetudinaria en los códigos (como por lo demás el de la inevitable erosión causada por el transcurso del tiempo a la que nunca escapa ningún código) basta con pocas palabras que, además, refuerzan nociones compartidas en general por los historiadores del derecho.

En primer lugar, los códigos burgueses no vieron con buenos ojos el derecho consuetudinario, ni el anterior a la codificación ni el nacido durante su vigencia. Aunque no sería justo afirmar que lo condenaron todos sin distinción⁵⁵. Pero es verdad que a menudo intentaron, si no suprimirlo completamente, sí limitar preventivamente su radio de acción⁵⁶, lo que no puede ser motivo de asombro puesto que refleja la jerarquía de fuentes jurídicas que determinó el Estado burgués.

En segundo lugar, hay que añadir que rara vez se vieron afectadas las costumbres por estas condenas o intimidaciones, pues, finalmente, aun cuando «políticos y filósofos del derecho lucharon contra ellas con armas invencibles»⁵⁷, desde siempre nacen y se asientan sin tenerlas demasiado en cuenta, desafían abiertamente a la ley y, de vez en cuando,

54 Carta (distinta de la anterior) de Kaunitz a Firmian, del mismo día (29-XII-1765, texto en U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., p. 296).

55 En este sentido, sin embargo, M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed. revisada, Studienausgabe, Tübingen 1972, p. 494.

56 Entre las disposiciones legislativas más conocidas, quiero recordar aquí sobre todo el art. 7 de la ley que precede al Code civil (ley de 21 de marzo de 1804, ya citada varias veces, pues también abolía «les coutumes générales ou locales»), el § 10 del *ABGB* austriaco de 1811 (con los protocolos de las discusiones de la comisión, en J. Ofner, *Der Ur-Entwurf*, cit., I, pp. 18 ss., y la espléndida contribución de E. Tilsch, «Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts», en *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, Wien 1911, II, pp. 39 ss.), el art. 5 del Código civil español de 1889, el art. 1 del Código civil suizo de 1907 y, finalmente, los arts. 1 y 8 de las Disposiciones sobre la ley en general que preceden al Código civil italiano de 1942.

57 Esta era, al menos, la opinión de F. von Zeiller, *Commentario*, cit., I, p. 78 (nota 1 al § 10).

incluso logran hacerle sombra y corregirla provocando una infinidad de conmociones (e incomodidades) ⁵⁸.

Pero todo esto, se menciona también *en tercer lugar*, ocurrió solo en ocasiones. Por ello, ciertamente no hay que enfatizar su importancia. En realidad, incluso cuando la ley parece concederle espacio y, en cualquier caso, no la combate abiertamente, *la costumbre no arraiga*, como lo demuestra el ejemplo suizo⁵⁹. De ello se deduce que el favor del legislador no es suficiente para asegurarle un futuro bajo el régimen de la codificación. No obstante, sigue siendo un cuerpo extraño ya que, al ser difícilmente identificable, entra en conflicto con la actual concepción de la seguridad jurídica que, cada vez de modo más exclusivo, se alimenta del texto escrito y debidamente promulgado (e, irremediabilmente, se pierde cada vez más en él). Si este régimen parece auspiciar en principio esporádicas incursiones consuetudinarias (puesto que sin ellas muchos de los interrogantes planteados por la regulación transitoria quedarían sin respuesta), con el paso de los años aún las limita y las neutraliza más, queriéndolo así el estatalismo (esto es, el monopolio legislativo relacionado con él) del que se alimentan las codificaciones. Así pues, resultan adecuadas las reflexiones de quien, hace poco, habló sobre la supervivencia de partes del *droit coutumier* a pesar de la prohibición del *Code civil*, lo que demuestra, no tanto la victoria de la costumbre, cuanto «la lenteur avec laquelle le droit moderne s'est substitué au droit traditionnel»⁶⁰.

58 Demostre este hecho con documentos en P. Caroni, *Einleitungstitel*, cit., pp. 129 ss.

59 P. Caroni, *Einleitungstitel*, cit., pp. 122 s., 134 s.

60 J. Coudert, «Das Fortleben französischer Gewohnheitsrechte aus dem Ancien Régime nach 1804», en R. Schulze (ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1994, pp. 37 ss., la frase citada en el texto, en p. 65. Son semejantes las conclusiones formuladas por J.-J. Clère, tras un estudio sobre la continuidad de los derechos feudales en la primera mitad del siglo XIX en Francia, contrariando lo que sancionaban las leyes abolicionistas de 1793. Continuidad propiciada por la disponibilidad de los tribunales, que consideraron útil edulcorar las leyes de 1793 para evitar el peligro de que se generalizaran. Véase J.-J. Clère, «La survivance des droits féodaux dans la première moitié du XIXe siècle d'après la jurisprudence», *Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 55 (1998), pp. 201 ss., *passim*, especialmente 203, 207 s., 216.

8. *Una historia previsible*

Dicho esto, parece haber llegado el momento de concluir. Trato de reflexionar sobre el camino recorrido hasta ahora, sobre los interrogantes surgidos a lo largo de él, así como sobre las soluciones propuestas; intento extraer de todo ello una formulación final aunque no sea más que para comprobar hasta qué punto, al hacerlo, puedo confirmar los resultados más o menos previstos o drenar (finalmente) viejos pantanos. Estas cosas tienen algo de acrobacias y, sobre todo, crean siempre desasosiego, pues al afrontarlas descubro que en realidad no he agotado el tema, que he favorecido el detalle o confirmado cosas archiconocidas, y tampoco he tenido en cuenta en la justa medida situaciones marginales y perspectivas insólitas que, de haber sido recuperadas y debidamente valoradas, hubieran podido ayudarnos a comprender más y a discurrir mejor. También podría decir, anticipando los temas de los que aún quisiera ocuparme, que he reflexionado durante largo tiempo sobre una historia, la que precedió al código, cuyo resultado estaba ya previsto en lo esencial; pero, en compensación, no he hecho más que intuir la que le sucedió –aún desatendida–.

Sobre el primer punto y para ser aún más explícito, la historia que he intentado explorar hasta ahora indaga sobre todo lo que el código heredó. Lógicamente, es anterior, le pisa los talones, confluye en él y casi se desborda, para ser, mejor o peor, reabsorbida. Ocupa un arco temporal corto o largo, el necesario para la preparación y la elaboración del código, esa operación que en alemán se llama *Durchkodifizierung*. A quien investiga acerca de estas «herencias» le mueve en general el deseo (por lo demás humanamente comprensible) de comprobar su sólida consistencia; lo cual serviría para demostrar que el pasado trasladado de este modo al código seguiría condicionándolo, inspirando su interpretación, connotando su historia y, quizá, amortiguando sus veleidades. Si esta interpretación que considero todavía dominante convence hoy en día cada vez menos, se debe a las perplejidades y reservas que derivan de las páginas anteriores. Nacen de dos diferentes órdenes de ideas: por un lado, relativizan –en el nivel cuantitativo– la intensidad de los «préstamos» históricos y, por lo tanto, de la «herencia» real; por otro lado, reclaman nuestra distraída atención sobre el hecho de que el código, sin embargo, *trastorna* estos «préstamos» –cuantos quiera que sean–, pues los introduce en un nuevo universo hasta hacerlos irreconocibles y condenar a que

resulten superfluos su estudio y su minuciosa enumeración. Acerca de este punto que sigo considerando fundamental, no se ha cuestionado todavía la enseñanza de Savigny⁶¹: muestra que el código en realidad anula la historia «precedente», la abandona a su suerte de modo irrevocable. Incluso cuando encasilla elementos de la tradición (palabras, enunciados, reglas), los ordena sin tener en cuenta sus significados históricos. Los extrapola de la realidad social en la que se insertaban y los encierra en un nuevo contenedor, propiciando así la aparición de una nueva red de combinaciones y de nuevos significados cada vez más tupida. Por este motivo considero correcto considerar el código como

un acto decisivo del legislador, que, de alguna manera, desconecta el derecho de sus orígenes, lo funda totalmente en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y la dependencia mutua de los diferentes artículos, y le exime de buscar precedentes o títulos fuera de un instrumento auténtico, más allá del día de la promulgación. A quien quisiera remontarse más arriba, la propia ley parece responderle: ¡Para qué! Ha habido una liquidación del pasado y como un nuevo comienzo. Lo que podía conservarse de antaño se ha incorporado al texto, aparece bajo una nueva luz y de ahora en adelante se explica, no tanto por la larga serie de hechos que lo han traído hasta aquí, como por la conformidad con las necesidades presentes y la precisión de las relaciones que señalan su lugar dentro del conjunto⁶².

61 P. Caroni, *supra*, pp. 167 ss.

62 De este modo E. Boutmy, «Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques», *Revue internationale de l'enseignement* 17 (1889), pp. 217 ss., el pasaje citado, en p. 222, reproducido parcialmente también en B. Oppetit, «De la codification», en B. Beignier (ed.), *La codification. Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995 à Toulouse*, Paris 1996, pp. 7 ss., especialmente p. 17. [Un acte tranchant du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'intérêt public, l'accord et la dépendance mutuelle des différents articles, et le dispense de chercher des précédents ou des titres en dehors d'un instrument authentique, au-delà du jour de la promulgation. A qui voudrait remonter plus haut, la loi elle-même semble répondre: A quoi bon! Il y a eu liquidation de tout le passé et comme un nouveau départ. Ce qui pouvait être conservé du temps jadis a été incorporé dans le texte, y paraît sous un nouveau jour et s'explique désormais, moins par la longue suite des changements qui l'ont amené jusque-là, que par sa conformité aux besoins présents et la justesse des rapports qui marquent sa place dans l'ensemble.]

Esta «lectura» puede no gustar, lo admito, porque al denunciar su inexorable «reduccionismo», reprocha implícitamente al código el haber favorecido el positivismo legislativo; y también le recrimina cada vez más la cerrazón culturalmente devastadora que, desde hace algunos años, llamamos «absolutismo jurídico». Pero también nos equivocaríamos si considerásemos concluido de este modo (sería mejor decir «liquidado») el capítulo histórico. En efecto, quien interpreta la transición como lo acabo de indicar descubre la historia, pero en otro lugar. Ya no es la que el código da por concluida y deja atrás (puesto que cerrándola *así* en realidad reniega de ella), sino la que le sigue y se instala imperceptiblemente entre sus pliegues y sus renglones. Esta será ya la historia «del código» y no la «de la codificación». Empieza su andadura en el momento de su promulgación y luego acompaña silenciosamente al código, día tras día, dándose y dando razón del impacto que tuvo en la sociedad y, por consiguiente, del nivel de aceptación; de los contenidos que albergó a lo largo del tiempo, así como de los que rechazó de modo más o menos clamoroso; de los cambios y de los progresos que propició, pero también de los que impidió o bloqueó; de las interpretaciones que requirió, así como de las que atacó abierta o implícitamente; de las costumbres que a veces lo integraron pero que en ocasiones lo corrigieron. Nos hablará de estas y de muchas otras cosas que, tradicionalmente, ocupan y de vez en cuando perturban el imaginario del jurista.

Por lo tanto, rompo una lanza por esta perspectiva diferente, por esta mirada que hasta ahora había quedado en la sombra, cuando no marginada⁶³, porque –como todas las cosas nuevas– en un primer momento provoca e irrita. Y a quien creyera que a lo mejor lo hago a falta de otra cosa, estándome ya cerrado el planteamiento tradicional (por los motivos

63 Referencias esporádicas (pero no por ello inútiles) a la necesidad de desplazar el interés «al período posterior a la ley, que es la vida de la ley relativizada por el tiempo», en P. Grossi, *Absolutismo giuridico*, cit., p. 23; véase también J. Hilaire, «L'approche historique d'un système juridique: l'enjeu français», *TRG* 62 (1994), pp. 35 ss., especialmente 41. Entre tanto, también apareció, finalmente, el primer manual para estudiantes y destinado exclusivamente al período posterior al código: es el de J.-L. Halpérin, dedicado a la *Histoire du droit privé Français depuis 1804*, publicado en París en 1996. Pero ya J. Hilaire había prestado una gran atención al período posterior al código en su *Introduction historique au droit commercial*, París 1986, en particular pp. 95 ss., 151 ss., 213 ss., 285 ss., 330 ss.

que acabo de mencionar), contestaría con los hechos, esto es, volviendo a plantear todas las preguntas –hasta ahora sin respuesta– que enumeré hace un momento, con la certeza de que, por *sí solas*, justifican nuestra curiosidad y promueven los esfuerzos para satisfacerla. Por *sí solas*, como decía, esto es, sin tener que reflexionar previamente incluso sobre los aspectos metodológicos inherentes a todas estas «cuestiones sin tramitar», y en particular sobre los principios en los que se inspira una «historia contemporánea del derecho» implícitamente homologada como tal⁶⁴.

9. *La historia de una incognita*

¿Qué motivos nos inducen hoy a mirar más bien en otras direcciones y, por ello, –es inevitable– también a descubrir nuevas lagunas y a formular nuevas preguntas? No puedo descartar que no haya lugar entre ellos también para la crisis en la que parece debatirse todo el sistema desde hace algunas décadas. Conocida con el nombre de «descodificación», podría preludiar la posible sustitución de la uniformidad, mejor o peor garantizada hasta ahora por el código, por un sistema legislativo policéntrico⁶⁵. Aunque cause una comprensible desazón entre los juristas, en compensación, facilita el análisis de los historiadores. Los hechos que la provocaron, como, por lo demás, los cambios que plantea, relativizan en realidad certezas sacrosantas que deseaban atribuir a los códigos estrategias y finalidades sin la menor duda unívocas y definitivas y que, precisamente por este motivo, no invitaban a investigar más allá de la promulgación, consi-

64 Las concepciones, las peculiaridades y los límites de esta nueva regulación, invocada implícitamente por quienes luchan por una historia del código que desemboque de forma progresiva en la actualidad, fueron objeto recientemente de repetidos estudios y análisis. Remito a este respecto a D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Giessen 1985; M. Stolleis (ed.), *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Baden-Baden 1993; M.G. Losano (ed.), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, Milano 1997; J.-L. Halpérin, *Histoire*, cit., pp. 9 ss.

65 Para los comentarios que siguen, véase N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, *passim*; P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 101 ss.; Íd., «(De)Kodifikation: wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten», en K.V. Malý/P. Caroni (eds.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtentwicklung*, Praha 1998, pp. 31 ss.

derándose ya el período posterior al código como el reino de lo previsible y de lo seguro. Hoy en día, por el contrario, como decía antes, surge lentamente otra hipótesis y convence cada vez más. Considera el código, tal como fue promulgado a continuación de las revoluciones burguesas, si no exactamente como una variable, sí desde luego como una *incógnita*, capaz por ello de permitir (cuando no de favorecer) evoluciones imprevistas y de satisfacer de este modo expectativas desiguales e incluso conflictivas, que solo un examen de su lento desarrollo en la sociedad podrá desvelar finalmente en toda su sorprendente diversidad.

Dos características de los códigos burgueses, por otro lado conocidas, indican hoy con insistencia este cambio de registro: la abstracción y el *ethos* programático.

a) En primer lugar, la *abstracción*, adecuada para la aspiración de los códigos burgueses, que pretendían dirigirse por fin de modo uniforme (aunque no siempre unitario) a *todos* los habitantes del Estado. Vista así, la abstracción se logró eliminando la materialidad del derecho tradicional, es decir, excluyendo del código todo lo que, al no ser común a los destinatarios de sus mensajes, habría hecho imposible su «generalidad» y se habría convertido en diana de las previsible críticas⁶⁶. Lógicamente, el código podría haberse contentado con *una* regla, con una *sola* regla: la que –tras haber reconocido la subjetividad jurídica de todas los habitantes– se hubiese sometido íntegramente a sus decisiones, esto es, al ejercicio de su autonomía. De este modo habría sellado la transición a una subjetividad negocial extrema y doctrinaria pero poco práctica. Por ello prefirió rodear la ciudadela de lo privado con algún correctivo y algún incentivo; todo ello, se entiende, conforme a las exigencias del nuevo sistema económico⁶⁷, que necesitaba de libertad (por lo menos de la libertad negocial), no tanto para atraer a los ingenuos y estimular a los que eran reacios, cuanto para funcionar según los planes de quien lo había ideado.

De todos modos y con todas las reservas propias del caso, está fuera de duda que la tendencia de los códigos burgueses a la abstracción no solo facilitó la plena realización de estos planes, sino que propició involuntariamente interpretaciones o prácticas divergentes y, desde luego,

66 Véase lo que escribe sobre ello F. von Zeiller, *Commentario*, cit., I, pp. 24 ss.

67 P. Caroni, «Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen und nicht systemwidrigen Privatrechts», en R. Herzog (ed.), *Zentrum und Peripherie. Festschrift für Richard Bäumlín zum 65. Geburtstag*, Chur/Zürich 1992, pp. 107 ss.

poco ortodoxas. Esto ocurrió cuando el «espacio» cuidadosamente previsto por la ley (y destinado, como vimos, a un uso específico) fue ocupado temporalmente por personas y estrategias que no eran en realidad las destinatarias ideales (o predilectas) de la nueva regulación. En realidad también ocurrió esto, sobre todo durante los largos períodos de la transición, cuando las bolsas de resistencia que se habían formado por causas diversas obstaculizaron (o retrasaron) la llegada de las soluciones amparadas por el código. Indicaban la presencia de grupos minoritarios y de intereses que, antes o después, se verían sacrificados, pero que ahora, en la confusión general, se resguardaban en algún nicho que por fortuna había quedado vacío, a la espera de un claro que, como sabemos, nunca llegó para ellos.

Precisamente así interpretaría, solo por citar un primer ejemplo, el innegable (y embarazoso) *estatalismo* que inspiró secretamente la elaboración del *Code civil* y luego lo acompañó hasta mediados del siglo XIX⁶⁸. Más sensible a la igualdad que a la libertad, lejos aún de los esfuerzos liberalizadores, indica más bien una continuidad con las prácticas prerrevolucionarias que no termina de asombrarnos e interpelarnos.

El otro ejemplo es contemporáneo⁶⁹: recuerda la resistencia del mundo campesino a la noción de propiedad que transmitía el código. Esta noción era nueva, pues concentraba en las manos de un *único* propietario *todas* las facultades de usar y de disponer de *toda* la cosa e incluso le impulsaba a ello sin ningún escrúpulo. Rechazaba de este modo una regulación que, por el contrario, había fraccionado y distribuido durante siglos los títulos de propiedad, como lo imponían, por lo demás, la economía natural y la primacía del disfrute inherentes a ellos. Ahora, durante algu-

68 Véase, al respecto, A. Bürge, *Das Französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., *passim*, especialmente el cuarto capítulo («Das Privatrecht im rechtlichen und administrativen Kontext»), pp. 296, 495, junto con una duda personal que formulé en la *ZNR* 16 (1994), p. 446; G. Béaur/P. Minard (eds.), *Atlas de la Révolution française. L'économie*, Paris 1997, *passim*.

69 Lo analizan, aunque desde perspectivas distintas: P. Grossi, «Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhundert. Der Begriff der Nutzniessung in der französischen und italienischen Zivilistik», *ZNR* 2 (1980), pp. 1 ss.; A.-M. Patault, «La propriété non exclusive au XIXe siècle», *RHDFE* 61 (1983), pp. 217 ss., especialmente 221 ss.; O. Faron, E. Hubert (eds.), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Lyon 1995, *passim*; A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 104.

nos decenios, junto a la nueva propiedad permaneció indemne también la antigua. Con la discreta condescendencia de los jueces y exégetas, legitimó y garantizó la práctica del *démembrement* que remitía sin reservas a las máximas del *droit coutumier*.

b) Hay también otro aspecto que he llamado, con una expresión quizá un poco solemne, el *ethos programático*, queriendo referirme así al destino típico del código, es decir, a su aspiración normativa, que no es tanto la de contar (más o menos fielmente) el presente, como la de prefigurar el futuro, el que nos atañe y también el aún remoto. Reflexionando aquí y ahora sobre ello, el pensamiento corre en seguida hacia los códigos ya burgueses, que no aspiraban a capturar el presente ni de inmediato ni totalmente, sino que se limitaban a formular un mensaje para el futuro. Obligados a ello con frecuencia por una serie de factores políticos aún inmaduros, se anticipaban al tiempo con desenvoltura, con la obvia (pero inconfesada) esperanza de apresurar su llegada. El ejemplo generalmente mencionado a este propósito es el austriaco. Promulgado por el emperador Francisco I en una monarquía con unos estamentos aún fuertes, el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* de 1811 presentaba una regulación literalmente irrealizable y visionaria porque era diametralmente opuesta a los privilegios feudales. Pero no por ello era inútil o, peor aún, engañosa, pues en realidad sancionaba un *programa constitucional* que desacreditaba implícitamente las estructuras feudales y, por el contrario, con sordina, consideraba deseable su supresión, estando convencido de que solo este viraje dejaría libres los espacios que necesitaba la expansión burguesa⁷⁰.

Reflexiones semejantes nos sugiere el segundo ejemplo, el que nos ofrecen las cláusulas generales (el imperativo de actuar según la buena fe, la prohibición de abusar del propio derecho, etc.), la obligación ocasionalmente asumida por el juez de decidir según equidad o de tutelar al

70 F. Klein se fijó oportunamente en el carácter consecuentemente «visionario» del *ABGB*, en la conocidísima investigación de introducción al *Festschrift* de 1911: «Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches», en *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, cit., I, pp. 3 ss., especialmente p. 20 («das Gesetz war zunächst bloss eine Antizipation, eine Gewinnshoffnung»), y p. 31 (en un principio el Código fue una «visión», pero luego «die Zeit ist vollständig in das Gesetz hineingewachsen»). Véase también al respecto, además de las numerosas contribuciones de W. Brauner, P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 73 ss.; y también *supra*, pp. 59 ss.

contrayente más débil o más inexperto y, por ello, más amenazado por la «libre» competencia y, en general, todas las normas destinadas a incidir en la realidad social solo si se concretan previamente por la vía judicial⁷¹. En esta concreción se reflejan todas las determinaciones subjetivas –tanto las imponderables, como las imposibles de regular– que la hermenéutica moderna resume en el término «precomprensión». De ello se deduce que el significado concreto de todas las normas del código aquí mencionadas *no está previsto por las palabra*, sino que procede de su aplicación, del eco que suscita a lo largo de los años, de las opciones jurídico-políticas a las que se remiten los jueces, así como de las doctrinas por las que se dejan seducir (de forma más o menos sumisa). Nos damos cuenta de ello, por ejemplo, cuando intentamos comprobar la consistencia del grado de socialización alcanzado (o aún tolerado) por el derecho privado, porque puede ocurrir (y ocurre quizá con demasiada frecuencia) que la realidad posterior al código desautorice (o neutralice) los arrebatos altruistas del legislador, corroborando o sugiriendo «mediaciones» tras las cuales se divisan, no tanto equilibrios por fin recuperados, cuanto nuevas dependencias⁷².

71 Los peligros propios de la operación aquí llamada sucintamente «concreción», así como las específicas posibilidades con las que esta sabe deslumbrar, son un tema tradicional de la civilística europea, por lo menos desde el conocidísimo *pamphlet* de J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933. Baste por ello con remitir aquí a dos publicaciones que resumen desde perspectivas muy diferentes una discusión todavía actual: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^a ed. revisada, Göttingen 1967, pp. 476 s., 541 ss.; D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970, en particular p. 531 ss. A ellas quisiera añadir un «clásico» sobre el que aún merece la pena reflexionar: B. Rüdigers, *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 5^a ed. ampliada, Heidelberg 1997.

72 Sobre la idoneidad del derecho privado para corregir los equilibrios logrados por los sujetos jurídicos gracias a la autonomía de su voluntad y, por ello, para incidir con una función compensadora sobre el tejido económico y social; sobre la deseable fortaleza de la eventual disponibilidad de los códigos en este sentido, así como sobre las modalidades concretas de intervención que en este caso sería recomendable preferir y evitar, sobre todos estos aspectos, complejos incluso desde el punto de vista metodológico, nos lleva a reflexionar notoriamente, más que cualquier otro, el Código suizo (por los motivos que resumí en los *Lecciones*, cit., pp. 89 ss., especialmente 95 ss.). Como es sabido, el tema tiene una historia vigorosa y casi embarazosa, como, por lo demás, todo lo que intentaba

10. *La única historia que confluye en el presente*

Es hora de concluir, para confirmar, en suma, que los códigos no tienen prisa, que solo con el paso del tiempo –y no sin perplejidades y retrocesos– se decidieron a descubrir las cartas, a declarar su programa (si es que acaso alguna vez tuvieron uno exclusivo y unívoco) y a ordenarse en las posiciones que nosotros con frecuencia hemos dado por seguras y, por ello, ocupadas automáticamente solo porque eran las que anhelaban los codificadores⁷³.

Quien acepte esta interpretación, que condena realmente la teoría de la continuidad pero que relativiza asimismo, de modo especular, la teoría que la contradice, la de una fulminante y global renovación, descubre en el período posterior al código el continente inexplorado y misterioso de la historia, por lo menos de la que no fue recibida (y fue por ello anulada) y *fue más bien producto del código*. Señala entonces sin turbarse que, en un primer momento, en los códigos se incorporaron pretensiones minoritarias (pues eran claramente sectoriales) con la intención obvia de contrarrestar las ambiciones más peligrosas. Advierte con frecuencia que los códigos solo se doblegaron a los deseos del capitalismo comercial e industrial –en verdad cada vez más explícitos– tras un notable lapso de tiempo (que nos lleva a hablar de retraso). Y todo ello, con frecuencia, solo tras crearse los espacios exigidos por las estrategias económicas burguesas (así como por el derecho que debía someterse a ellas), en el seno de una evolución constitucional concebida de antiguo y finalmente lograda. Tampoco se le escapa que la lenta pero ineluctable aparición de estas auténticas potencialidades iba acompañada de repercusiones y de hiper-

poner en tela de juicio el papel del derecho privado al afrontar (y resolver) la llamada «cuestión social». Hoy, por el contrario, choca cada vez más con la indiferencia de los técnicos o es ocultado por el escepticismo, incluso por el que se puede captar en los renglones del texto y por el que, desgraciadamente, me dejó desanimar poco a poco. Aunque, a mi entender, tengo buenas razones para no estar (ya) eufórico (y hablo de ello en P. Caroni, *Einleitungstitel*, cit., pp. 49 ss.; id., *Il mito svelato*, cit., *passim*, en particular pp. 401 ss.). Sean bienvenidos, por ello, las nuevas tentativas y los nuevos impulsos como, por ejemplo, el de D. de Martini, *L'orientamento sociale del diritto privato*, Torino 1992, o el de J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999.

⁷³ P. Caroni, *supra*, pp. 153 ss. Reflexiona de forma semejante S. Solimano, en relación, precisamente, con el *Code civil* de 1804, véase *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998, pp. 6-12.

trofías que proyectan una luz, como mínimo, desfavorable sobre toda la evolución: en efecto, si en el plano económico alentó, favoreció (y sobre todo legitimó) una explotación sin precedentes de recursos y jerarquías, en el plano teórico trastornó (por no decir que desvalorizó) la teoría de las fuentes. La redujo al monismo legislativo, esto es, la convirtió en realidad en una caricatura teóricamente insignificante y ridícula –si se quiere– pero igualmente temible, sobre todo porque quienes la sufrían ahora eran los jueces y los intérpretes, previamente intimidados o desmotivados por tanta arrogancia.

Son, pues, muchas las historias que nacen, se enfrentan o se entrecruzan tras haber tenido lugar la promulgación; las que se acaban de mencionar y también las que hasta ahora han permanecido en la sombra. No quiero decir que todas ellas sean más didácticas o estimulantes que las que –por lo demás conocidas– se vinculan a la elaboración del código. Pero, a diferencia de estas, confluyen directamente en el presente, lo constituyen, lo connotan y nos interpelan, por ello, con una urgencia a la que no podemos sustraernos. Por este mismo motivo es impensable no sacarlas a la luz y sería irresponsable no contarlas.

EL CÓDIGO APLAZADO

Resistencias europeas a la elaboración y a la difusión del modelo codificador

Meno male che andavano incontro al giorno. Al suo paese non amavano le ore che andavano incontro alla notte. Lo dicevano sulle mulattiere, su lunghe strade. “Se parti col buio e arrivi nel podere all'alba, non è lontano. È lontano quando non arrivi mai nel tuo”.

Francesco Biamonti, *Attesa sul mare*, Torino 1994, p. 91.

I. *Introducción*

1. *Pasar página ¿pero cómo?*

En realidad, la Europa del XIX también pasó página en el ámbito jurídico, y sobre todo respecto al sistema de fuentes. Pasó del sistema del derecho común al de la codificación. Pronto se convirtió, en este ámbito, en medida y símbolo de la modernidad, y todavía remite, tanto al jurista como al historiador que aspiran gustosos a ocuparse exclusivamente de ella, a un contexto social, político y cultural del que solo es posible extraer significados o al menos sugerencias para determinar el sentido y el alcance de la transición.

Incluso si admitimos generalmente que esta transición no fue simultánea, pues cada Estado ha tenido su propia historia e incluso una historia jurídica propia que explica por sí sola los tiempos y las modalidades del cambio, nos gusta sin embargo pensar que, cuando ocurrió de un modo concreto, fue rápida, radical e incluso fulminante. Y lo supone-

mos tanto más fácilmente cuanto más instintivamente proyectamos en el tiempo histórico la incompatibilidad conceptual de los dos sistemas. Dado que se hallaban en posiciones literalmente inconciliables e implicaban opciones excluyentes, deducimos de ello que no admitían ni mediaciones ni compromisos. Probablemente por este motivo consideramos que se sucederían en el tiempo con la misma exclusividad fulminante que, de un día para otro, sorprendió al viejo sistema, anuló incluso su legado cultural y, finalmente, pudo difundir con tranquilidad el código¹.

Las investigaciones realizadas a lo largo de estos últimos años han desmentido de forma decisiva este panorama². Ahora sabemos gracias a ellas que solo unos pocos Estados pasaron realmente página de un día para otro, a todo correr. Los otros, la mayoría, lo hicieron en cambio de un modo menos precipitado, diría más bien que prudente. Necesitaron con frecuencia de mucho tiempo para reflexionar, para decidir qué camino emprender, para valorar y sopesar cuánto se perdía con este cambio y qué oportunidades ofrecía el nuevo sistema. La transición se extendió, lógicamente, a lo largo de un ciclo de proporciones considerables jalonado de interrupciones y recaídas, como lo demuestran por lo demás episodios y estrategias sobre los que trataré de reflexionar en esta investigación.

1 Es precisamente esta visión la que inspira, como se sabe, la obra de Francesco Calasso. Véase, por ejemplo, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 5, 11, 86, 124-125, 338-339; Íd., *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 454; Íd., *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 114, 116-117, 163-164, 196-197, 207-208, 244, 247-248, 252, 255, 373 ss. Una descripción precisa y tendencialmente completa de las novedades que caracterizaban el nuevo sistema de fuentes se encuentra, por ejemplo, en G. Astuti, *Il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, ahora en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Raccolta di scritti a cura di G. Diurni, Napoli 1984, II, pp. 713-802, en particular p. 728; Íd., *La codificazione del diritto civile*, ahora en *Tradizione romanistica*, cit. II., pp. 805-846, en particular 806, 809, 815.

2 Por ejemplo, U. Petronio, «Una categoria storiografica da rivedere», *Quaderni fiorentini* 13 (1984), pp. 705-717; Íd., «La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")», *Quaderni fiorentini* 27 (1998), pp. 83-115; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris 1992; Íd., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996; y también *supra*, pp. 137 ss., 171 ss. Pero conviene no olvidar que Adriano Cavanna puso de relieve, ya en 1980, la lentitud con la que se realizó "el paso del régimen del derecho común ya en declive al de los códigos" (A. Cavanna, «La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca», en *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, ed. de A. de Maddalena, E. Rotelli y G. Barbarisi, III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, pp. 611-657, la cita en p. 615).

Analizando precisamente los numerosos sucesos provocados o sufridos por el código desde su promulgación hasta su implantación definitiva (si alguna vez se produjo), se ha propuesto recientemente distinguir de forma perentoria entre dos historias de la codificación: la anterior y la posterior a su entrada en vigor³. La primera sería la historia *de la codificación*, es decir del código *in statu nascendi*, relacionada con la elaboración (que es siempre al mismo tiempo una operación dogmática y jurídico-política) del conjunto unitario de leyes luego destinado a convertirse en el epicentro del nuevo sistema de fuentes en nombre del monopolio estatal. La segunda sería, en cambio, la historia *del código*, el concluido y promulgado, en su lento desplegarse y expandirse, más o menos conforme a los programas previstos (o incluso solo intuitos) por el legislador. No percibida y quizá ignorada durante mucho tiempo en virtud de la teoría que prefería creer en una transición rápida y definitiva, hoy se nos muestra como una tierra virgen e inexplorada que habremos de roturar y cultivar antes de apreciar su importancia.

2. La “tercera” historia de la codificación

Incluso admitiendo que esta nueva distinción –de la que estoy firmemente convencido– contribuya a valorar discursos y ámbitos hasta ahora en la sombra, queda no obstante un hecho: que no agota las situaciones y las experiencias ligadas en cierto modo al cambio del que me estoy ocupando. Parece, pues, que existe una *tercera* historia más allá de las dos recién mencionadas, que se aleja, paradójicamente, allí donde la «guerra por la codificación» es ganada por quienes luchan contra el nuevo sistema y, de este modo, le impiden echar raíces. Es esta la historia sobre la que me han propuesto reflexionar los amigos que han decidido y realizado este estupendo encuentro, aun sabiendo, me parece entender, que hasta ahora yo solo la había apuntado o, quizá peor aún, infravalorado. Solo por darle inmediatamente un nombre, que puede gustar pero que es también problemático, propongo llamarla *la historia del código aplazado*.

¿De qué habrá de ocuparse? De muchas cuestiones, por lo demás dispares:

- de la elaboración de los proyectos de codificación que quedaron como tales y, sobre todo, de la búsqueda de los motivos que determinaron finalmente su rechazo;

³ Véase *supra*, pp. 171 ss., junto a la inevitable (y saludable) remisión al trabajo de Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit.

– de la discusión pública sobre el controvertido tema de la codificación y en primer lugar, también aquí, de los argumentos puestos sobre la mesa por parte de los opositores, así como de la influencia que tuvieron sobre los interlocutores;

– finalmente, incluso de las estrategias que adoptaron los enemigos del código para retrasar su aplicación o neutralizar sus efectos más drásticos.

Como decía, son episodios diferentes. Y sin embargo tienen algo en común: en efecto, en todos resuena –unas veces nítidamente, otras de forma discordante– el eco del viejo mundo que aún se rebela contra el trastorno que supone (o impone) la codificación. Todos remiten inevitablemente al concepto de resistencia y existen por causas que atienden –como solo nosotros podemos saber– a lo que también se perdió por el camino y no llegó aparentemente a ningún lugar. Por consiguiente, todos estos episodios recuerdan los miedos, los temores, las perplejidades e incluso la resignación de los vencidos. Si hoy nos interpelan tan insistentemente, hasta el punto de obligarnos a recuperarlos y a proponerlos de nuevo a nuestra distraída atención, no es tanto por la simpatía que ocasionalmente podremos demostrar por ellos, por los vencidos, cuanto por la fascinación –discreta pero irresistible– que emana también de esta “catedral sumergida”: bloqueada, derribada, eliminada y luego desaparecida sin remedio⁴. Sin olvidar que, no obstante, volver a sacarla a la superficie y tenerla en cuenta puede ser incluso útil e instructivo: se descubre en especial el precio “político” que el legislador debía pagar a menudo para hacer pasar su propio proyecto. Sean pues bienvenidos los numerosos e incómodos interrogantes que surgen de estos episodios, comoquiera que

4 He tratado de reflexionar sobre estos aspectos poco habituales de la historiografía jurídica en «La otra evidencia de la historia jurídica», en P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 55-87, *passim*. Precisamente porque nuestro modo de mirar al pasado es en general tributario inconscientemente del grado de eficiencia, solo es aprehendido por la evidencia y raramente nos preguntamos acerca de los motivos que explican también lo que no ha llegado a ser, esto es, la falta de éxito relacionada con el naufragio de planes, proyectos, programas, etc. Y esto vale también para el tema de la codificación, como han recordado oportunamente autores contemporáneos. Véanse, por ejemplo G.A. Weiss, «The Enchantment of Codification in the Common-Law World», *Yale Journal of International Law* 25 (2000), pp. 435-532, especialmente p. 531; F. Terré, «La codification», *European Review of Private Law* 1 (1993), pp. 31-47, especialmente p. 34 (L’histoire des codes avortés reste à écrire).

los interpretemos: para aclarar las causas del fracaso sistemático de los proyectos del siglo XVIII, para averiguar los motivos de las reticencias del XIX o para medir el impacto de la expansión del modelo codificador en el tejido social, solo por citar algunos ejemplos.

3. *La perspectiva de los protagonistas*

El terreno que el tema nos obliga a pisar tiene un claro riesgo. Por eso es recorrido con prudencia. Una prudencia inspirada en el hecho de que los protagonistas de nuestras historias, los críticos, los opositores y los disidentes que citaré en breve son contemporáneos, testigos pues que viven en primera persona la aventura codificadora, demuestran su desconcierto e intentan obstaculizarla o defenderse de ella como pueden. Si sus reflexiones y sus preferencias difieren tal vez considerablemente de las nuestras, por motivos que no deberían inducirnos a considerarlas más astutas o clarividentes; si se nos obliga a medir el eco provocado por su oposición, deberemos descubrir más bien la lógica subyacente tras sus reflexiones, deberemos movernos al hilo de su cultura y de su experiencia, así como de su manera de imaginar el posible futuro de un sistema que conocían solo superficialmente pero que ya odiaban con fuerza y con pasión. Y tampoco nos está permitido olvidar que todas sus opiniones (como, por lo demás, también las de los partidarios del código) fueron, en cierto sentido, *hipotéticas*, es decir formuladas con la ayuda de textos abstractos y programáticos, como lo eran necesariamente cada una de las reglas del código. Resultaría fácil –pero históricamente imperdonable– demostrar su falsedad tomando como fundamento los significados concretos adoptados sucesivamente por aquellas normas durante años y decenios de aplicación práctica. Aun pudiendo desmentir claramente las previsiones, no deben llevarnos a modificar o a corregir la perspectiva a la que debemos atenernos y que solo puede ser la de los protagonistas⁵.

4. *El archipiélago*

Dicho esto, ha llegado finalmente el momento de centrar estas situaciones y estos acontecimientos. Y luego, también de discutirlos uno a uno antes de aventurar un comentario conclusivo. Quien tratase, para empezar,

⁵ Me permito remitir al respecto a una breve intervención reciente sobre los problemas apuntados en el texto: P. Caroni, «Kodifikation und Kontinuität», *ZNR* 23 (2001), pp. 293-295.

de abarcarlos todos con una rápida ojeada recurriría instintivamente a la metáfora del archipiélago: como quien dice, a un grupo más o menos disperso de realidades históricas caracterizadas por una tendencia fundamental común pero, por lo demás, singulares y dispares e incluso autónomas como veremos; para la ulterior confirmación de una regla familiar para los historiadores: al deber enfrentarse antes que nada a un enemigo común relacionado con un peligro por desgracia inminente, y al poder luego prescindir provisionalmente de una minuciosa confrontación de los respectivos programas, se llega con rapidez a un acuerdo –incluso entre casuales compañeros de viaje⁶–; en nuestro caso, por ejemplo, sobre la falsilla de una teoría que, debidamente divulgada para hacerse pegadiza, se erigió a lo largo del siglo XIX en símbolo y sinónimo de la estrategia anticodificadora. Es obvio que al decir estas cosas pienso en Savigny, en sus opciones y en la polémica que alimentó en 1814.

II. *La escuela histórica (esto es: las resistencias dogmáticas)*

1. *Los ortodoxos (y por ellos, obviamente F.C. von Savigny)*

A decir verdad, sería impensable discurrir sobre estos acontecimientos sin recordar en primer lugar las reflexiones que opuso Savigny en 1814 al eufórico Thibaut. Es un tema clásico, la bibliografía al respecto aumenta a ojos vistas⁷ y se ha enriquecido recientemente con la publicación de materiales dispersos y de los manuscritos aún inéditos que forman, en cierto

6 A J.A. Schumpeter le gustaba ya remitir sarcásticamente a la “ausreichend bekannte Analogie des brennenden Schiffes” (J.A. Schumpeter, *Dogmenhistorische und biographische Aufsätze*, Tübingen 1954, p. 155).

7 Entre las publicaciones más recientes merecen citarse: la colección de ensayos de P. Becchi, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova 1999, además de cuatro obras publicadas en 2000 que, de un modo u otro, tropiezan (y se cruzan) con la problemática tratada en este artículo: L. Moscati, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma 2000; C. Vano, “*Il nostro autentico Gaio*”. *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000; S. Günther, «Friedrich Carl von Savigny als Grundherr», *Rechtshistorische Reihe*, vol. 227, Frankfurt am Main 2000; M. Freiherr von Rosenberg, «Friedrich Carl von Savigny im Urteil seiner Zeit», *Rechtshistorische Reihe*, vol. 215, Frankfurt am Main 2000.

sentido, el sustrato documental del *Beruf*⁸. Aún sin ser la ocasión de estimular esta tendencia, tampoco me parece justo evitar del todo el escollo. Así pues, me contentaré con algunas reflexiones para seguir después mi camino.

Al reflexionar sobre el código y proponiéndose luchar contra él –tras haber comprobado su enorme peligro–, Savigny se enfrenta a la realidad en tres planos distintos, modificando los motivos de su rechazo a tenor de las circunstancias.

a) Primero analiza los supuestos códigos propuestos por la cultura ilustrada y iusnaturalista, que pretendían innovar mediante una legislación completa y exhaustiva. Si los condena al instante es en virtud de su convicción de que el derecho nace de forma distinta y siempre antes que la ley que, por eso, debía contentarse con confirmarlo⁹.

b) Dicho esto, examina los tres códigos históricos que estaban en vigor desde hacía algunos años y de los que afirma indulgentemente que no quisieron revolucionar el orden tradicional del derecho privado. Los somete entonces a una crítica técnico-dogmática que acaba denunciando su larga serie, casi interminable, de malentendidos, imprecisiones y con-

8 F.C. von Savigny, *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum „Geist der Gesetzgebung“*. Aus dem Nachlass herausgegeben von Hidetake Akamatsu und Joachim Rückert, *Ius commune*, Sonderhefte, vol. 135 (= *Savignyana*, vol. 5), Frankfurt am Main 2000.

9 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (citado aquí y siempre en la edición de J. Stern, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914, pp. 72-166, en particular 80-82; Íd., *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 104. Ya he remitido a la importancia de esta reflexión en «Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des „Berufes“», *ZRG, Germanistische Abteilung*, 86 (1969), pp. 97-176, en particular 141-143; y también *supra*, p. 5. Quizá pueda ser útil recordar que en el contexto suizo precisamente esta convicción pudo dificultar a la larga la unificación del derecho privado. De hecho, fue compartida con entusiasmo por los juristas romandos, para quienes “la loi civile écrite ne vaut rien, si elle ne préexistait dans les idées du peuple auquel elle doit s’appliquer”. Para ellos, un buen código debería tener sus raíces “dans un ensemble d’idées juridiques devenues antérieurement le bien et le lien commun du pays auquel on le destine” (intervención de R. Jaccottet en el congreso de 1871 de la Società svizzera dei giuristi, reproducido en la *ZbJV* 7, 1871/1872, pp. 134-137, las citas literales en p. 135). Esta no fue una toma de posición aislada, como lo confirman reflexiones análogas en debates parlamentarios (por ejemplo, *Bulletin des séances du Grand conseil du Canton de Vaud*, agosto de 1869, pp. 336, 348).

tradiciones. No me entretengo aquí en discutirlos, como ocurre desde hace decenios con inaudito (y quizá incluso inexplicable) tesón; me basta con mencionarlos de pasada¹⁰, no por considerarlos un pretexto o carentes de mérito, sino por motivos mucho más plausibles: porque en realidad el propio Savigny jamás los consideró verdaderamente determinantes para su rechazo. Ya lo afirmó en 1814¹¹ y lo repitió con toda la claridad deseable en 1842. En su calidad de ministro responsable de la producción del derecho, y quizá por este motivo más dispuesto ya a distinguir tajantemente entre legislación y codificación¹², se opuso ese año a la revisión total del ALR –que sin embargo se había pedido hacía tiempo– aduciendo que los

10 Aun pasados cuarenta años de las primeras reflexiones al respecto (Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 131 ss.) non puedo sino confirmarlas. En realidad, sigo convencido de que el significado profundo del *Beruf* no se encuentra en las páginas en las que se examinan (para condenarlos inmediatamente) los tres códigos recientes (Savigny, *Beruf*, cit., pp. 102-136). Tampoco los materiales manuscritos recientemente transcritos y publicados por H. Akamatsu y J. Rückert (véase *supra*, nota 8) me llevan a revisar esta opinión. Es cierto que demuestran admirablemente la excepcional intensidad con la que Savigny profundizó en la historia del *Code*. Pero precisamente esta meticulosidad, siguiendo paso a paso la elaboración del código francés, hace aún más inexplicable la parcialidad de la demoledora crítica final que fue tan evidente como para persuadir al autor de realizar una extraordinaria retractación en 1828 (cuyo texto puede leerse en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 203-204). O. Behrends propone ahora interesantes consideraciones sobre los motivos de la crítica savignyana al Code, «Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, seine Kodifikationsgeschichte, sein Verhältnis zu den Grundrechten und seine Grundlagen im klassisch-republikanischen Verfassungsdenken», en *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 9. *Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*, ed. de O. Behrends y W. Sellert, Göttingen, pp. 9-82, en particular pp. 30 ss.

11 Savigny, *Beruf*, cit., p. 135; sobre este punto, también P. Caroni, «Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB», en *Festschrift Hermann Baltl zum 60. Geburtstag*, ed. de K. Ebert, Innsbruck 1978, pp. 107-122, en particular 113.

12 Es incontestable que en las obras de plena madurez la contraposición entre la legislación (todavía permitida a condición de que no innovase materialmente, como precisó G. Geib, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, pp. 20-23) y la codificación se volvió más consciente e inequívoca. Lo recuerdan precisamente, entre otros, W. von Hall, *Savigny als Praktiker. Die Staatsratsgutachten (1817-1842)*, Bremerhaven 1981, pp. 52-53; H. Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1983, p. 65.

verdaderos motivos de esta intransigencia no eran las ambigüedades, las imprecisiones y los otros horrores de los que desgraciadamente estaba lleno, sino “la redacción del propio código, la codificación en sí misma”¹³ en relación con “la naturaleza general de la empresa”¹⁴. Si los había marcado con hierro candente en el *Beruf*, estos y también otros, era solo porque los consideraba fruto (obviamente podrido) de una ciencia jurídica en visible decadencia y necesitada más que nunca de una enérgica reanimación¹⁵.

c) Al discurrir de este modo, Savigny desplazaba por última vez el blanco de sus críticas. Prescindía así de cada uno de los predicados del código y, sin demorarse ya en los defectos concretos, *fulminaba el principio mismo de la codificación* que, al caer, provocaba inevitablemente el rechazo de todos los modelos posibles e imaginables, incluso del que tomaba nota precisamente de todas sus críticas y por ello prefiguraba de forma extraordinaria los códigos que luego se elaboraron y promulgaron realmente a fines del XIX¹⁶. ¿Cómo explicar este rechazo, como justificar el ensañamiento que lo inspiró y lo sustentó¹⁷?

Para conseguirlo es necesario quizá partir de atrás, de la que podríamos designar como la particular *teoría del conocimiento* con la que

13 “Die Abfassung des Gesetzbuches selbst, die Codification an sich”. Son los argumentos del programa ministerial *Vorschläge zu einer zweckmässigen Einrichtung der Gesetzrevision (1842)*, publicado por A. Stölzel en *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, II, Berlin 1888, pp. 733-750, en particular las reflexiones de las pp. 734, 735, 747, los pasajes citados en el texto en p. 736, para los que remito a también Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 172 nota 442.

14 “Der allgemeine Charakter der Unternehmung”. Savigny, *Vorschläge*, cit., p. 737. Por lo tanto, como se ve, la condena fue absoluta. Se equivoca pues, en mi opinión, quien –sin tenerla en cuenta– afirma que Savigny rechazó solo los códigos que no coincidían con sus planteamientos (para estos, véanse las remisiones *infra*, en la nota 16). Así, por ejemplo, H. Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys*, cit., pp. 57, 59, 62.

15 Savigny, *Vorschläge*, cit., pp. 736-737: es obvio que esta reanimación podía consistir únicamente en restablecer el contacto interrumpido, por desgracia, “mit der allgemeinen Rechtswissenschaft” (*ibidem*, 737), esto es, con la del derecho común.

16 Las reflexiones de Savigny sobre el concepto de codificación se encuentran en el *Beruf*, cit., pp. 81-85, 104, 114, 134, 149, 163, así como en «Stimmen für und wider neue Gesetzbücher», en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1817), pp. 1-52, en particular pp. 18-20 (reproducido también en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 213-214). Propongo otras remisiones en *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 149-150, 155-156.

17 Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 172.

Savigny cimentó la nueva escuela¹⁸. Para ésta, el presente estaba ligado al pasado de modo específico, esto es, orgánico y esencial (a saber, ni mecánico ni casual)¹⁹. Al haberse estructurado así “por una necesidad interna”²⁰, el único planteamiento realmente idóneo para conocerlo podía (y debía) ser el histórico, según la máxima “la historia es la única vía para el conocimiento real de nuestra propia situación”²¹; de la que luego derivaba la propuesta metodológica a la que era inevitable atenerse: “seguir cada materia hasta su raíz”²².

En el terreno jurídico, la ciencia jurídica del derecho común era la que hasta entonces se había adecuado, palabra por palabra, a estas directrices: en efecto, establecía para el intérprete una vuelta al pasado que no era ni ocasional ni episódica, sino orgánica y estructural; le imponía de este modo aquel continuo ir y venir entre el pasado y el presente sin el cual no hubiera sido posible comprobar con la claridad necesaria la consistencia del derecho vigente, esto es, cuánto del pasado se había derramado en el presente, y cuánto, en cambio, se había estancado –destinado a evaporarse– en algún charco olvidado. Así pues, se comprende bien por qué Savigny consideró que esta ciencia “suya” del derecho común (junto con el sistema de fuentes al que había dado vida y que aún regía) era también la única merecedora de este apelativo, pues solo ella trasladaba al terreno jurídico las leyes inexorables (y por eso teóricamente inviolables) del conocimiento.

La codificación irrumpió en esta situación idílica con el ímpetu profanador de un huracán. De hecho, nacía de una filosofía diferente que repudiaba precisamente las premisas epistemológicas que Savigny consideraba inviolables. Y lo hacía modificando “la forma de la autoridad” de

18 Sobre las reflexiones que siguen, véase *supra*, pp. 6, 9-12.

19 F.C. von Savigny, «Ueber den Zweck dieser Zeitschrift», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1 (1815), pp. 1-17, en particular p. 3.

20 “Mit innerer Notwendigkeit”. Savigny, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., pp. 3-4, 6-7; Íd. *Beruf*, cit., p. 137 (pero ya 76, 78, 93, 99). Me parece muy importante subrayar el sentido específico de esta y de otras expresiones análogas (por ejemplo “unvermeidlich”) en la reflexión de Savigny.

21 “Geschichte ist der einzige Weg zur wahren Erkenntniss unseres eigenen Zustandes”. Savigny, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 4.

22 “Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel”. Savigny, *Beruf*, cit., pp. 140, 142, 154.

las reglas jurídicas²³, esto es, mostrando otro camino que recorrer para identificar las fuentes del derecho positivo. Sustituía la “autoridad” comprobada hasta entonces siguiendo el método histórico por el principio según el cual “a partir de ahora, solo su admisión en el código decide la validez y el sentido de las disposiciones jurídicas”²⁴. Es lógico que se permitiera tanta arrogancia: en realidad reflexionaba sobre el presente de un modo diferente, lo consideraba, sí, efecto del pasado, pero “un simple efecto que, tan pronto se ha producido ya nada tiene que ver con la causa”²⁵.

Si hoy insisto más que en el pasado sobre la que quisiera designar como *la incompatibilidad epistemológica* entre las dos “filosofías” mencionadas, lo hago por un motivo muy simple: porque estoy convencido de que las “preferencias” savignyanas típicas e incluso de las que tanto se ha hablado no fueron fruto de decisiones autónomas, sino que deberían ser consideradas más bien como la consecuencia inevitable y por ello indiscutible de la epistemología historicista. Pienso, por citar al menos un ejemplo, en la conocidísima afirmación de Gustav Hugo según la cual Savigny, en 1814, intentó proteger la iusromanística de la agresión de los códigos²⁶. Parece apropiado (o al menos admisible) deducir de ello que la polémica de 1814 versaba sobre el destino de la ciencia jurídica²⁷. Hoy creo que se impone al menos una precisión, para subrayar que Savigny no defendió a capa y espada la ciencia del derecho común (junto al correspondiente sistema de fuentes que garantizaba la primacía de un derecho “histórico”) porque le resultase congenial en el terreno personal²⁸, sino porque era la

23 F.J. Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, Torino 1853, p. 627.

24 Stahl, *Storia*, cit., p. 627.

25 Stahl, *Storia*, cit., p. 622.

26 Texto de 1814, reproducido también en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 187. Sobre este punto, véase también G. Marini, *A.F.J. Thibaut– F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, «Introduzione generale», p. 39.

27 Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 110-111, 166-167, ha confirmado recientemente esta convicción. Pero hay que añadir, asimismo, que nadie como Savigny había insistido hasta entonces con una lucidez semejante en la creatividad de la ciencia jurídica. Este aspecto es también confirmado ahora justamente por Becchi, *ibidem*, pp. 35-37, 110-111, 165-166.

28 Como había sugerido maliciosamente Anselm von Feuerbach en el texto de 1816, reproducido también por Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 195 ss., y en particular p. 196 (el texto íntegro de este importante y polémico escrito en E. Wolf, *Quellenbuch*

única que derivaba de esa teoría del conocimiento, la única que consideraba el pasado como una causa inmanente y aún esencial del presente²⁹. Era para él inconcebible compartirla sin “optar” luego por la ciencia iusromana y sin defenderla también de los peligros con los que se encontraba.

Y recapitulemos ahora antes de continuar. Si la rebelión savignyana aún nos inspira curiosidad e incluso nos fascina ocasionalmente es por dos motivos: porque al moverse en diferentes planos ofreció una gran cantidad de argumentos a la vez para desacreditar el nuevo sistema, recurriendo ampliamente a ellos durante todo un siglo, a veces sin preocuparse demasiado por su coherencia o su idoneidad³⁰. En segundo lugar porque demuestra la genialidad de quien la había dispuesto y articulado así. Solo un espíritu excepcional podía analizar con esta fría lucidez el nuevo concepto e intuir de modo tan pleno su peligro. Deduzco de ello que solo un espíritu excepcional podía formular y justificar *ese* rechazo tan definitivo, indiscutible e irrev-

zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1949, pp. 285-295, en particular p. 289). Es evidente que, argumentando de este modo, corrijo también mis manifestaciones de hace años (Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 167-168; y también *supra*, pp. 2-3, 12).

29 *Supra*, p. 11. Si entiendo bien, comparte esta interpretación O. Behrends, *Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pp. 32, 35.

30 Ma parece que este es un argumento que merece también mayor consideración en el futuro: el del uso indiferenciado y a menudo descontextualizado e incluso irremediablemente equívoco del rechazo savignyano, que se convirtió a lo largo del siglo XIX en un tópico ubicuo que podía oponerse cómodamente a todo lo que se consideraba fruto del deplorable frenesí legislativo. Algunos ejemplos del debate sobre la unificación del derecho del comercio en Suiza: G. Vogt, «Zur Kritik des bernischen Vertragsrechts», *Zeitschrift für vaterländisches Recht* 14 (1855), pp. 209-253, especialmente p. 253; A. Heusler, «Der Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechts», *ZSR* 13 (1865), pp. 131-245, especialmente pp. 132-134, 141-144, 162-165, 193; Ch. Brocher, *Mémoire présenté au Conseil d'Etat sur le projet de Code de Commerce suisse par la Commission spéciale chargée dans le Canton de Genève d'étudier cette question*, Genève 1865, pp. 8-9, 12, 15-16, 21; J. Martin-Franel, *Mémoire sur l'unification des Lois commerciales suisses présenté au nom de la Chambre de Commerce à l'Assemblée générale de l'Association commerciale et industrielle du Canton de Genève*, Genève 1866, pp. 18-19; J. Fazy, *De la révision de la Constitution fédérale*, Genève 1871, pp. 68-69, 77, 79, 83. He citado otros ejemplos suizos al margen de la problemática tratada hasta aquí en «Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *Zeitschrift für Historische Forschung* 2 (1975), pp. 223-240, especialmente 238-239; Íd., *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt am Main 1986, pp. 42 ss., 111.

cable; e incluso tan triste: en efecto, recuerda de modo especular la historia (igualmente triste) del lobo reincidente recuperada hace poco por Sánchez Ferlosio³¹. La historia del lobo pelado y agonizante que llamó tres veces a la puerta del cielo. Fue siempre rechazado pero –justamente como en nuestra historia– el querubín de guardia aducía cada vez nuevos argumentos. Así, la primera vez echó en cara al tembloroso llamador su pasado de asesino, y luego el de ladrón. Y al final lo fulminó con un argumento tan irreprochable como por desgraciada definitivo: “Ahora te irás como las otras veces, pero para no volver jamás. Esta vez no es por asesino; ni tampoco por ladrón. Ahora es por ser un lobo”³².

2. *Los infieles (cuando no verdaderos herejes)*

Pero, evidentemente, la realidad no gusta de estas historias. Soporta mal su inexorabilidad. Así pues, cuando puede, las diluye implorando excepciones o epílogos menos traumáticos e incluso propiciando compromisos. Todo esto sirve también para el despiadado veredicto savignyano: aun ligado de modo estrecho, como hemos visto, a los fundamentos teóricos de la escuela histórica, no fue unánime ni siquiera en el seno de la escuela. Así pues, en el ámbito de un panorama general como el que aspiro a ofrecer aquí, es oportuno hacer sitio también a los episodios que contribuyen a ampliar el impacto de la condena savignyana.

El *primero* está vinculado al disenso manifestado a partir de mediados de siglo por algunos romanistas de moda: K.G. von Wächter, C.G. Bruns y K.L. Arndts, solo por citar los nombres más conocidos. Con razón o sin ella, consideraron la codificación compatible con la adhesión a la escuela, incluso con la constante disponibilidad para ocuparse como hasta entonces de las fuentes romanas y de su interpretación moderna³³. ¡No fueron casos aislados, sino al contrario! Si merecen aquí una mención ex-

31 R. Sánchez Ferlosio, *Relitti*, Milano 1994, pp. 86 ss.

32 Sánchez Ferlosio, *Relitti*, cit., pp. 89-90.

33 Ya he hablado de ello, aunque en otro contexto, en *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 144; y también supra, pp. 23-24. Véanse además H. Getz, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966, pp. 132, 134, 142, y ahora las dos aportaciones de A. Laufs y M. Lipp en el volumen editado por B.-R. Kern, *Zwischen Romanistik und Germanistik. Carl Georg von Wächter (1797-1880)*, Berlin 2000, pp. 11-31 y 65-87. Sobre la postura de Wächter, véase también M. John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989, pp. 30-31.

plícita es porque, en realidad –como es digno de los pioneros–, con ellos comenzó el declive de la parábola savignyana, aunque no de la vinculada al “System”, que aún “contiene” (con todas las reservas del caso) algo de la que, sin posibilitar nuevas reflexiones, se cerraba a cualquier perspectiva codificadora. En efecto, tras ellos, este planteamiento programático fue cada vez más compartido y desembocó finalmente en la ayuda, determinante y casi obsesiva, que los romanistas de finales de siglo suministraron a la elaboración del BGB, que fue incontestable por lo menos en cuanto a las perplejidades y los conflictos que suscitó en ciertos protagonistas³⁴.

Hay un *segundo* episodio aún más explícito: muestra, en efecto, con cuánto brío y competencia (pero también con cuánto éxito) se dedicaron dos conocidísimos discípulos de Savigny a codificar precisamente el derecho privado de su patria chica. Aludo, obviamente, a Fr.L. von Keller y a J.C. Bluntschli, así como a “su” código civil del Cantón de Zurich promulgado entre 1853 y 1855³⁵. Los dos fueron, durante toda su vida, los más fieles al Maestro, Keller hasta el punto de ser considerado el único romanista merecedor de suceder a Puchta en su legendaria cátedra berlinesa³⁶. Compartieron plenamente incluso su teoría que yo he llamado del

34 Valga por todos el ejemplo de Bernhard Windscheid, sobre el que han escrito recientemente H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1983, pp. 101 ss., y Behrends, *Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pp. 30, 42 ss.; John, *Politics and the Law*, cit., pp. 80-87. Sobre este punto, también Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 165.

35 Orientan muy bien sobre esta cuestión A. von Orelli, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz, vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Zürich 1879, pp. 62 ss.; P. Guggenbühl, *Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches*, Zürich 1924; H. Fritzsche, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931; A. Bauhofer, «Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches», *ZSR NF* 46 (1927), pp. 1-82; H. Oppikofer, «J.C. Bluntschli's Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung», *ZSR NF* 60 (1941), pp. 361-382; I. Keller, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung am Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947; F. Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1975, en particular pp. 357 ss.

36 En este sentido Savigny, explícitamente, en una carta del 24 de abril de 1846 al ministro de cultura prusiano J.A.F. Eichhorn, ahora reproducida íntegramente por L.

conocimiento³⁷, sin por eso deducir de ella una condena necesaria y absoluta de la codificación³⁸. ¿Renegaron de ella? No es fácil admitirlo, porque la situación concreta en la que los dos operaban y que deseaban cambiar ardientemente no era parangonable a aquella en la que estaba inmerso (y defendía con tenacidad) el Maestro. Zurich, como por lo demás toda la parte germanófona de la Confederación, no era en realidad territorio de derecho común. Había mantenido hasta entonces a razonable distancia a los juristas, con sus estrategias y sus intrincadas prácticas consideradas todas ellas (con razón o sin ella) poco republicanas. Por eso, en este contexto tan diferente y concreto, la codificación emitía otras señales: sin renegar del necesario contacto con la tradición –reinterpretada por lo demás con interés³⁹–, permitía finalmente un acercamiento más profesional (y por ello menos arbitrario) al mundo del derecho⁴⁰. No amenazaba la

Jelowik, «Friedrich Ludwig Keller. Seine Berufung nach Halle und Berlin im Spiegel des Briefwechsels berühmter Zeitgenossen», *ZSR* NF 111 (1992) I, pp. 441-457, los pasajes citados en el texto, en p. 455.

37 Así se expresa J.C. Bluntschli, convencido como estaba de que el derecho no era “ein willkürliches, das heute so und morgen anders sein könnte, sondern die Vergangenheit war mit der Gegenwart und Zukunft eng verbunden und verwachsen. Es war nicht ein zufälliges, sondern ein innerlich bestimmtes” (*Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 2ª ed. ampliada, Zürich 1862, p. 18). He citado otras opiniones de Bluntschli que demuestran una adhesión sin condiciones a las tesis del Maestro, en *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 141. Véase también Oppikofer, *J. C. Bluntschli's Theorie*, cit., pp. 363, 365. Entre estas opiniones adquiere un valor central la de que “nicht das Gesetz schafft das Recht, das Gesetz spricht das Recht nur aus und verschafft ihm Geltung” (J.C. Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben*, I, *Personen- und Familienrecht*, 3ª ed., Zürich 1855, p. XII). Ello permitía resumir, caracterizando la codificación como una “neue Aussprache des Privatrechts” (*Die neueren Rechtsschulen*, cit., p. 95). Véase también *supra*, p. 211 nota 9.

38 Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen*, cit., pp. 12-13. Sobre la coexistencia de la enseñanza universitaria del derecho común y de la adhesión al principio de la codificación que caracterizó un período no demasiado remoto de la romanística helvética, véase P. Caroni, «Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert», *ZNR* 16 (1994), pp. 243-271, en particular 245-246, 258.

39 Bluntschli se había preparado para asumir y desempeñar el papel de legislador, indagando justamente sobre el pasado jurídico de su propio Cantón, esto es, escribiendo una obra merecidamente célebre, la *Staats- und Rechtsgeschichte von Stadt und Landschaft Zürich*, publicada en dos volúmenes entre 1838 y 1839.

40 Además de las obras ya citadas *supra* nota 37, véase también Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., pp. 258 ss.

tradición científica (que todavía no existía) pero podía contribuir (finalmente) a propiciarla, diferente pero igualmente tributaria del pasado. Por este motivo, hoy pienso⁴¹ que Savigny, estando como estaba atento a los acontecimientos helvéticos y dispuesto generalmente a manifestar su disenso, al callar, la homologó implícitamente⁴².

Pese a todo, los tres romanistas que acabo de citar, así como los dos discípulos suizos finalmente sacados del olvido, no fueron los únicos en nadar a contracorriente. En efecto, no deben olvidarse, incluso si actuaban en la sombra y preferían por eso la contemplación a las ruidosas declaraciones de los grandes maestros del siglo XIX, aquellos romanistas a los que enseguida resultó cómodo llamar “anticuarios”. Optaron por la excavación histórica sin más, totalmente ajenos a la ambición de contribuir con sus investigaciones a extraer “aplicaciones” modernas de las fuentes clásicas. Así pues, no se consideraban llamados a ningún servicio práctico o “actual”. A Savigny le interesaban, pero relativamente, quizá porque algún crítico distraído los había considerado los auténticos protagonistas de una escuela que también se declaraba “histórica”⁴³. Esto explica por qué intervino, algo contrariado, para volver a poner las cosas en su lugar y para repetir que la escuela quizá tenía dos almas⁴⁴. Era un medio como

41 Es obvio que argumentando así corrijo también lo que escribí en *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 144-145.

42 El interés del Maestro por la historia helvética (incluso la política), y en particular la de Zurich, está bien documentado en las cartas, principalmente en las dirigidas a J.C. Bluntschli. Véase, por ejemplo, la –realmente instructiva– del 12 de abril de 1841 (publicada por W. Oechsli, *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, Frauenfeld 1915, p. 84; este documento se interpreta preferentemente junto con el escrito entregado por J.J. Bachofen a A.F. Rudorff el 26 de marzo de 1841, reproducido ahora en J.J. Bachofen, *Gesammelte Werke*, vol. X, *Briefe*, Basel/Stuttgart 1967, pp. 21 ss.). Sobre este punto, véase también *Erinnerungen aus dem Leben von Dr. Friedrich v. Wyss gew. Professor der Rechte in Zürich*, Zürich 1913, p. 74.

43 A. von Feuerbach, en su recensión al *Beruf*, publicada en 1816 (el texto en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 195-201, en particular pp. 197, 199; respecto al texto íntegro de esta intervención, véase *supra* nota 28).

44 Savigny, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, cit., pp. 13-14 (también en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 210). Sobre este aspecto particular de la polémica, véase Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 172 ss. Sobre las dos almas de la escuela histórica, véase *supra*, pp. 137-141; Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 98, nota 4. Pero en realidad, ya antes de la estocada de Feuerbach, Savigny había aclarado

otro cualquiera de mantener alejados a los amigos demasiado molestos: ahora les tocaba a los “anticuarios”, más tarde a los germanistas. Queda el hecho –y este es el motivo que me induce a recordarlos aquí– de que la perspectiva de la posible (e incluso inminente) codificación del derecho, no solo no les abatía, sino que les consolaba. Como hemos visto, ésta negaba de inmediato la “positividad” del derecho romano y, de este modo, creaba las premisas para una visión histórica realmente digna de este nombre⁴⁵. Por ello me parece admisible concluir esta reflexión afirmando que la codificación hizo sitio a una historia ciertamente menos “operativa” y “útil” que la practicada por Savigny y los suyos, pero en compensación más cercana a las investigaciones despreocupadas y desinteresadas de los anticuarios⁴⁶.

III. *Las resistencias larvadas (o soterradas)*

1. *Introducción*

Si hasta ahora no ha sido difícil describir y comentar las opiniones, aun ocasionalmente discordes, de autores siempre fieles a las directrices historicistas, todo se complica al deber informar ahora de resistencias de muy otra naturaleza, menos manifiestas y explícitas, cuya consistencia real no

que la nueva revista de la escuela no solo haría sitio a contribuciones “der eigentlichen Rechtsgeschichte”, sino incluso a reflexiones dogmáticas e interpretativas “sobald sie in geschichtlichem Sinne behandelt werden” (*Über den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 14).

45 Véase, por todos, J.J. Bachofen, «Eine Selbstbiographie, zugleich ein Gedenkblatt zu seinem hundertsten Geburtstag (22. Dezember 1915)», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 34 (1917), pp. 337-380, en particular p. 371. Me parece además espléndido el preámbulo de los *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, Bonn 1848, pp. VII-VIII. Se pueden leer reflexiones ulteriores al respecto en Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, cit., p. 249; R. Garré, *Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815-1887)*, *Ius commune*, Sonderhefte, Band 126, Frankfurt am Main 1999, *passim*, por ejemplo, pp. 184 ss.

46 Explícitamente –y con excelentes argumentos–, los autores que cité *supra*, pp. 138-139, a quienes solo querría añadir ahora F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed. revisada, Göttingen 1967, pp. 416 ss.; S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, pp. 24 ss.; G. Dilcher, «Mittelalterliche Rechtsgewohnheiten als methodisch-theoretisches Problem», en VV.AA., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlin 1992, pp. 21-65, en particular p. 37 nota 67.

es fácil de valorar por este motivo. Si también hablo de ellas es porque implican asimismo aspectos metodológicos que no sería oportuno silenciar. A lo que se añade que el espacio que le dedicarán mis observaciones será reducido, no porque falte la materia, sino porque, como veremos, la conocemos poco y mal.

Al expresarme así pienso en situaciones que demuestran una resistencia tan soterrada como obstinada a la invasión de los códigos (percibiéndose de este modo una tendencia que, como era de esperar, podía considerarse como la pretensión legítima de los códigos ya promulgados de ser finalmente tomados en serio). Y cito las que conozco mejor, que muestran códigos que, renunciando a la primacía que les era debida e incluso generalmente reconocida, se contentaron con ser aplicados solo en segundo lugar, esto es, a falta de derecho local. O bien recuerdan los que, a despecho de la prohibición implícita de heterointegración, confirmaron el papel subsidiario del derecho común. Son cosas conocidas, obviamente. Pero las conocíamos en realidad a nuestro modo, esto es, como situaciones claramente irregulares. Las hemos examinado con desagrado, pues las consideramos hijas de una concepción de la codificación fragmentaria y poco profesional. Por este motivo nos contentamos generalmente con criticarlas, resultando recomendable distanciarse de la escasa habilidad de políticos apresurados y superficiales. Y las insertamos, lógicamente, en la categoría de los códigos aún imperfectos, esto es, de los que habían encallado a mitad de camino entre las antiguas compilaciones y las nuevas codificaciones genuinas. Por eso me pregunto con creciente insistencia: si en vez de condenarlas y “corregirlas” las aceptásemos y tratásemos de comprender estas extrañas combinaciones; si explorásemos su base con la debida prudencia ¿qué descubriríamos?

2. Los códigos “subsidiarios”

El primer ejemplo lo ofrece el *Allgemeines Landrecht* prusiano que, tras una elaboración después de todo coherente, entró finalmente en vigor en 1794 como un simple “el código subsidiario al cual puede recurrir el juez a falta de leyes provinciales [subsidiarisches Gesetz-Buch, zu welchem der Richter beym Mangel der Provinzial-Gesetze recurriren kann]”.

Se intuye en seguida que la moderación que expresa esta regla no fue el apresurado compromiso de esa fatídica última hora en la que, con frecuencia, se sacrifica la rigidez de los principios al pragmatismo de los

políticos. Venía más bien de lejos y correspondía, palabra por palabra, a los deseos expresados por Federico el Grande en sus instrucciones del 6 y del 14 de abril de 1780⁴⁷. En efecto, fue él, que no conocía mal el país, quien consideró que solo una concesión de esta amplitud podría garantizar el éxito de la empresa en una monarquía aún sólidamente estamental en la que los *Stände* (órdenes) siempre reclamaban reglas conformes con sus prerrogativas feudales y al mismo tiempo respetuosas con las costumbres locales⁴⁸. Obviamente, hubo quien criticó esta moderación: recuerdo las sarcásticas reflexiones de Mirabeau pronunciadas en 1788, en vísperas de la revolución⁴⁹, así como las observaciones –incluso cargadas de buen sentido– de juristas prusianos⁵⁰. Pero tampoco es admisible olvidar que la “unidad del derecho” deseable y realizable en un contexto constitucional aún feudal difiere necesariamente (y mucho) de la que se destina a una sociedad desfeudalizada como era precisamente la burguesa. Por eso, la actitud de Federico Guillermo en enero de 1794, pocos días antes de pro-

47 Texto reproducido por fin en C. Barzen, *Die Entstehung des “Entwurf(s) eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten” von 1780 bis 1788*, Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, vol. 156, Konstanz 1999, pp. 25-26, 27, 257-259.

48 Los motivos que indujeron a Federico II el Grande a contentarse con la subsidiariedad de su código nunca han sido seriamente aclarados (como tuvo que admitir hace algunos años un conocedor de la materia: P. Krause, «Das gemeine Recht und seine Kodifikation durch das Allgemeine Landrecht», en J. Wolff (ed.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg 1995, pp. 69-95, en particular p. 69), y por eso durante largo tiempo fueron considerados como la consecuencia de “une idée assez bizarre et dont on ne peut guère se rendre raison” (así en J.D. Meijer, *De la codification en général et de celle de l’Angleterre en particulier*, Amsterdam 1830, p. 143). Actualmente –como indico en el texto– se vinculan con preferencia al deseo de Federico de modificar la estructura externa (formal) del derecho sin poner en peligro al mismo tiempo la estructura “constitucional” vigente que garantizaba los privilegios estamentales pero, a la vez, neutralizaba políticamente a sus titulares. Véase, en este sentido, Krause, *Das gemeine Recht*, cit., pp. 74 ss.; Th. Finkenauer, «Vom Allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht. Preussische Gesetzgebung in der Krise», *ZRG, Germanistische Abteilung* 113 (1996), pp. 40-216, en particular pp. 47-48, 59, 64; Barzen, *Die Entstehung*, cit., pp. 22-23, 27-36. Por lo demás, siguen siendo fundamentales las reflexiones de R. Koselleck, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 2ª ed. corregida, Stuttgart 1975, pp. 44-51.

49 Reproducidas en Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 162-163.

50 Barzen, *Die Entstehung*, cit., p. 31.

mulgar esta obra, no sorprende e incluso confirma claramente esta última reflexión⁵¹: prohibió a sus ministros llamarla “Gesetz-Buch” –como se había previsto al principio– y les impuso la denominación (esto es, “Landrecht”) que remitía con mayor fidelidad al régimen aún feudal y que, de este modo, marcaba explícitamente las distancias con las constituciones modernas⁵².

Es casi semejante el caso del Código civil español de 1889, que reconoció la precedencia del *derecho foral* en todas las provincias y territorios en los que este derecho aún existía, aceptando (o contentándose con) el papel realmente modesto de última fuente subsidiaria⁵³. Pero es también más complejo y por eso más difícil de descifrar, ya que, a diferencia del caso prusiano se entrelaza con un fondo en rápido y constante movimiento, en el que se distingue, de un lado, un Estado que busca desesperadamente una identidad propia difícil de alcanzar tras siglos de autonomías y soberanías separadas y, de otro, una sociedad ya formalmente igualitaria –como puede serlo en todo caso la burguesa– pero caracterizada también por los intereses y las perspectivas de las clases que poseen materialmente el poder. En estas condiciones, se puede deducir de ello que el siglo transcurrió con la alternancia de perspectivas rígidamente unitarias y de eufóricas reafirmaciones de los derechos locales⁵⁴. Tras ello se vislumbran

51 La promulgación tuvo lugar con el decreto (*Publikations-Patent*) de 5 de febrero de 1794.

52 Barzen, *Die Entstehung*, cit., p. 249; Finkenauer, *Vom Allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht*, cit., pp. 74-75, 167 ss., 186 ss.; R. Vierhaus, «Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungersatz?», en B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt (eds.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext, Ius commune*, Sonderhefte, vol. 75, Frankfurt am Main 1995, pp. 1-21, en particular 6-8.

53 Código civil de 1889, art. 12.

54 Esta alternancia que, en el ámbito temporal, se sitúa entre 1812 (en relación con el art. 258 de la Constitución de Cádiz) y 1889, ha sido ahora oportunamente sintetizada por R. Becker, *Foralrechte und Kodifikation im Spanischen Privatrecht*, Nortorf 1996, *passim*, en particular pp. 36 ss., 41 ss. Una versión abreviada de este panorama, ya muy resumido, fue publicada en la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4 (1996), pp. 88-106 (con el título «Der Ursprung der Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht. Eine historische Betrachtung der Foralrechte»). Naturalmente, la historiografía jurídica española ha profundizado a menudo en esta reflexión. Así, por ejemplo, en F. Tomás y Valiente, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid 1989, pp. 9-30 y 81-109; B. Clavero, «Der Code Napoléon und die Konzeption des Rechts in Spanien», en R. Schulze (ed.), *Französi-*

conflictos de difícil mediación y estrategias no carentes de ambivalencia, como la preferida por la burguesía agraria e industrial catalana, que supo revestir sus propias aspiraciones políticas y jurídicas (obviamente útiles tanto para la tutela de los propios intereses económicos como para la garantía de la autonomía política) de argumentos difundidos (aunque sería preferible decir deducidos) por la escuela histórica y que, por lo demás, podían condensarse fácilmente en la fidelidad a las tradiciones jurídicas locales, ahora consideradas también como un valor moral indiscutible⁵⁵. Como se ha visto, al final prevaleció el compromiso. Pero estaría fuera de lugar situarlo en el mismo plano que el conseguido por el código prusiano, como lo demuestra ampliamente la evolución posterior a la entrada en vigor de los dos códigos. Mientras en Prusia el ALR ganó puntos lentamente aprovechando la ineficacia de los legisladores provinciales⁵⁶, en España fue el *derecho foral* el que adquirió cada vez más vigor a medida que se

ches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1994, pp. 271-286. Pero será útil consultar también las (numerosas) obras dedicadas a la elaboración del Código civil de 1889 y enumeradas en las relaciones bibliográficas de Becker, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., pp. 7-14, y B. Clavero, «Cadice come Costituzione. Nota bibliografica», en A. Romano (ed.), *Costituzione politica della monarchia spagnuola. Ristampa anastatica dell'edizione di Messina (1813)*, Soveria Mannelli 2000, pp. LXXVII-LXXXVI.

55 A la influencia (en relación con la „recepción“) de la escuela histórica en el mundo jurídico español está dedicada la poderosa (pero desgraciadamente inédita) tesis de doctorado ginebrina de Rafaël de Gorgolas, *L'influence de Savigny sur la codification civile en Espagne au XIXe siècle. Les aléas de la théorie savignyenne des sources du droit dans l'histoire juridique espagnole*, texto mecanografiado, Ginevra 1987 (y para la acogida específicamente catalana de la escuela, pp. 155 ss., 197 ss., 203 ss.). Algunas conclusiones de este detallado análisis fueron anticipadas en un breve escrito del propio autor: R. de Gorgolas, «Problèmes de l'unification du droit privé en Espagne dans la deuxième partie du XIXe siècle», en P. Caroni (ed.), *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*, Enseignement de 3e cycle de droit 1985, Fribourg/Suisse 1986, pp. 259-265. Sobre el mismo tema, ahora A. Serrano González, «System bringt Rosen. Savigny in der spanischen Kultur», *ZNR* 19 (1997), pp. 31-53; Becker, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., pp. 50 ss. Sobre el hecho (totalmente previsible, mejor dicho seguro y del que, sin embargo, solo esporádicamente se percibe su valor) de que las ideas de la escuela histórica fueron recibidas también en España y llevadas a cabo según las necesidades del lugar, insiste oportunamente A. Iglesia Ferreirós, «La codificación civil y su fracaso», en *El dret comú i Catalunya, Actes del VII Simposi internacional*, Barcelona 1998, pp. 213-343, en particular pp. 319 ss.

56 Fenómeno bien conocido, y basta por ello con remitir a Caroni, *Lecciones*, cit., p. 72, y Krause, *Das gemeine Recht und seine Kodifikation*, cit., pp. 78-79.

reforzaba la disponibilidad del Estado español a reconocer y garantizar “el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones”⁵⁷. Es como decir que las circunstancias de 1794 y de 1889 fueron después implícitamente reinterpretadas a consecuencia de los cambios sociales y políticos de cada Estado.

3. *La subsidiariedad del derecho común*

También el sistema de fuentes de la codificación, como por lo demás el que le precedió y del que comprensiblemente aspiró a distinguirse, implica un pluralismo de normas que, en cierta medida, concurren por estar en vigor al mismo tiempo; con el evidente peligro de colisiones sin fin que los códigos trataron de impedir instituyendo una jerarquía adecuada a ellas. Por eso atribuyen la primacía indiscutible a la ley, y a las otras fuentes – que ordenan según un esquema variable– les confieren un valor residual o subsidiario. En este punto, las estrategias de los legisladores fueron uniformes: evitan con preferencia mencionar la costumbre, la doctrina o la jurisprudencia con tal de no impedir explícitamente su aplicación; a cambio, remiten de buen grado a la analogía y, en los casos de silencio obstinado, recomiendan el recurso a los principios generales del derecho o a los que derivan del derecho natural. Estas son cosas en las que generalmente no nos detenemos⁵⁸ por estar convencidos de que los casos mencionados

57 Es explícita en este sentido la Constitución de 1978, art. 2. Sobre la evolución citada en el texto informan: A. Iglesia Ferreirós, «El código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego», en C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 271-359; J.L. de los Mozos, «Notas para una metodología de los derechos forales», ahora en *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid 1988, pp. 179-188; Becker, *Foralrechte und Kodifikation*, cit., pp. 69 ss. Ha profundizado con una admirable pertinacia en todos estos temas vinculados a la interpretación del art. 12 del título preliminar del Código civil de 1889, y desde el punto de vista específicamente catalán, E. Roca Trías. Véanse, por ejemplo: «El código civil, derecho supletorio», en B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales. Acti dell'incontro di studio Firenze-Lucca maggio 1989*, Milano 1990, II, pp. 535-572 (y respecto a la tesis de que en Cataluña todavía tiene eficacia la subsidiariedad del derecho común y canónico, pp. 562 ss.); Íd., «La supervivència de les institucions romanes en el dret civil de Catalunya», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *Actes del I Simposi jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El "ius commune" com a dret vigent*, Andorra 1994, II, pp. 735-754; Íd., «El tratamiento de la diversidad foral catalana», en VV.AA., *Foralismo, Derechos históricos y democracia*, Bilbao 1998, pp. 117-142.

58 Pero también hay aquí saludables excepciones: entre ellas sobresale G.S.

son raros y seguras las soluciones previstas. No nos alteramos incluso cuando tropezamos con una norma que prescribe el recurso al derecho común para estos casos. Pensamos –sin hacer de ello un drama– que ha sido formulada inoportunamente y por eso aún contemplamos el código que la sanciona “desde el punto de vista de la compilación”⁵⁹.

Si es posible comprender esta indiferencia, cada vez me resulta más difícil compartirla. Me lo impide tanto la consistencia del fenómeno –no limitado en realidad a casos más excepcionales que infrecuentes– como las señales que, mejor o peor, emite. Sobre el primer punto: el recurso subsidiario al derecho común fue sugerido a menudo por conocidos representantes de la civilística del siglo XIX⁶⁰; fue repetidamente propuesto o aireado en el ámbito de la elaboración de los códigos civiles⁶¹

Pene Vidari, *Aspetti di storia giuridica del sec. XIX*, Torino 1997, pp. 37 ss. («Le “disposizioni preliminari” del Codice civile»), 185 ss.

59 En este sentido, Pene Vidari, *Aspetti*, cit., p. 55, 59.

60 Véanse los autores que cité *supra*, p. 148 nota 24, a quienes se une H. Dernburg, *Pandekten*, I/1., 6ª ed. corregida, con la colaboración de J. Biermann, Berlin 1900, p. 3. Sobre la propensión de Wächter a confirmar la subsidiariedad del derecho común, véase B. Windscheid, *Carl Georg von Wächter*, Leipzig 1880, pp. 60-64. Sobre Alberto de Simoni, ahora también E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, 2ª ed., Torino 2000, pp. 96-97.

61 Indiqué las fuentes y los hallazgos relativos a la discusión francesa de 1804 y a la sajona de 1863-1865 *supra*, p. 148 nota 25. Sobre el debate que tuvo lugar en el Senado piemontés y que concluyó con posiciones provisionales (esto es, con una remisión del código al valor subsidiario de los „principios generales del derecho“, así el art. 15 del Código civil albertino de 1837), véase ahora con detalle Pene Vidari, *Aspetti*, cit., pp. 55-63; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, pp. 90-95. El caso seguramente más conocido, por la fama de la que gozaban los protagonistas, es el que se vincula a la elaboración del proyecto de codificación bávara del derecho civil, que debía inspirarse en el *Code* civil francés y que se le encargó a Anselm von Feuerbach. Venciendo fuertes resistencias, Feuerbach introdujo en el proyecto una norma que preveía el recurso subsidiario al derecho común. Habló de ello en las cartas dirigidas a Savigny entre 1808 y 1809 (publicadas por H. Kadel, *Paul Johann Anselm Feuerbach/Friedrich Carl von Savigny. Zwölf Stücke aus dem Briefwechsel*, Lauterbach 1990, y aquí en particular pp. 14, 20, 23-24, 25-27, 29, 32, 37, 40): cartas en las que expresaba la esperanza de obtener de este modo, además de la aprobación de Savigny, quizá también la ayuda precisa para defender con más eficacia la difícil postura que había adoptado (*ibidem*, VI, 40). Pero Savigny no se dejó ablandar por las súplicas de Feuerbach y calló (*ibidem*, 23-24); probablemente porque consideraba inoportuno asociar su nombre a un proyecto que en ningún caso podía aprobar y que sin duda prefería ver naufragar. Como ocurrió en la realidad (*ibidem*, pp. 76-77).

y, finalmente, fue sancionado expresamente por los códigos promulgados a lo largo del siglo⁶². Por eso, seguir considerándolo episódico o excepcional me parece un error. El fenómeno tiene más bien una consistencia que debería llevarnos a una mayor prudencia.

Sobre el segundo punto: si en el momento de valorar el impac-

62 Código civil tesinés de 1837, art. 5; Bündnerisches Zivilgesetzbuch de 1861, § 3 (sobre los cuales reflexionaron ya M. Cavigelli, *Entstehung und Bedeutung des Bündner Zivilgesetzbuches von 1861. Beitrag zur schweizerischen und bündnerischen Kodifikationsgeschichte*, Freiburg/Schweiz 1994, pp. 96-98; A. Bürge, reseña de la obra de Cavigelli en la *ZRG, Germanistische Abteilung*, 114, 1997, pp. 615-628, en particular p. 618; E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, I, Basel 1886, pp. 63-64: los tres sitúan de forma unánime esta regla en el mismo plano que la incluida en el Código civil tesinés, creo que erróneamente; porque el código tesinés remitía –como revelan de modo inequívoco los debates parlamentarios, véase *infra*, pp. 287 ss.– a la ciencia del derecho común, y el grisón solo a un depósito de soluciones concretas); *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili per lo Stato pontificio del 17 de noviembre de 1834*, art. 1 (véase, sobre el mismo, M. Mombelli Castracane, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, I, Napoli 1987, pp. XIV, XXVIII, con bibliografía adicional. El Reglamento permaneció en vigor hasta el fin del poder temporal de los Papas, garantizando también así, durante este largo período, el valor subsidiario del derecho común: M. Mombelli Castracane, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, II, Napoli 1988, pp. IX-X, XCI, XCIV); *Landrecht für das Grossherzogtum Baden, nebst Handelsgesetzen* de 1810 (en conexión con el art. 3 del segundo *Einführungsedikt*, de 22 de diciembre de 1809, sobre el cual, véase: W. Behaghel, *Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, mit bes. Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis*, 2ª ed., I, Freiburg i.Br. 1875, pp. 37-38; W. Schubert, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln/Wien 1977, pp. 214-218, 324-325; Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 50, 77; K.H. Neumayer, «Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten Privatrechtsstoffes im Grossherzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zum BGB (1874)», *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, ed. de H. Coing y W. Wilhelm, I, Frankfurt am Main 1974, pp. 197-216, en particular 201 ss., 204 ss., 215 ss.). Sobre el recurso al derecho común en Lombardía en el período en el que estaba en vigor el Code francés, véase P. Caroni, «Bericht des Präfekten Angiolini über das Veltlin vom Jahre 1813», *Jahresbericht der Historisch-Antiquarischen Gesellschaft Graubünden 1965*, pp. 1-33, en particular 6-7; E. d'Amico, «Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione», in *Studi di storia del diritto*, II (1999), pp. 773-818, en particular 801-802. Y, finalmente, sobre la particular interpretación de los „principios generales del derecho“ que entendía recuperar la positividad del derecho común, remito a la bibliografía indicada *supra*, p. 182 nota 26; Schipani, *La codificazione del diritto romano*, cit., pp. 119-127; F. Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 1999, pp. 167-170.

to concreto de esta repesca del derecho común no nos limitamos a considerar las situaciones típicas, para las que se recurre en realidad a una regla sacada sin esfuerzo del arsenal romano, sino que consideramos la influencia ejercida por la correspondiente tradición científica en el acto de interpretar el código, que fue continua y por ello fastidiosa (cuando no obsesiva), nos daremos cuenta de improviso de que esta revalorización del derecho común privó al código de su autonomía, pues lo introdujo imperceptiblemente en un nuevo contexto y, al hacerlo, le imprimió una nueva dirección. Se podrá pensar de ella lo que se quiera, pero no que conviniera también a quien, al luchar por la codificación del derecho, quería propiciar una fuente autónoma y autorreferencial y, por ello, integrable recurriendo exclusivamente a la analogía⁶³. Estas serían todas ellas conjeturas imprecisas e hipotéticas si no dispusiéramos de pruebas históricas de que todo podía desarrollarse en realidad siguiendo este libreto: pienso en las “correcciones” que Savigny le infligió al ALR prusiano, así como en la nueva “lectura” (fascinante o recuperadora, dependiendo del punto de vista) a la que los pandectistas austriacos sometieron el ABGB⁶⁴. Y es sin duda

63 Analogía entendida aquí como un método en virtud del cual “*unser positives Recht aus sich selbst ergänzt (wird), indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen*” (como explicaba Savigny en su *System*, cit., I, Berlin 1840, p. 290). Por este motivo, ya en el *Beruf* caracterizó la analogía como un “organische Ergänzung” del ordenamiento legislativo (*Beruf*, cit., p. 114; sobre este punto, véase también Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 157). En obras recientes se encuentran fragmentos de la reconstrucción histórica de este método: por ejemplo, M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969, pp. 209 ss. (con amplias informaciones bibliográficas); F. Romero, *Analogia: per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova 1990; A.W.H. Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode. Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert*, Berlin 1992; Ch. Antonis, *Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit*, Köln 1994; J. Schröder, «Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit», *ZRG, Germanistische Abteilung* 114 (1997), pp. 1-55.

64 Hay detalles y remisiones bibliográficas a estas conocidísimas “manipulaciones” *supra*, pp. 144 ss. Pero es igualmente útil añadir que la romanística tradicional, y sobre todo en esta intervención destinada a recuperar la ordotoxia romana de los códigos, nunca consideró todo esto como algo artificial o, en todo caso, problemático; incluso compartiendo tácitamente con ello el prejuicio del Maestro en virtud del cual los mejores códigos eran, paradójicamente, los que menos dificultaban las intervenciones para hacer enmiendas. En este sentido, al menos los pasajes savignyanos citados en Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit., pp. 164 ss.

admisible deducir de ello que la subsidiariedad del derecho romano fue un movimiento, uno más junto a otros⁶⁵ destinados todos ellos a llevar de nuevo el código al cauce tradicional, negándole de este modo la primacía. Nadie podrá entonces asombrarse si tras estas estrategias y maniobras se vislumbra, incluso nítidamente, la *longa manus* del jurista, obviamente del tradicional⁶⁶. Habitado como estaba a moverse con familiaridad en el laberinto lleno de anfractuosidades e hipertrofias del viejo sistema, al actuar así trataba de salvar al menos las coordenadas a cuyo amparo podía continuar tejiendo tranquilamente su laberíntica tela.

4. *Algunas conclusiones*

Es cierto que, para ser aceptadas sin reservas, todas estas reflexiones necesitarían comprobaciones completas e irrefutables. Aunque enseguida comprendemos que resulta una pretensión irrealizable ¿cómo demostrar las cosas que acabo de decir, las conjeturas que acabo de formular? Tendremos que cargar con un compromiso no solo indeciblemente gravoso, sino incluso difícil de determinar. Cuando tropiezo con estas dificultades pienso –quizá para consolarme– en una afirmación de Balzac que produce la misma perplejidad: “En Francia, para veinte millones de seres, la

65 Sobre cada una de las fases de esta estrategia, *supra*, pp. 144 ss.

66 Esto resulta evidente también en la discusión parlamentaria del art. 5 del proyecto de Código civil tesinés (reproducida en el *Bullettino delle Sessioni del Gran consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, Sessione ordinaria di maggio*, año 1837, Bellinzona 1837, pp. 89-96). Siete grandes consejeros defendieron la causa del derecho común (y todos eran abogados), solo tres prefirieron la remisión al derecho natural o a la analogía y ninguno de ellos era jurista (véase *infra*, pp. 287 ss.). Por otra parte, es conocida la resistencia de los jueces y juristas del Antiguo Régimen ante los esfuerzos de la monarquía francesa por unificar (y, por consiguiente simplificar) el derecho (tematizadas por ejemplo por Halpérin, *L'impossible Code civil*, cit., pp. 42-43, 46-49, 73-74, y en las que también ha insistido G. Tarello, por ejemplo en «Codificazione», en *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione civile*, 4ª ed., Torino 1988, II, pp. 465-472, en particular 469-470), por lo menos la que opuso el estamento forense lombardo a las iniciativas codificadoras de María Teresa y José II (en este sentido, Cavanna, *La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca*, cit., pp. 618 ss.), el piemontés a los planes de Carlos Alberto (véase G.S. Pene Vidari, «L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione», *RSDI* 68, 1995, pp. 107-152, *passim*, en particular pp. 117-118, 120, 122, 127, 129, 131, 139), o finalmente el del Estado Pontificio a los repetidos intentos de codificación que se sucedieron en el siglo XIX (en este sentido, Mombelli Castracane, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, cit., I, pp. LIV-LV, LXVII-LXVIII).

ley no es más que un papel blanco fijado en la puerta de la iglesia o en la alcaldía”⁶⁷. Es literalmente imposible de probar, sin embargo me equivocaría si no lo tuviese en cuenta, si no lo considerase al menos como un pretexto para reflexionar sobre el tema hacia el que implícitamente dirige la atención. Por ello pienso que incluso las suposiciones formuladas en este capítulo tienen su valor, si bien a falta de pruebas irrefutables y definitivas. En el fondo depende de nosotros tenerlas en cuenta y considerarlas con la prudencia necesaria.

Dicho esto, también es preciso distinguir. Quien se enfrente al tema desde un punto de vista preferentemente dogmático, obsesionado por ello por la “pureza de los conceptos”, proferirá de inmediato –esto es, sin un examen ulterior– una condena tan previsible como definitiva. Partiendo de premisas conceptuales (desde luego indiscutibles), considerará las situaciones descritas hasta aquí como contratiempos banales, esto es, como torpezas típicas de una sociedad que, por desgracia, no sabía legislar con más prudencia y que por eso no merecía (aún) una “verdadera” codificación. En cambio, como sugería al principio, quien contemple en primer lugar el contexto social y político de estas “hibridaciones”, quizá porque prefiera comprender a condenar (o porque sepa precisamente que este contexto altera de modo inevitable incluso los dogmas), descubrirá que los códigos incriminados no fueron errores de legisladores inexpertos, sino decisiones prudentes adoptadas tras análisis exhaustivos y, en todo caso, justificadas por razones muy concretas⁶⁸. ¿Por qué tiene sentido hablar de ello aquí? Porque, a su manera (y con frecuencia solo indirectamente), enseñan muchas cosas. Muestran, en primer lugar, que los códigos no podían echar raíces en cualquier terreno, sino que, para prender y crecer, necesitaban un *humus* y un clima específicos, esto es, condiciones especiales a falta de las cuales sus palabras quedaban (si la cosa iba bien) en exhortaciones vagas. Al aducir además los motivos concretos que

67 “En France, pour vingt millions d’êtres, la loi n’est qu’un papier blanc affiché sur la porte de l’Eglise, ou à la Mairie”. Balzac, *Les paysans*, 1844, Primera parte, cap. IX.

68 Como demuestran los debates parlamentarios tesineses citados *supra* nota 66, y los motivos concretos (aunque discutibles) alegados por Feuerbach para justificar el recurso al derecho común (véase al respecto Kadel, *Feuerbach-Savigny. Zwölf Stücke aus dem Briefwechsel*, cit., pp. 25-27). La admiración juvenil de Feuerbach por el *Corpus iuris* se descubre también en una carta de 1796 a su padre, citada en E. Kipper, *Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Köln/Berlin/Bonn/München 1969, p. 23.

indujeron al legislador a detenerse a mitad de camino, indican también (aunque siempre solo de forma indirecta) las premisas políticas y sociales que se habían realizado previamente para poder codificar con eficacia. En efecto, solo ellas eran capaces de crear y garantizar el espacio institucional del que el código tenía absoluta necesidad si aspiraba a ser exclusivo y autónomo, pues solo así podía dominar el continente iusprivatista. Pero ¿cuál era su naturaleza y por qué aún no existían en el siglo XIX?

IV. *Cómo convertirse en enemigo del código*

1. *Introducción*

Al reflexionar así de estas cosas y, en particular, de lo que debía prepararse cuidadosamente y era recomendable que funcionase para que el código pudiese arrancar con éxito, quedamos atrapados imperceptiblemente por una tendencia historiográfica que quizá está siendo cuestionada (de nuevo) porque pone énfasis en la codificación y la considera como el resultado de un impulso largo y a menudo extenuante, como una meta que no podía alcanzarse sin una minuciosa y constante preparación. Al hacerlo así, toda la historia precedente es percibida y elaborada exclusivamente desde el punto de vista de la codificación, como si no pudiera imaginarse de otra manera, no pudiera tener otros puntos de referencia ni consiguiera llegar a otras soluciones. No critico a nadie, es evidente. Todo lo más pienso en la ligereza imperdonable con la que yo mismo he hablado y hablo a propósito, precisamente, de este fragmento de historia, de resistencias, de contraindicaciones, de tiempos que no están maduros, de premisas que todavía faltan, etc. Pensándolo bien, me parece cada vez más discutible (por no decir arbitrario) considerar todo esto como la historia de una expectativa en la que el código monopolizaba las aspiraciones y los intereses hasta el punto de convertirse en el sueño (pero también en el objetivo) de toda la sociedad. Por eso prefiero darle la vuelta al discurso y considerar la codificación solo como una de las (posibles) consecuencias de los acontecimientos que la precedieron (e incluso prefiguraron), de los caminos ya emprendidos y recorridos pero sin llegar todavía a su destino, todos con su propia dignidad y su lógica, incluso prescindiendo de cuanto pudiera suceder respecto a la estructura atribuida a las fuentes del derecho privado. Deduzco de ello que los llamados “enemigos” de la codificación

no lo fueron por sus prejuicios, sino solo porque la consideraron como un orden incompatible con unas estructuras políticas y sociales que aún eran ventajosas para ellos. Por eso, las dudas, las reticencias y las perplejidades que se opusieron ocasionalmente al postulado codificador encuentran una explicación en esta historia, como hemos podido ya comprobar al hablar de resistencias larvadas, y como aún mostrarán más nítidamente las situaciones que quiero ahora indicar de forma breve.

2. *La sociedad feudal y sus amigos*

Los códigos burgueses están claramente impregnados de una fuerte tensión igualitaria, porque entregan mensajes, órdenes y sugerencias a los destinatarios en general, exactamente como la ley descrita por Portalis: “estatuye sobre todos; considera a los hombres en masa, jamás como particulares”⁶⁹. Pero nos equivocaríamos si los considerásemos también, por este motivo, como artífices de la igualdad formal que brotaba de esta definición y que se convirtió de inmediato en el símbolo de la sociedad burguesa, porque sin la revolución que puso fin al feudalismo y, por consiguiente, suprimió y neutralizó los estamentos, habría sido impensable, e incluso totalmente inútil generalizar la capacidad jurídica y reconocer a todos los habitantes la cualidad (considerada ya innata) de sujeto jurídico. Los códigos se encontraron, más bien, en este nuevo orden, lo homologaron y luego se sirvieron de él; lo convirtieron en la plataforma de un programa general y abstracto⁷⁰, manifestándose así (pero solo así) la tensión igualitaria acabada de mencionar. Y de este modo, provocaron el disenso, la obstrucción y la condena de todos los autores, así como de todos los políticos que, de un modo u otro, se identificaban aún con las estructuras del antiguo régimen y que, por ello, fueron considerados en primer lugar amigos de la sociedad feudal y, solo como un efecto, enemigos del código. Si lo criticaron y se distanciaron de él fue en defensa de esta sociedad respecto a las peculiaridades que, en realidad, iban a ser desmanteladas irremediabilmente por las revoluciones burguesas.

69 “Elle statue sur tous; elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers”, J.E.M. Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement*, en P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, pp. 463 ss., el pasaje citado en el texto, en p. 475.

70 En este sentido, las fuentes citadas en Caroni, *Saggi*, cit., p. 221 N. 10, a las que se añade Montesquieu, *De l'esprit des lois (1748)*, Libro XII, cap. 19.

Cito *en primer lugar* autores que condenaron la codificación porque les parecía perjudicial para el particularismo feudal, así como para las libertades (ien plural!)⁷¹ que propició y ahora garantizaba. Algunos, como Justus Möser y August Wilhelm Rehberg, son conocidos porque Savigny ya los había leído y mencionado con devoción⁷². Otros no merecieron la misma consideración pero hoy serían igualmente releídos y estimados, como el infeliz Carl Ludwig von Haller sobre el cual volveré⁷³.

Son mencionados *en segundo lugar* los historiadores y juristas que, conservando el recuerdo de los extremos absolutistas, se opusieron al estatalismo naciente y a su modo de monopolizar la producción del derecho, que consideraron despótico e invasivo. Dede este punto de vista, la codificación se llenaba de contenidos extremadamente autoritarios y, por consiguiente, negativos: hija de la “desafortunada tendencia” que ya

71 Sobre los problemas inherentes a esta formulación, véase Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 116-117.

72 Véase al respecto (con otras remisiones) H.-U. Stühler, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin 1978, pp. 234-236. La importancia que Savigny atribuyó a estos autores también se hace evidente ahora en la documentación del volumen editado por H. Akamatsu y J. Rückert (citado *supra*, p. 211 nota 8), *passim*, véase «Personenregister».

73 En las numerosas iniciativas destinadas a difundir códigos generales completos y duraderos –considerados por él, sin excepción, „extraños e insulsos“ (C.L. von Haller, *Restauration der Staatswissenschaft, oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 2^a ed., I, Winterthur 1820, p. 183)– vio Haller la influencia ejercida por los „neuphilosophische Irrtümer“ sobre los soberanos ilustrados (I, p. 193). Obviamente las criticó todas sin reservas (sobre el rechazo de la legislación prusiana *ibidem*, I, pp. 188-200, de la austriaca *ibidem*, I, pp. 203-214), sirviéndose, al menos en parte, de argumentos también familiares a los juristas de la escuela histórica. Pero esta aproximación no hace de él un seguidor del historicismo. Tanto Gustav Hugo como Savigny lo mantuvieron más bien alejado y rechazaron de modo inequívoco su teoría del origen „natural“ de la sociedad. Véase G. Hugo, «Über Herrn von Haller's Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, im Verhältnisse zu der Philosophie des positiven Rechts», *Civilistisches Magazin vom Professor Ritter Hugo in Göttingen*, III, Berlin 1812, pp. 462-484, en particular pp. 469-471; Savigny, *System*, cit., I, pp. 31-32. Sobre este punto, también K. Guggisberg, *Carl Ludwig von Haller*, Frauenfeld-Leipzig 1938, p. 100, y ahora, sobre todo R. Roggen, „Restauration“-Kampfruf und Schimpfwort, Freiburg/Schweiz 1999, pp. 167-176.

Savigny había condenado⁷⁴ por la manía de regularlo y gobernarlo todo⁷⁵, marginaba las fuentes concurrentes y reducía el derecho a la ley escrita⁷⁶. Ocupaba incluso de forma prepotente (y sería mejor decir colonizaba) la esfera de la libertad contractual individual⁷⁷. Por eso, había que pelear contra ella si se quería salvar algún jirón de un mundo que aún no había sido turbado por la presencia ubicua y sofocante de la ley.

En tercer lugar, merecen una mención (rápida pero no marginal) las reacciones que ocurrieron en los países de la Confederación Renana (1806-1813) en el momento de introducir –como se había ordenado desde arriba– el *Code* francés. El desencuentro estaba aquí ampliamente programado, al aspirar un código de carácter claramente burgués a regular una sociedad aún proclive al feudalismo⁷⁸ en un contexto constitucional

74 Savigny, *Stimmen für und wider*, cit., p. 44 (también en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 224).

75 “Regierungssucht”: así la llamó Savigny en el pasaje citado *supra* nota 74.

76 Savigny, *Beruf*, cit., p. 75.

77 En este sentido, por ejemplo, Haller: ya en el primer volumen de su obra principal había admitido la existencia de normas jurídicas sancionadas por el comportamiento de los particulares (*Restauration*, cit., I, p. 32 nota 6 y pp. 183-184). En el segundo volumen, tratando ex profeso el tema –para él insidioso– de la legislación (*ibidem*, II, Winterthur 1820, pp. 175-215) negó explícitamente que el derecho a legislar fuese competencia exclusiva del príncipe y admitió, por ello, la existencia de un derecho privado de origen extraestatal (II, pp. 179-183). Por este motivo, recomendó al príncipe que respetara este ámbito y se abstuviera de intervenir en las relaciones “civiles” para no atacar la libertad de sus súbditos (II, pp. 195-202). Precisamente porque los códigos no se atenían a esta propuesta, sino que invadían sin demasiado respeto un terreno hasta entonces libre de la intromisión estatal, Haller los consideró como “Beweise des Despotismus” (II, pp. 199-200). No puede, pues, extrañar que el código francés fuera fulminado con la más drástica de las críticas: “Von der Tyrannei des Code Napoléon mag ich hier nur nicht reden. Sie ist ein wahres Greuel” (II, p. 200 nota 27). Sobre este punto, véase también una inestimable remisión de P. Ungari, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, p. 21 nota 9. Pero también Savigny fue siempre contrario a la intervención del Estado en las relaciones jurídicas entre particulares, como lo pone de manifiesto (por citar solo un ejemplo) su teoría sobre el dinero (deliberadamente concebida como “Kurswerttheorie”, véase *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1851, pp. 423-468). Sobre este punto H. Kiefner, «Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts», en *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, ed. de H. Coing y W. Wilhelm, V, Frankfurt am Main 1980, p. 27-54.

78 Un primer estudio de los problemas que suscitó el deseo de introducir el

que, por lo demás, garantizaba explícitamente a los actuales titulares el respeto de sus privilegios y de sus prerrogativas⁷⁹. Y, así pues, hubo un desencuentro aunque de resultados realmente desconocidos, porque en todas partes la aristocracia se opuso decididamente al desmantelamiento de su supremacía y, sobre todo, a la supresión del señorío territorial (*Grundherrschaft*) que representaba justamente el epicentro de los tentáculos del feudalismo. Por ello les resultó bastante fácil resistir las lisonjas del *Code*, siguiendo además estrategias distintas de un país a otro: si en Baviera se bloqueó, con una fuerte obstrucción, todo intento de introducir un código incluso solo vagamente tributario del modelo francés⁸⁰, en el Gran Ducado de Baden este mismo modelo se dotó de toda una serie

Code francés en el territorio alemán lo presentó en un ensayo por desgracia olvidado W. Wilhelm, «Bemerkungen zur Rezeption ausländischen Rechts», en *Mitteilungen aus der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, 1974, pp. 106-123. Más tarde, fue retomado el tema y examinado a fondo por R. Chabanne, «Napoléon, son Code et les Allemands», en *Etudes Jacques Lambert*, Paris 1975, pp. 397 ss.; Schubert, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., *passim*; E. Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, 3^a ed., Göttingen 1983; Becchi, *Il Code Napoléon in Germania. Il dibattito intorno alla recezione nel Granducato del Baden*, ahora en *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 47-93; N.J. Gross, *Der Code Civil in Baden. Eine deutsch-französische Rechtsbegegnung und ihr Erbe*, Baden-Baden 1993, *passim*.

⁷⁹ *Rheinbundakte* 1806, art. 27. Sobre el conflicto que derivaba automáticamente de ello insiste, justamente, Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pp. 31, 50-52, 135. En efecto, repetía el art. 27.I del acta de 1806: “Ein jeder der jetzt regierenden Fürsten oder Grafen behält als Patrimonial- und Privateigentum, ohne Ausnahme, alle Domainen, welche sie gegenwärtig besitzen, und so auch alle Herrschafts- und Feudalrechte, die nicht wesentlich zur Souverainetät gehören, namentlich das Recht der niedern und mittlern bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit, der forsteilichen Gerichtsbarkeit und Polizei, der Jagd und Fischerei, der Berg- und Hüttenwerke, des Zehnten und der Feudalgefälle, das Patronatrecht und andere diesen ähnliche, so wie die aus besagten Domainen und Rechten fließenden Einkünfte”.

⁸⁰ Sobre el significativo rechazo bávaro que, al menos en parte, se achacaba a la intransigencia de Feuerbach, véase Schubert, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., pp. 162-192, 319-323; Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pp. 31, 33, 133-145; Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 137 ss.; B. Dölemeyer, «Die bayerischen Kodifikationsbestrebungen», *Ius commune* 5 (1975), pp. 138-177, especialmente 140-146; W. Demel, W. Schubert, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1811*, Ebelsbach 1986, pp. XLVII-XLVIII.

de “añadidos” (*Zusätze*) que no solo salvaguardaron las estructuras estatales y feudales, sino que incluso las reforzaron⁸¹.

Y para *terminar*, se recuerda la política legislativa realizada a partir de 1814 en los territorios italianos en los que estuvieron en vigor los códigos franceses durante el período napoleónico. Como no puedo entrar aquí en detalles –aunque lo permitirían las recientes investigaciones– me contento con un vistazo sumario para establecer que el sistema del derecho común recuperado precipitadamente en 1814 fue sustituido de inmediato en casi todas partes⁸² por los llamados códigos preunitarios⁸³ que, si se quiere, se pueden considerar como una “segunda vida más duradera” del *Code en Italia*⁸⁴. Pero solo a condición de olvidar que, aun aceptándolo como modelo⁸⁵, no lo imitaron servilmente. Se distanciaron de él en todos los casos en que, sin reformas previas, muchas de sus reglas resultaban prematuras y, por consiguiente, inaplicables⁸⁶; a la espera, si no de tiem-

81 Schubert, *Französisches Recht in Deutschland*, cit., pp. 193-242; Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pp. 102-121; Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 47-93; Gross, *Der Code Civil in Baden*, cit., pp. 19 ss.

82 La excepción recordada aquí implícitamente es la del Gran Ducado de Toscana, que permaneció como territorio de derecho común hasta 1865. La historia de esta fidelidad, tachonada de codificaciones deseadas y puestas en marcha pero jamás llegadas a puerto, fue contada recientemente por Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, cit., *passim*. También considero significativo el hecho de que todos los proyectos elaborados y discutidos en Toscana entre 1814 y 1865 hubieran previsto el valor subsidiario del derecho común (véase en Colao, *ibidem*, pp. 4, 7, 24-25, 71, 134, 161-162.)

83 Son enumerados por Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, pp. 736-744, 830-832; Pene Vidari, *Aspetti*, cit., pp. 23-27.

84 En este sentido, Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, p. 717.

85 Es espléndida la expresión de F. Sclopis, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino 1835, reimpresión a cargo de G.S. Pene Vidari, Torino 1996, pp. 59, 86; Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, pp. 747 ss.

86 Examinan estas modificaciones Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., II, pp. 749-767; G.S. Pene Vidari, «Diritto romano e codificazione. Vicende storiche e questioni di metodo», *RSDI* 53-54 (1980/1981), pp. 171-186, en particular 177-179; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, pp. 104 ss.; Dezza, *Lezioni di storia della codificazione*, cit., pp. 102 ss.; Pene Vidari, *L'attesa dei codici*, cit., p. 152; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, pp. 121 ss., 124 ss.; C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione*

pos mejores, al menos de las modificaciones necesarias. Una vez más, el contexto constitucional y social, todavía de tendencia monárquica y feudal, circunscribía los espacios que podían ser ocupados o, si se quiere, fijaba de modo autoritario los límites de la recepción, confirmando –tanto aquí como también en muchas otras situaciones menos conocidas pero no menos instructivas⁸⁷– no tanto la supremacía indiscutible del “Estado” y de sus leyes, como la necesidad de garantizar un mínimo de coordinación entre el código y la estructura normativa destinada a recibirlo.

3. Pero también: la sociedad democrática y sus amigos

Por lo demás, también era este el tema sobre el que Anselm von Feuerbach había reflexionado de forma magistral en una memoria de 1808⁸⁸ en la que aseveraba que una adhesión de los territorios alemanes a los principios sancionados por el *Code Napoléon* era imposible sin modificaciones previas y radicales en la constitución política, la administración pública, la jurisdicción y el derecho procesal⁸⁹. Y respecto al primer punto, el constitucional, precisaba su pensamiento afirmando que un código burgués

giuridica in Italia, Bari 1979, pp. 227, 230, 234, 239, 258-259, 262, 277-281; Íd., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, pp. 19-20.

87 Por citar solo uno, realmente poco conocido: cuando en el principado de Neuchâtel (y Valangin) –que pertenecía a Prusia desde 1707 y se convirtió en Cantón de la Confederación Suiza en 1814– los súbditos reclamaron en la primera mitad del siglo XIX un código que supliera los numerosos defectos de la *coutume*, las autoridades políticas (monárquicas) hicieron oídos sordos, sabiendo bien que mientras existiera una “société d’ordres” no era momento de pensar en el código, y presentaron directamente como argumento el peso de los privilegios, por lo cual era aconsejable esperar a una revolución democrática, porque solo un nuevo orden político –obviamente republicano– otorgaría credibilidad y sobre todo efectividad a una eventual codificación del derecho privado. Ha reflexionado lúcidamente sobre esta trama M. de Tribolet, «Société d’ordres et égalité républicaine: Coutume, Codification et perception du droit en pays neuchâtelois, 1755-1855», en *Conservatisme, réformisme et contestation. Aux origines de la Révolution neuchâteloise de 1848*, Textes réunis et publiés par Ph. Henry, Neuchâtel 1999, pp. 79-85.

88 A. von Feuerbach, «Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung deutscher Staaten überhaupt, und Bayerns insbesondere», en *Themis, oder Beiträge zur Gesetzgebung*, I, Landshut 1812, pp. 3-73.

89 Feuerbach, *Betrachtungen*, cit., pp. 61-63; sobre este punto, también Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pp. 55-69, 149 ss.

podía convivir con la monarquía sin perder fuerza, pero solo a condición de que fuese una monarquía parlamentaria⁹⁰.

Si insisto en estas cosas lo hago con razón. Porque me apremia subrayar, como hacía Feuerbach precisamente (yendo visiblemente a contracorriente), la urgencia de un planteamiento unitario de estos problemas. De él me sirvo para enlazar tanto las adhesiones espontáneas como las reacciones de rechazo a la naturaleza del cauce institucional en el que el código aspiraba a situarse. Si era monárquico, feudal o estamental, el destino del código, esto es, de un proyecto de naturaleza liberal y democrática⁹¹, estaba prácticamente marcado. Pero no está dicho que, en caso contrario, todo fuera como la seda. Porque si es cierto que el estado republicano parecía predestinado a propiciar la codificación del derecho, no es menos cierto que esta regla tuvo también sus excepciones. Querría recordar aquí una al menos, porque trae a la memoria historias que –por pura casualidad– conozco mejor que otras.

Pues bien, se refiere a Suiza, esto es, a un país tradicionalmente republicano que en 1848 consiguió finalmente darse una constitución estable liberal y democrática. De cuño federal, dejó intacta deliberadamente la competencia de los Cantones en el derecho privado. Cuando, apremiados

90 Feuerbach, *Betrachtungen*, cit., pp. 63-64. El tema de la compatibilidad entre monarquía y código ha sido repetidamente tratado en profundidad por Pene Vidari: por ejemplo en *L'attesa*, cit., pp. 124-125, 128; Íd., *Aspetti*, cit., p. 23; Íd., «Prefacio» a la reimpression de los *Discorsi* de Sclopis, p. XXI, nota 40. Una reflexión de síntesis válida la ofrece E. Genta, «Eclittismo giuridico della Restaurazione», *RSDI* 60 (1987), pp. 285-309.

91 Aunque considero superfluo resumir por qué motivos (como hoy sabemos, más que discutibles) fueron considerados los códigos burgueses monumentos de la legislación liberal, puede ser útil, en cambio, decir explícitamente en qué sentido fueron ya considerados democráticos, al menos en el ámbito formal. En primer lugar, porque transmitían a todos los habitantes un mensaje uniforme, reconociéndolos a todos como sujetos de derechos. En segundo lugar, porque a través de la publicación oficial también el conocimiento de los códigos fue asimismo accesible a todos. En tercer lugar, porque proponían una regulación preferentemente igualitaria y, finalmente, porque, surgidos de un procedimiento parlamentario y con frecuencia sometidos incluso a votación, se consideraban como expresión de la voluntad del pueblo (como, por lo demás, confirmaron indirectamente las críticas de los juristas fascistas, sobre las que puede verse R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990, pp. 182 ss.). He tratado de demostrar estas reflexiones en *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede, Bern 1988, pp. 12-13.

por la evolución económica, a principios de los sesenta se aireó el proyecto de unificar el derecho privado, de inmediato se desencadenó la guerra; no tanto porque se negara la urgencia de reglas y de procedimientos comunes, cuanto por ponerse en duda la oportunidad de proveer a ello promulgando un código general y transfiriendo previamente a la Confederación la competencia legislativa exclusiva necesaria⁹². Recordando el antiguo adagio que consideraba que el particularismo era la premisa de una clara participación democrática⁹³ –de la que era fácil inferir el carácter periférico de la tradición republicana⁹⁴– fueron precisamente los Cantones con democracia directa los que se opusieron a la elaboración de un código unitario: la padecieron como una expropiación política, pues hurtaba a sus habitantes la posibilidad de integrarse activamente en el proceso legislativo⁹⁵. No entro en lo meritorio de este emblemático litigio, pero me apremia asimismo recordar que, al amparo de la polvareda que levantó, resurgieron esporádicamente –aunque, a decir verdad, no sé con cuánta eficacia⁹⁶– tópicos recordados muchas veces e incluso típicos de los argumentos expuestos hasta el momento: la idea de que solo el derecho local podía gozar de apoyo popular (pues correspondía fielmente a las expectativas de los destinatarios) y la consiguiente centralidad del espíritu popular (obviamente en la versión

92 Acerca de la evolución que desemboca en la reforma constitucional de 1896, véase Caroni, *Rechtseinheit, passim*, y en particular pp. 9-54. Aquí me apremia, no tanto hablar de ella en detalle, como subrayar que la lógica del federalismo habría inspirado más bien la adjudicación de competencias solo parciales (y no exclusivas) a la Confederación. Si no ocurrió así, fue por motivos ajenos a esta lógica pero considerados sin embargo preponderantes.

93 Ha subrayado a menudo la importancia de esta conexión para “descifrar” los orígenes de la Confederación un gran historiador suizo, K. Meyer, *Aufsätze und Reden*, Zürich 1952, *passim*, en particular p. 51: “Demokratie und Partikularismus sind ein Geschwisterpaar”. Lo que coincidía esencialmente con lo que había ya intuido el abate Sieyès en el VI capítulo de su oportuno opúsculo de 1789 *Qu'est-ce que le Tiers état?* (“Ces messieurs ignorent que des représentans ne sont point des démocrates; que la véritable démocratie étant impossible chez un peuple nombreux [...]”: así en la edición crítica de la obra de E.-J. Sieyès, ed. de R. Zapperi, Genève 1970, p. 196, que debe relacionarse con la observación crítica del editor, *ibidem*, p. 55).

94 Como ha recordado justamente J.C. Bluntschli, «Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 2 (1880), pp. 337-358, la cita en p. 341.

95 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 45 ss.

96 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 93 ss.

biológico-germanista), la predilección por Montesquieu (en relación con ciertos pasajes o, mejor aún, con la interpretación de ciertos pasajes⁹⁷, quizá precisamente con los que Savigny interpretó y puede que malinterpretara según las necesidades de la argumentación o del contexto⁹⁸). Así, se cerraba el círculo con la reflexión (solo aparentemente marginal) del Maestro, que admitía sin reticencias el influjo de las estructuras políticas en las jurídicas, para las cuales, existiendo una constitución republicana, el derecho era normalmente consuetudinario, esto es, arraigaba con preferencia “en la costumbre y la creencia popular”, pudiendo así prescindir felizmente de la mediación de los juristas (típica en cambio de la monarquía) e incluso de los eventuales códigos⁹⁹.

97 Sobre el escepticismo característico de las páginas de Montesquieu dedicadas a la codificación, véase, por ejemplo, V. Piano Mortari, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, Napoli 1971, pp. 19-20; H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la Rédaction du Code civil*, Paris 1910, pp. 53-55; Halpérin, *L'impossible code civil*, cit., pp. 61-62; A.M. Rabello, «Montesquieu and the Codification of Private Law (Code Napoléon)», en A. M. Rabello (ed.), *European Legal Tradition and Israel, Essays on Legal History, Civil Law and Codification, European Law, Israeli Law*, Jerusalem 1994, pp. 39-53.

98 Es sabido que Savigny fue un lector asiduo y fiel de Montesquieu (véase, por ejemplo, *Beruf*, cit., pp. 95, 145; es también impresionante la cantidad de referencias a Montesquieu que contienen los fragmentos ahora publicados por Akamatsu y Rückert, véase *supra* nota 8, *Personenregister*, p. 312; sobre este punto, ahora también Behrends, *Das Privatrecht des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pp. 32 ss.). Sobre una cierta similitud entre las opiniones de Montesquieu y las de Gustav Hugo insiste G. Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969, pp. 20, 59.

99 Savigny, *Beruf*, cit., pp. 78-79, 138; Íd., *Stimmen für und wider*, cit., pp. 44-45 (también en Stern, *Thibaut und Savigny*, cit., p. 225). Todos estos pasajes necesitan con urgencia un análisis más atento que, por desgracia, no es posible ofrecer aquí. Así pues, me basta con hacer memoria de que en ellos se recuerda a menudo el ejemplo de Inglaterra, de la mítica tierra que demostraba „dass ein Volk bei einer tüchtigen, kräftigeren Staatsgewalt wahrhaft frei sein kann, und dass eine gute Ordnung durch solide Freiheit nicht aufgehoben wird“ (como escribía en diciembre de 1838 Friedrich Ludwig Keller a su discípulo zuriqués Alfred Escher, véase E. Gagliardi, «Juristenbriefe an Alfred Escher», en *Festgabe für Max Huber zum 60. Geburtstag*, Zürich 1934, pp. 263-279, la cita en pp. 269-270). Por ello remito, a la espera de las precisiones necesarias, a las reflexiones de Becchi, *Ideologie della codificazione*, cit., pp. 158-159; Marini, *Introduzione*, cit., pp. 41 ss.; L. Moscati, «Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie», en *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, ed. de F. Liotta, Bologna 1999, pp. 278-321, en particular p. 292 nota 59.

V. Algunas reflexiones para concluir

1. ¿Por qué hablar de un código “aplazado”?

La historia de la codificación es una disciplina con el viento de popa: lo confirma esta “reflexión de fin de milenio”. Por eso no sorprende que se le sigan endosando al código nuevos predicados. Todo lo más, puede intrigar su connotación siempre negativa: así, nos hemos cruzado con el código “perdido”¹⁰⁰, luego con el “imposible”¹⁰¹ y finalmente con el “inexistente”¹⁰². Y ahora nos tropezamos con el (solo) “aplazado”.

Anunciar así un código no es del todo inocuo. En realidad implica una opción que no solo condensa, sino que condiciona imperceptiblemente (por no decir que anticipa) el significado de las historias que llevan este título. Pero, de todos modos, lo considero apropiado. Por suerte, como no es definitivo, tiene una evidencia histórica precisa, esto es, se confirma por la andadura concreta de las cosas, por el cariz que toman realmente los acontecimientos. De hecho, si hablo de códigos “aplazados”, considero los episodios analizados como decisiones provisionales y destinadas a ser dejadas a un lado o superadas con el tiempo; o bien como obstrucciones transitorias abandonadas más pronto o más tarde por la evolución. Por eso es perfectamente adecuada la densa metáfora de Ernest Roguin que sintetizaba tan bien la percepción de la *inexorabilidad*. Según esta, la tendencia que con el paso de los años desembocará en la codificación del derecho “es un torrente que todo lo inunda y que hundiría los diques mejor construidos”¹⁰³. Es una previsión que la historia ha confirmado ampliamente. No se conocen casos de códigos rechazados definitivamente ni,

100 R. Pavanello, *Il codice perduto. La formazione dello stato assoluto in Austria tra Quattrocento e Cinquecento nelle vicende degli Statuti di Trieste*, Trieste 1990.

101 Halpérin, *L'impossible code civil*, cit.

102 C. Petit, «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de derecho civil* 48 (1995), pp. 1429-1465.

103 “Est un torrent qui submerge tout et qui enfoncerait les digues les plus savamment construites”. E. Roguin, «Observations sur la codification des lois civiles», en *Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nationale suisse*, Lausanne 1896, pp. 73-134, la cita en p. 74. Sobre Roguin, que fue un originalísimo teórico del derecho, véanse, al menos: F. Guisan, «Ernest Roguin (1851-1939)», en VV.AA., *Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, Zürich 1945, pp. 393-421; N. Bobbio, «Un dimenticato teorico del diritto, Ernest Roguin», en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano 1978, vol. IV.

por lo tanto, de Estados que, pudiendo codificar, decidieran libremente recorrer otros caminos. Al menos en el continente. El implícito rechazo inglés, al estar condicionado por estructuras jurídicas tradicionalmente autóctonas¹⁰⁴, no desmiente este planteamiento. Así pues, desde este punto de vista, la codificación se muestra como la forma adoptada con preferencia por el derecho (privado) al alcanzar la modernidad. Por eso, obviamente, es también hija del capitalismo y de la particular racionalización del derecho que aquel esperaba y que finalmente, como sabemos, alcanzó.

2. *¿Un signo de clarividencia?*

Decir que un código, aun impugnado y atacado, cuando no objeto de escarnio, fue en realidad “solo” aplazado, es fruto de una elección que podemos permitirnos. En nuestra condición de “posteridad” sabemos realmente cómo fueron las cosas y, lógicamente, las tenemos en cuenta al reflexionar sobre el pasado. Es bueno ser conscientes de ello y disfrutar con discreción de este privilegio.

Pero tampoco se omita el peligro que esconde: el de llevar a “leer” la resistencias históricas a la luz de nuestras valoraciones actuales, que, vista la coyuntura presente, no es tanto el de desacreditar las resistencias (considerándolas quizá fruto de una oposición irracional y porfiada al “progreso”), cuanto el contrario, el de magnificarlas *ante litteram* o, en cualquier caso, sobrevalorarlas. Así pues, se dice explícitamente que sería prematuro (e incluso infundado) considerarlas a priori como un signo de clarividencia por haber pronosticado las igualaciones, las expropiaciones y el malestar que seguirían realmente una vez promulgado y aplicado el código¹⁰⁵. Con una excepción que, de verdad, no puedo omitir, porque nadie se dio cuenta tan rápidamente como Savigny de lo que quería en realidad una codificación, de las mutilaciones que iba a infligir y de las

104 W. Teubner, *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, *passim*, especialmente pp. 130-131, 159 ss.; R.C. van Caenegem, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991, pp. 38 ss., 43-50, 67 ss., 77 ss., 82 ss., 132 ss.; Weiss, *The Enchantment of Codification*, cit., pp. 470 ss., 486 ss., 492 ss., 531.

105 Porque la descripción e incluso la valoración de la historia posterior al código dependen de opciones personales (como demuestra la discusión sobre el “absolutismo jurídico”) que no estaría justificado hacer recaer sobre los protagonistas de la epopeya codificadora.

perspectivas que abría¹⁰⁶; y en consecuencia, nadie luchó contra ella más implacablemente que él, y a él recurrimos todavía cuando reflexionamos con seriedad sobre el concepto de codificación¹⁰⁷.

3. *La normal coexistencia de elementos heterogéneos*

Así pues, quien interprete este fragmento de nuestro pasado jurídico precisamente en clave provisional, preferirá reflexionar sobre la transición desde la perspectiva de la larga duración. Parece convincente e indicada porque –como recordaba al principio– el paso del viejo al nuevo sistema de fuentes necesitó realmente de ciclos largos: el viejo se apagaba más lentamente de lo previsto, el nuevo requería tiempo para decidir qué camino tomar y qué alianzas sellar. Surgía, por consiguiente, con mucha dificultad¹⁰⁸. Este punto de vista descubre precisamente que durante decenios, cuando no durante siglos, la historia de las fuentes jurídicas, así como la del sistema destinado a recuperarlas y a regularlas, ha sido *la historia de una coexistencia regular, normal y cotidiana de materiales complejos, a menudo heterogéneos o incluso mal combinados*, como lo eran finalmente todos los encontrados en nuestra caminata actual. Una historia, pues, de encuentros y desencuentros, de asociaciones, mezclas y separaciones. Desde luego es cierto que, si pudiésemos escoger, evitaríamos estas situaciones. Nos incomodan porque ofuscan una mirada que quisiéramos que fuera clara y casi “monódica”. Por eso, tratamos con frecuencia de ordenarlas recurriendo a una estratagema: al tener que aludir a la efectiva convivencia de situaciones que difícilmente se refieren a estrategias o a orígenes comunes, *hablamos de sociedades distintas pero paralelas*, que funcionan según lógicas diferentes pero conviven, mejor o peor, normalmente ignorándose las unas a las otras y tolerándose, dispuestas ocasio-

106 Como me pareció plausible afirmar en la recensión de las *Vorlesungen über Juristische Methodologie 1802-1842*, en los *Quaderni fiorentini* 24 (1995), pp. 410 ss., y en particular p. 415.

107 Bastaría un ejemplo, uno solo, para demostrar esta afirmación: la intransigencia con la que Savigny mantuvo en seguida que la codificación, prescindiendo de los préstamos contraídos eventualmente con la tradición, poco o mucho, siempre innovaba. Véase *supra*, pp. 3-9; P. Caroni, “*Privatrecht*”: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Genf/München 1999, pp. 73 ss.; Weiss, *The Enchantment of Codification*, cit., pp. 466-467.

108 Pero son siempre momentos que acentúan la urgencia de una mayor atención a la historia posterior al código.

nalmente a alcanzar un acuerdo y prefiriendo otras veces la provocación y el conflicto. Ciertamente, son muchos los contextos que tratamos de reorganizar recurriendo a este artificio: además del que sirve de trasfondo a este artículo, también las situaciones caracterizadas por la coexistencia de economía natural y monetaria, ley y costumbre, derecho popular y culto, oralidad y escritura, por no citar sino ejemplos universalmente conocidos.

No critico este planteamiento. Admito que, hábilmente utilizado, puede contribuir a volver a colocar muchas cosas en su lugar, es decir, a restablecer el orden turbado por una promiscuidad que, si se tiene todo en cuenta, es cada vez más desestabilizadora. Pero tampoco lo comparto, porque lleva imperceptiblemente a valorar (y por ello, normalmente, a desacreditar) allí donde, en cambio, habríamos de contentarnos con comprobar una simple diversidad estructural. ¿No nos resulta quizá (desgraciadamente) familiar la tentación de considerar “irracionales” el sistema probatorio de las ordalías, el extremado fraccionamiento (real y personal) de la propiedad territorial, el predominio del disfrute comunitario de la tierra y la transmisión oral y consuetudinaria de los preceptos jurídicos? Pero aun prescindiendo de este peligro, pienso que toda la historia jurídica es fundamentalmente una historia de transiciones¹⁰⁹, lo que exige considerar como un hecho normal, totalmente previsible y regular la coexistencia de programas no precisamente sintonizados (como se decía en el pasado). Hacerle frente según el artificio que se acaba de examinar, esto es, desdoblado la sociedad, significa en realidad negarlo para restablecer un orden que, obviamente, nos resulta más agradable que la (incómoda) verdad histórica. Creo que es preferible la hipótesis de una sola sociedad, *pero movida por antagonismos duraderos y quizá inevitables*, en cuyo seno se enfrentaron grupos, clanes, clases y estamentos, no solo por bagatelas y no solo accidentalmente, sino también –y con periodicidad– por los grandes temas de la convivencia, desembocando a veces en las modalidades jurídicas (distintas desde luego) que se acaban de enumerar, precisamente como en el caso concreto del que me he ocupado en estas páginas.

4. ¿Existe la “historia de la codificación”?

Por eso, una vez más, la propia materia con la que nos tropezamos y que

109 “Toda” significa: no solo cuando este hecho es explícitamente recordado por los conceptos de los que nos servimos, como cuando hablamos de “Edad Media” o de “droit intermédiaire”.

aspiramos a estructurar al considerarla típicamente “jurídica” nos remite a la sociedad. Lejos de lamentarme por ello, esta remisión me ofrece más bien la ocasión de confirmar que todas nuestras reflexiones y conjeturas son imprecisas y ambiguas si no las aplicamos explícitamente a una sociedad histórica concreta. En efecto, solo ella descubre, según las circunstancias, el sentido fiable de las frases, los argumentos, las metáforas y las teorías de las que se sirvieron a lo largo del siglo XIX para favorecer o para impedir la codificación, como por lo demás sabe bien quien haya reflexionado sobre el valor, al menos europeo, de la estrategia anticodificadora de Savigny. Recordará, en efecto, que las propias páginas del *Beruf* fueron leídas en Toscana, en Cataluña o en Ginebra con la misma admiración emocionada y con la misma adhesión incondicional, pero por motivos (y, respectivamente, con resultados) muy diferentes¹¹⁰. Por esto no es admisible poner en común estas experiencias tan irreductiblemente “locales”, a la espera de una confirmación ulterior de esa verdad que el jurista aún debe percibir en su turbadora centralidad y en virtud de la cual el significado de los mensajes (incluso de los jurídicos) es determinado preferentemente por el lector en relación con el destinatario¹¹¹.

Pero si esto es cierto, si es siempre y solo la sociedad (pero no la mítica y abstracta supuesta por el *contrato social*, sino la concreta e histórica) la que se mueve, proyecta, realiza o desiste, incluso cuando pretende codificar; si incluso el mensaje específico que nosotros, en nuestra condición de historiadores del derecho, destacamos con interés y pretendemos administrar de manera exclusiva nos resulta indescifrable sin recurrir a ella y, por consiguiente, sin vincularlo a una trama política, económica y

110 Para Toscana remito a la obra de Colao, *Progetti di codificazione civile*, cit., *passim*; hago igual para Cataluña, remitiendo al lector a las publicaciones citadas *supra* nota 55. Para Ginebra se deben consultar: P. Caroni, «Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit a Genève», en VV.AA., *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979, Genève 1980, pp. 17-40; A.-E. Cherbuliez, «De la codification», en *Bibliothèque universelle de Genève*, juin-juillet 1832; A. Zogmal, «Egalité devant la loi: les liens entre la constitution de 1814 et le Code civil de 1804», en VV.AA., *Le libéralisme genevois, du Code civil aux Constitutions (1804-1842)*, ed. de A. Dufour, R. Roth y Fr. Walter, pp. 139-160; y ahora, sobre todo Íd., *Pierre-François Bellot (1776-1836) et le Code civil. Conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration*, Genève 1998, *passim*.

111 Remito, solo por permanecer en el ámbito de la bibliografía citada hasta ahora, a las obras indicadas en Serrano González, *System bringt Rosen*, cit., p. 47 nota 68.

cultural concreta ¿queda aún espacio –y la pregunta no parece temeraria– para una historia *específicamente jurídica* (y por tanto autónoma) de la codificación?

Al preguntármelo para concluir no pienso tanto en la historia de la idea de codificación, pues aún la considero admisible, incluso si al final ofrece una descripción (por no decir un elenco) tan culto como monótono de estudiosos y de sus obras que se encuentran y entrelazan en el tiempo y en el espacio, estimulándose recíprocamente en un plano que resulta misterioso e imprevisible hasta el final y que, sin embargo, se realiza sin recurrir a la sociedad.

Pienso en cambio en los códigos concretos, en los propuestos, aceptados y realizados, así como en los encontrados con mayor frecuencia en mi exploración actual, esto es, los rechazados, aplazados y, más tarde, incluso olvidados. Tienen una historia más plausible y terrenal, impregnada de lágrimas y de gloria. Pero ¿hasta qué punto es sectorial y realmente autónoma, obedece a modelos elaborados unilateralmente por juristas y puede, por eso, ser reivindicada y gestionada por ellos de forma exclusiva?

A mí me parece que todas estas historias expresan más bien algo muy concreto y elemental, es decir, la determinación de una sociedad histórica de regular estos ámbitos de la vida social recurriendo a una legislación general y, por consiguiente, unificadora que de forma convencional denominamos “codificación”. Y dado que considero obvio admitir que esta determinación podía variar de un país a otro (tanto en sus contenidos como en su extensión), doy por descontadas incluso las diferencias, con frecuencia abismales, entre los códigos de Estados contiguos promulgados en torno a los mismos años.

Así las cosas, ya no es tiempo de elegir entre caminos, porque todos desembocan, cautivadores, en el lugar en el que estamos sentados para reflexionar sobre estas hermosas cosas, porque en realidad –incluso si esto se comprende meditando sobre el código aplazado– solo nos queda uno. No niega del todo la presencia en este recorrido de un elemento técnico, de un “quid” peculiarmente jurídico que solo los especialistas pueden valorar correctamente. Y tampoco discute que se deba tener en cuenta reconstruyendo la historia de la codificación en conjunto. Pero nos invita a no enfatizar su alcance, a no olvidar que precisamente este “hueso” corre siempre el peligro de ser tragado por las gargantas de la sociedad¹¹². Quien

112 Han observado los acontecimientos recordados en el texto y trazado provi-

quisiera cogerlo para convertirlo en objeto de atención exclusiva estaría dispuesto en realidad a agarrar algo que se está diluyendo, si se me perdona este oxímoron para concluir.

sionalmente el perímetro de esta autonomía –desde diferentes observatorios que a veces se ocultan recíprocamente pero otras colaboran y se integran perfectamente, permitiendo de este modo una opinión distinta y una previsión no necesariamente apocalíptica sobre el destino de la historia jurídica como disciplina moderadamente autónoma–, en primer lugar, los autores del volumen editado por P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-27 aprile 1985, Milano 1986 (y en particular J. le Goff, C. Violante y M. Sbriccoli). Y además, citando quizá un poco desordenadamente pero no sin lógica: A. Momigliano, «Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi», en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze 1966, pp. 21-37, especialmente pp. 22-23; A. Schiavone, «Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia», en VV.AA., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, ed. de A. Schiavone, Roma-Bari 1990, pp. 275-302, *passim*; M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico, Redazione definitiva*, Torino 1998, pp. 110-111; M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, nueva ed. ampliada, Roma-Bari 1999, *passim*, especialmente pp. 129-151; H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Berlin 1962, pp. 140-144; A. Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 74-75, 86-87; A. Fernández-Barreiro, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoléon*, Roma-Madrid 1970, p. 120; van Caenegem, *I signori del diritto*, cit., p. 95; G. Crifò, *Materiali di storiografia romanistica*, Torino 1998, *passim*, especialmente pp. 9-31, 351-371.

POR FIN UNA HISTORIA SOCIAL DEL CÓDIGO

Il est difficile de tout sauver. Les morts sont longs à recueillir. Il te faut longtemps les pleurer et méditer leur existence et fêter leur anniversaire. Il te faut bien des fois te retourner pour observer si tu n'oublies pas quelque chose.

A. de Saint-Exupéry, *Citadelle*, CLIII.

1. *Introducción*

Confieso haber comenzado este breve ensayo con la mejor intención, la de reflexionar sobre la contraposición resumida en el título de las lecciones de Mesina: «Las codificaciones: en la historia de las ideas y de la sociedad»¹. Intentaba primero distinguir y esbozar dos historias diferentes, para luego tratar de combinarlas, de hacerlas casi confluir y extraer de ellas un panorama histórico más diverso y más creíble. Pero a lo largo del camino, como ocurre además con frecuencia (al menos a mí), la intención inicial se fue modificando, primero de modo casi imperceptible y luego cada vez con mayor intensidad. Para ser más concreto: si al comienzo esperaba mostrar la historia (dogmática y conceptual) de la noción de código, para describir luego la de su más o menos traumática inmersión en una sociedad histórica, al final tuve que convencerme de que nada de esto es factible. Porque la primera parece, si no precisamente inventada por completo, sí el discuti-

¹ Aludo obviamente a las lecciones impartidas en Mesina el 5 y el 6 de abril de 2001 en el *European Master's Degree, I° corso di perfezionamento post laurea*, dedicado al tema “Historia comparada de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa mediterránea”.

ble resultado de un bricolaje poco hábil, mientras la segunda, no contenta con reflexionar en abstracto sobre conjeturas, reflexiona más bien sobre el influjo que éstas ejercieron sobre la vida de una sociedad, sin poder prevenir, obviamente, el sentido y la dirección. He aquí por qué, finalmente, el título de esta aportación, que siempre es bueno formular con calma, se refiere a una sola historia, a la social precisamente.

Dicho esto, creo igualmente que es preferible empezar como he empezado y convocar al lector para seguirme desde el comienzo, deseando convencerle así de las decisiones tomadas poco a poco, de los motivos que me las han sugerido y de las consecuencias que luego deriven de ellas, esperando que al final comparta al menos, si no mis inclinaciones, sí mis opciones.

2. *Las dos historias*

¿Qué deseamos contar cuando nos ocupamos de la historia de la codificación? ¿Y qué atrae nuestra mirada cuando coleccionamos fuentes, elementos y documentos para hilvanar con ellos nuestro relato? Las situaciones, contingencias y evoluciones que, con distinta intensidad obviamente, fueron, si no precisamente cubiertas, sí al menos rozadas o atravesadas por una idea (la de código), cuya historia aspiramos a explicar, así como a describir su eventual materialización.

Reflexionando de este modo –muchos lo hemos hecho de verdad–, distinguimos implícitamente dos historias, la de la elaboración de la idea (o del concepto correspondiente, como acaso prefieren decir los juristas) y la de su recepción y materialización en las sociedades concretas. La *primera*, al proponerse explicar la historia de una noción, escruta el pasado *sub specie codificationis* y por eso analiza de preferencia obras de juristas, filósofos e historiadores que, de modo más preciso que otros, reflexionaron abiertamente sobre el código o sugirieron y propiciaron las nuevas formulaciones globales de las fuentes del derecho vigente que luego fueron contempladas tradicionalmente desde la perspectiva de la codificación, descubriendo en todo ello la lenta (pero irresistible) ascensión de una idea y elevando de este modo a los autores citados a la categoría de precursores de la modernidad². La *segunda* se sustenta en los fragmentos del pasado

² Sobre el concepto de código, es tradicional remitir a las investigaciones de J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles,

que muestran la aspiración de una sociedad histórica de resolver ciertos problemas provocados por la convivencia, recurriendo a la particular estructura del ordenamiento que desemboca en el código y poniendo así en práctica las directrices inherentes a esta noción. Si la primera constituye un capítulo tradicional de la historia de la ciencia jurídica, esta segunda es más bien historia social: enfoca más bien los motivos que aconsejaron adherirse a la estrategia codificadora, el impacto que el código causó en la sociedad así como los cambios que provocó, los previstos y esperados pero también los que se alejaron de las previsiones de modo más o menos sorprendente³.

¿Existe un nexo entre estas dos historias? Claro que existe, y es incluso visible para el ojo desnudo allí donde la sociedad política compartió explícitamente las sugerencias teóricas y las incluyó en su programa. Pero, como veremos, es frágil. Aunque nos prohíbe separar, nos obliga igualmente a distinguir. La primera precede (histórica y lógicamente) a la segunda, es su premisa implícita. Pero sería una temeridad creer que ha evolucionado según esquemas preestablecidos, es decir, en la presentida proximidad de la segunda. Y es concebible de modo autónomo, incluso a falta de una continuidad concreta, como lo demuestra el ejemplo de Jeremy Bentham (1748-1832). Filósofo inglés universalmente conocido por sus opciones utilitaristas, se ocupó también con entusiasmo de problemas jurídicos y elaboró, junto a otros, una teoría del código de la que legisladores y políticos bebieron con generosidad en el siglo XIX⁴. Pero por una especial broma del destino, lo hizo precisamente en Inglaterra, es decir, en el único estado europeo en el que la codificación del derecho –por motivos que se pueden comprobar y dignos de respeto pero lejos del tema que aquí se analiza– fue tradicional y constantemente rechazada⁵. Si esto puede

1967. A las cuales me permito añadir algunas reflexiones personales (P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. XI ss., 1 ss.).

3 Es evidente que esta distinción no corresponde exactamente con aquélla de la que me ocupé en otro contexto (*supra*, pp. 171 ss.) Mientras, de hecho, toda la «historia del código» es social por naturaleza, la de la codificación está repartida de un modo más o menos equitativo entre las dos categorías contempladas. No hay que excluir, en cambio, –como aún veremos– el paralelismo entre la distinción que aquí se analiza y aquélla en la que piensa M. Ferraris, *L'ermeneutica*, Roma/Bari 1998, pp. 12-14.

4 Hablo de ello con mayor detalle *infra*, pp. 255 ss.

5 Sobre estos motivos, véase la bibliografía citada *supra*, p. 243, nota 104. Querría ahora añadirle P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris 1999, pp. 95-99.

sorprendernos, no estamos igualmente autorizados a considerar que todo esto es una «historia interrumpida» o, en cualquier caso, curiosamente incompleta.

3. *Afloran las primeras perplejidades*

Durante mucho tiempo esta «lectura» del pasado pareció indiscutible y, por eso, convincente. Se recogió en fórmulas, reconstrucciones y juicios traslaticios a los que ya estamos habituados y que a nadie se le ocurre someter a discusión. Por citar algunos ejemplos: en el tema de la historia de la noción, sigue siendo canónica la remisión a los méritos del humanismo jurídico⁶, de la ilustración⁷ y del iusnaturalismo⁸, así como a autores que, deseando la codificación de las leyes (o algo que a nosotros nos parece similar) reflexionaron siguiendo la huella de estas tradiciones⁹. Una vez agotados éstos, llegaron de forma detallada, como demostraciones con-

6 Véanse, por ejemplo, V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962, *passim*; Íd., *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli 1970, *passim*; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 580 ss., 590 ss.; D. Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1964, pp. 162 ss., 189 ss.; H.E. Troje, «Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en J. Blühdorn/J. Ritter (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1969, pp. 63 ss., especialmente 70. En particular, sobre la redacción del derecho consuetudinario francés (coutumes), que con frecuencia (e incluso todavía) se contempló desde el punto de vista de la precodificación, véanse: H. Cauvière, *L'idée de codification en France. Avant la Rédaction du Code civil*, Paris 1910, pp. 7-11; J.-L. Gazzaniga, «Rédaction des coutumes et codifications», *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* 26 (1997), pp. 7-80; J.P. Dawson, «The codification of the French customs», *Michigan Law Review* (1940), pp. 765-800; M. Grinberg, «La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux. Nommer, classer, exclure», *Annales* 52 (1997), pp. 1017-1038; J. Krynen, «Voluntas domini regis in suo regno facit ius. Le roi de France et la coutume», en *El dret comú i Catalunya*, Actes del VII Simposi Internacional 23-24 maig 1997, ed. de A. Iglesia Ferreirós, Barcelona 1998, pp. 59-89.

7 Bibliografía en P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 32-33.

8 Bibliografía en P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 34-35.

9 Resumiré más abajo las teorías de algunos de estos autores. Pero lo haré para demostrar que –en contra de lo que se sostiene– no son etapas de un itinerario común, sino momentos autónomos de historias que difícilmente se pueden relacionar.

cretas, los grandes logros: el Código prusiano (1794), el francés (1804) y el austriaco (1811)¹⁰. Todos se inspiraban (aunque en realidad cada uno por su cuenta, lo que no es una cuestión menor) en el derecho natural, y por eso fueron arrojados rápidamente al mismo contenedor¹¹, lo que permitió afirmar que este nuevo período de la historia jurídica europea se abría bajo el signo de la muerte y la transfiguración del derecho natural¹².

Esta versión hoy ya no convence. A quienes nos hemos puesto ya otros lentes nos parece precipitada, imprecisa e incluso errónea y, por eso, literalmente in-creíble. Y es que la historia que propone no es la de una idea con la que nos hayamos tropezado a lo largo de nuestra investigación, que hayamos encontrado, por decirlo así, y luego seguido hasta el epílogo de un modo más o menos fatigoso (algo así como si, vagando por un bosque, descubriéramos senderos que luego desaparecen y un poco más

10 La bibliografía relativa a estos primeros códigos es, sin exagerar, amplísima. Indico las obras que merecen ser tenidas en consideración en *Lecciones*, cit., pp. 69-88.

11 LLamar –como hizo de nuevo, quizá sin darse cuenta, F. Wieacker, «Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee», en *Festschrift für Gustav Böhm*, Bonn 1954, pp. 34-50, especialmente 39– codificaciones iusnaturalistas a los tres códigos recordados es tan erróneo como (de manera paradójica) instructivo. En efecto, descubre de modo clamoroso la debilidad semántica de la remisión al modelo iusnaturalista, provocada sobre todo por la ambivalencia estructural del propio mensaje, puesto que, según el significado concreto atribuido a la «naturaleza», el derecho natural podía propiciar notoriamente la emancipación del individuo (según J.-J. Rousseau), o bien legitimar el absolutismo político (según C.L. von Haller). Pero además, una consideración unitaria es desaconsejable por otros motivos, sobre todo porque los tres códigos maduraron en estructuras políticas que no son literalmente comparables, como lo eran las anteriores y las posteriores a las revoluciones burguesas. Comparten esta perplejidad, entre otros, también D. Klippel, «Die Philosophie der Gesetzgebung», en B. Dölemeyer/D. Klippel (eds.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, *Zeitschrift für historische Forschung*, Beiheft 22, Berlin 1998, pp. 225-247, especialmente 227, 229; U. Scarpelli, «Le molte “nature” del giusnaturalismo», en *Il sole. 24 Ore*, 7 de mayo de 1995; D. Majer, «Die französische Revolution als Hintergrund der europäischen Grundrechts- und Privatrechtsentwicklung», en H. Barta/R. Palme/W. Inghenaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Tagungsband des Martini-Colloquiums, Wien 1999, pp. 137-193, especialmente 172 ss. Al contrario, el intento más reciente de aclarar los influjos y las dependencias lo realiza H. Barta, «Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts in ihrem Verhältnis zum preussischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR (1794)», en Barta/Palme/Inghenaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, cit., pp. 321-441.

12 P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 37-38.

allá vuelven a aflorar, y nos dispusiéramos a seguirlos hasta desembocar en la carretera principal). Es más bien *la de nuestro concepto de código*, la de una noción que compartimos tácitamente (quizá, aunque no necesariamente, condicionados por las expectativas específicas de nuestro presente) y de la que nos servimos ahora para orientarnos en el laberinto en el que hemos desembocado sin darnos cuenta, ante todo para identificar y seleccionar nuestros materiales¹³. Así las cosas, nuestra mirada quedará seducida inevitablemente por hallazgos (reflexiones, intuiciones, proyectos) que, al prefigurarlas, parecen anticipar *nuestras opciones*. A ellas remiten de forma clara algunas características de las historias que aquí se comentan: por ejemplo, el hecho de que comiencen en momentos diferentes, se enfrenten a problemáticas heterogéneas e incluyan, eliminen y valoren hechos, episodios y situaciones, no precisamente a voluntad, sino a causa de la idea concreta que el historiador sitúa tácitamente como premisa de su historia¹⁴. Las consecuencias son previsibles e inevitables, porque una historia hilvanada de este modo confirma el presente y, por este motivo, conforta al investigador, no refleja ningún debate real, no descubre ninguna huella que pueda ser comprobada. Es, sencillamente,

13 Sobre los peligros de esta preselección, en la que incurren sistemáticamente, por ejemplo, los historiadores que quieren explicar el derecho privado actual tomando como referencia las fuentes romanas, véase P. Caroni, «La otra evidencia de la historia jurídica», en Íd., *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid 2010, pp. 55-87.

14 Para darse cuenta de ello bastaría con un rápido examen de los trabajos (desde luego muy estimulantes) incluidos en el volumen *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Pubblicazioni del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'Università degli studi di Napoli Federico II, vol. XII, Napoli 1998. Sobre la costumbre de remontarse al Código de Hammurabi y a toda la historia antigua como referencia de los comienzos del movimiento codificador, así como también sobre la perplejidad que esta transferencia puede, lógicamente, provocar, véase por último J. Gaudemet, «Codes collections compilations. Les leçons de l'histoire», *Droits* 24 (1996), pp. 3-16; E. Lévy (ed.), *La codification des lois dans l'Antiquité*, Actes du colloque de Strasbourg 27-29 novembre 1997, Strasbourg/Paris 2000, *passim* (y la reseñación en *RHDFE* 79 (2001), pp. 73-74); P. Caroni, «(De)Kodifikation: Wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten», en K.V. Malý/P. Caroni (eds.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, Praha 1998, pp. 31-46, especialmente 32-33; B. Dölemeyer, Art. «Kodifizierung/Kodifikation», en *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike, Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte*, Band 14, Stuttgart/Weimar 2000, pp. 1003-1004.

incontrable. Si no es un invento, y por lo tanto un engaño, es, por naturaleza, imaginaria¹⁵.

4. *Un bricolaje poco hábil (por antihistórico)*

Para convencerse de ello basta, por lo demás, con analizar el procedimiento seguido hasta ahora por los historiadores para hallar la base documental de sus investigaciones. Si me atrevo a hablar al respecto de un «montaje tosco» (o bien, si se prefiere, de un «bricolaje poco hábil») es porque me horroriza la despreocupación con la que extrapolan sus fuentes del contexto histórico, las separan de todo lo que las envolvía (pero sería más correcto decir: de todo lo que, condicionándolas, les confería su significado) y las utilizan con desenvoltura para documentar otra historia, precisamente la historia imaginaria de la que se hablaba. Mezclan y alinean según la conveniencia autores que han vivido en épocas y países distintos, que se aproximaron al tema de la codificación con una intención precisa o disertando en abstracto sobre el tema (de todos modos escabroso) de las fuentes del derecho, pero por razones políticas, económicas y filosóficas concretas; por razones que por ello no deben ignorarse sin ofender su historicidad. Si de verdad las tuviéramos en cuenta, si confirmásemos el peso que tuvieron históricamente, estaríamos obligados no a *alinear*, sino a *distinguir*, no evocaríamos continuidades, más temerarias que (solo) improbables.

Cito tres nombres, solo a título de ejemplo: François Hotman (1524-1590), G.W. Leibniz (1646-1716) y Jeremy Bentham (1748-1832).

15 Son innumerables las obras a las que me refiero aquí tácitamente cuando subrayo el peso (para mi excesivo) de una opción subjetiva explícita del historiador. Cito aquí a cuatro autores, por lo demás conocidísimos, que remiten a su vez a otras obras y a otros autores que siguen la misma línea: M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3ª ed., Torino 1967; Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale*, cit., *passim*; Íd., «Aspects de l'idée de codification», en *Rapports belges au VI. congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, pp. 41-54; F. Wieacker, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, cit., *passim*; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985 (y la recensión en la *ZNR* 10 [1988], pp. 126-127).

Son –también ellos– los protagonistas indiscutibles de la historia de la idea de la codificación. Parece útil disponerlos en orden, uno tras otro como se suele hacer, ya que indica implícitamente una progresión: parte de las intuiciones un poco fragmentarias aún del primero, se enriquece con la aportación iusfilosófica del segundo y culmina con el arreglo meditado y definitivo por obra del tercero. Pero, bien mirado, los tres vivieron en épocas diferentes, no se conocieron y, por lo demás, actuaron en contextos políticos y culturales que no son comparables. Todo lo que propusieron respecto al sistema de fuentes es difícilmente referible a una problemática idéntica por estar vinculado indisolublemente a esos contextos históricos.

Comencemos por Hotman. Vivió en la época de una monarquía, la francesa, en vías de convertirse en absoluta y por ello cada vez más reuelta a reivindicar el monopolio legislativo, así como a valorar el refuerzo político que le ofrecía el derecho romano, sobre todo por su (ambigua) subsidiariedad. Hotman, que se opuso a este régimen durante toda su vida, se opuso también a sus aspiraciones jurídicas, defendiendo –en sintonía con otros disidentes– un sistema legislativo completo, que aspiraba por consiguiente a superar el universalismo iusromanista. Formado de elementos heterogéneos (pero también previamente organizados, como lo exigía justamente el “état et forme de la république Française”¹⁶), dejaba espacio con generosidad a todas las costumbres locales que garantizaban privilegios y prerrogativas a los enemigos de la corona. Al fortalecerse ésta cada vez más, las demandas de Hotman quedaron, lógicamente, sin respuesta¹⁷.

Con Leibniz, el discurso toma otra dirección desde el principio. Los proyectos concretos, elaborados entre 1668 y 1688, avanzan de hecho sobre dos premisas: la adhesión incondicionada a la sustancia del derecho

16 El fragmento en su totalidad en Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 142-143.

17 Sobre la contribución de F. Hotman a la historia de la idea de código, véanse: J. Baron, *Fr. Hotmans Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert*, Bern 1888, *passim*; Orestano, *Introduzione*, cit., pp. 197 ss., 580 ss., 628 ss.; J.v. Kan, «F. Hotman en de Codificatiepolitiek van zijn Tijd», *TRG* 3 (1922), pp. 1-11; Piano Mortari, *Diritto nazionale*, cit., pp. 124 ss.; S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm/Uppsala/Göteborg 1960, p. 113; V. Vogel, *F. Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit*, Diss.iur., Freiburg i.Br./Münster 1960, *passim*.

vigente (que para Leibniz era aún principal –cuando no exclusivamente– el romano-común) y la crítica implacable a la forma que éste había adoptado a lo largo de los siglos, que el filósofo consideraba la causa de todos los desórdenes y abusos y sobre los que más tarde se extenderán los ilustrados. Por este motivo, Leibniz, próximo desde siempre a la vida cortesana y a las ambiciones políticas de una casa reinante, pero ajeno aún al voluntarismo legislativo, se contentó, simplemente, con volver a formular (*reconcinnatio*) el derecho vigente. Debía salvar íntegramente su sustancia pero, al mismo tiempo, conferirle el orden lógico que entonces sugerían las ciencias exactas, a las que ya se habían atenido los clásicos –siempre según Leibniz– de modo inconsciente. Era lógico que, en estas condiciones, el código se convirtiera en la piedra angular de un edificio bifronte en un equilibrio permanentemente inestable entre la confirmación del *status quo* y su superación racional¹⁸.

Y para terminar, Bentham, con su teoría de la codificación en la que muchos quisieron vislumbrar la meta insuperable de un camino largo y amargo, porque, al describir el código, lo quería completo, sistemático, claro y universalmente comprensible y también duradero. Sin embargo, no se puede olvidar que Bentham consideró la codificación como una estrategia exclusivamente transitoria, es decir, destinada a suprimir todos los obstáculos que impedían que el principio utilitarista (considerado por él como una auténtica «ley natural») arraigara y se expandiera. Si esta referencia constante a lo ineluctable de la ley natural le confería al proyecto un valor espacial más que considerable (pues el código se convertía así en el camino que se debía recorrer para instituir la igualdad de oportunidades, en defecto de la cual el principio utilitarista produciría efectos per-

18 Los proyectos de Leibniz, que despertaron el interés incluso de Savigny (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 127) han sido descritos y estudiados por: E. Molitor, «Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz», en *L'Europa e il diritto romano*, Studi Koschaker, I, Milano 1954, pp. 359 ss.; F. Sturm, «Das römische Recht in der Sicht von Leibniz», *Recht und Staat* Heft 348/349, Tübingen 1968; Baron, *Fr. Hotmans Antitribonian*, cit., pp. 29 ss.; H.-P. Schneider, «Der Plan einer "Jurisprudentia rationalis" bei Leibniz», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 52 (1966), pp. 553 ss.; K. Luig, «Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen», *Ius commune* 5 (1975), pp. 56-70; G. Otte, «Leibniz und die juristische Methode», *ZNR* 5 (1983), pp. 1-21; A. Völkl, «Die österreichische Kodifikation und das römische Recht», en Barta/Palme/Ingenhaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, cit., pp. 27-301, especialmente 281-283.

versos), su declarada transitoriedad lo fijaba singularmente en el tiempo, relativizándolo y convirtiéndolo quizá, una vez garantizada la igualdad de oportunidades, en un instrumento inservible y por ello superfluo¹⁹.

Cualquier comentario es superfluo pues, en realidad, no solo estamos ante tres teselas, sino también –y esto me parece mucho más decisivo– ante tres mosaicos diferentes. Si algo demuestran, colocados uno junto a otro, es quizá lo justificado de la pregunta ¿pero existe verdaderamente la historia de la idea de la codificación²⁰? ¿No se puede pensar, más bien, en algún aspecto (importante o marginal pero, en todo caso, nunca aislado y autónomo) de la historia social, respecto a la historia de las sociedades concretas que, justamente al optar por la codificación aspiraron a garantizar nuevos equilibrios políticos y sociales? Considero que no es una pregunta pacífica. Pero no creo que sea útil omitirla, porque incluso, bien mirado, atañe en igual medida a otras teorías y situaciones jurídicas cuya historia querremos gestionar e investigar de forma autónoma, como si fuese nuestra exclusiva prerrogativa. Por citar un ejemplo, como la de la legislación²¹.

19 Sobre estos aspectos centrales en la reflexión de Bentham, dan información: W. Teubner, *Kodifikation und Rechtsreform in England*, Berlin 1974, pp. 132-144; J. Vanderlinden, «Code et codification dans la pensée de J. Bentham», *TRG* 32 (1964), pp. 45-78; Gagnér, *Studien*, cit., pp. 91 ss.; F. Terré, «La codification», *European Review of Private Law* 1 (1993), pp. 31-46, especialmente 35 ss.; S. Solimano, *Verso il code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998, pp. 69-87; M.E. Schankankir, *La philosophie juridique de J. Bentham*, Paris, 1970, *passim*; G.A. Weiss, «The Enchantment of codification in the Common-Law World», *The Yale Journal of International Law* 25 (2000), pp. 435-532, especialmente 476-480. Respecto a la conocida controversia entre Josef Lukas y Julius Hatschek sobre la coherencia (*Geschlossenheit*) del sistema codificador propuesto por Bentham, baste aquí con remitir a los trabajos conclusivos de los protagonistas en *Archiv für öffentliches Recht* 24 (1909), pp. 442 ss. y 26 (1910), pp. 67 ss., 458 ss., 465 ss.

20 Las primeras reflexiones al respecto supra, pp. 245 ss.

21 Al escribirlo, pienso sobre todo en el trabajo de W. Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 3ª ed., Göttingen 1988, con la que se ha ensañado recientemente M.T. Fögen, «Morsche Wurzeln und späte Früchte. Notizen zum Gesetzesbegriff der deutschen Rechtsgeschichte», *Rechtshistorisches Journal* 6 (1987), pp. 349 ss., no preocupándose demasiado por limitar los daños, si bien es cierto que alguno de los autores así denunciados consideró necesario defenderse. Es elegante y agrisado la réplica de B. Diestelkamp, «“An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen”. Oder: wie steht es mit der Kritik am Gesetzesbegriff der deutschen Rechtsgeschichte?», *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), pp. 427-434.

5. ¿Cómo recibir el mensaje de la codificación?

Pero queda un último punto, como si no bastasen las dudas formuladas hasta ahora. Se refiere a la postura generalmente adoptada en orden a las dos historias descritas poco antes²². Prefiere inclinarse por la primera, quizá por considerarla más clásica, más jurídica, más refinada o intelectual; por lo demás, no soy yo quien ha llamado “historia intelectual” a este fragmento específico de la historia de la ciencia jurídica europea²³. En compensación, minimiza la segunda, negándole, si no la existencia, al menos la originalidad. No excluyo que esta preferencia sea precisamente el origen de una singular –y no precisamente incontestable– división del trabajo entre el historiador del derecho y el local, considerándose el primero destinado naturalmente a reconstruir de modo exclusivo la historia de los dogmas jurídicos²⁴, y el segundo a describir los cambios provocados

22 *Supra*, nota 2.

23 H. Coing, «An intellectual History of European Codification in the eighteenth and nineteenth Centuries», en S.J. Stoljar (ed.), *Problems of Codification*, Canberra 1977, pp. 16-33. Este trabajo resume y simplifica ulteriormente argumentos que el autor presentó en el tercer congreso internacional de la Sociedad italiana de Historia del derecho: «Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del III congreso internazionale, Firenze 1977, III, pp. 797-817, en el que, sin embargo, el acento se ponía sobre el plano (intelectual) de la “Diskussion”, manteniendo que la codificación moderna debía considerarse como “Ergebnis einer langen, über ganz Europa hinweg geführten Diskussion [...], die schliesslich zu einer vollkommenen Theorie der Gesetzgebung führte” (*ibidem*, p. 799); y que, lógicamente, en esta discusión había que descartar las interferencias del mundo social. De modo explícito: “Das Programm der Kodifikation war im Grunde genommen schon fertig, als die industrielle Revolution in England begann” (*ibidem*, p. 817). Es muy cierto que el autor no niega que en este contexto también “die Ergebnisse in der Realität in vielen Punkten anders gewesen (sind), als die Theorie es erwartet hatte” (*ibidem*, p. 817). Pero esto no perturba su serenidad, dado que los interrogantes que pueden derivar de ello “gehören nicht mehr zu meinem Thema” (*ibidem*, p. 817).

24 ¿Cómo no recordar, por ejemplo, a P. Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique», *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986), pp. 3-19, especialmente p. 3?: “La science juridique telle que la conçoivent les juristes, et notamment les historiens du droit qui identifient l’histoire du droit à l’histoire du développement interne de ses concepts et de ses méthodes, appréhende le droit comme un système clos et autonome, dont le développement ne peut être compris que selon sa dynamique interne”.

en las sociedades históricas por las reglas inspiradas en la teoría y selladas por el código.

¿Cuáles son los motivos de este descrédito? A falta de respuestas compartidas unánimemente, basten por ahora estas suposiciones: quizá la idea de que la historia social es poco atractiva, pues, como “desembocadura natural” de la primera, sigue necesariamente un *iter* ejecutivo y aplicativo, en esencia previsible y repetitivo, carente de sorpresas e imprevistos y por lo tanto de originalidad; un *iter* que el historiador debería contentarse con registrar pasivamente, del mismo modo que el ejecutor testamentario recibe (y luego sigue con exactitud) la última voluntad del *decius*.

Esta última metáfora descubre que acaso en la tácita condena de la historia social se encuentra también la postura típica del jurista educado en el régimen de la codificación; es decir, de un jurista halagado (pero también obsesionado) hasta tal punto por la ubicuidad y la incumbencia del derecho positivo que considera que éste, una vez promulgado, se habría transformado automáticamente en realidad, una realidad reflejo de la regla²⁵; y que interpretarlo significaría repetir continua y pasivamente sus valores, del mismo modo que un fonógrafo hace sonar fielmente la música, precisamente la que se grabó y tal como se grabó²⁶.

Quien argumenta así probablemente se equivoca. Quizá se engaña pues ignora esa ley en cuya virtud en la comunicación social todo sucede

25 Intenta aclarar los motivos de esta latencia, típica de los historiadores del derecho, B. Diestelkamp, «Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert –aufgezeigt am Beispiel der oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572», en *Rechtshistorische Studien*. Hans Thieme zum 70. Geburtstag, Köln/Wien 1977, pp. 1-33, especialmente 2-3 (con la nota 10) y 33. Similares reflexiones se encuentran ahora en E. Dezza, «L'applicazione dello statuto nell'età del tardo diritto comune: la testimonianza di Flavio Torti», en P. Caroni (ed.), *Dal dedalo statutario*, Atti dell'incontro di studio dedicato agli Statuti, novembre 1993, *Archivio Storico Ticinese* 32 (1995), pp. 237-260; P. Caroni, “Consuetudo: Eine Einleitung”, en *Commentationes Historiae iuris Helveticae*, 6 (2010), pp. 1-12, especialmente 10-11. También en este contexto, es valiosa la observación de P. Bourdieu, según la cual “la règle n'est pas automatiquement efficace par soi seule [...] elle oblige à se demander à quelle condition elle peut être efficace” (P. Bourdieu, «Habitue, Code et codification», *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 [1986], pp. 40-45, la cita en p. 40).

26 Al citar esta metáfora un tanto desquiciada, aludo obviamente a las espléndidas páginas de F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1957, en particular pp. 260-261.

más allá de las intenciones, de las instrucciones e incluso de los buenos propósitos de quien remite el mensaje. Ya lo intuyó Platón en Fedro²⁷ y la hermenéutica moderna lo redescubrió y lo confirmó con energía²⁸. Es pues decisiva la postura del destinatario, que «recibe» necesariamente a medida de su subjetividad y que preexiste a la transmisión (razón por la que se habla de *precomprensión*) y por eso determina autónomamente el significado del mensaje, incluso cuando el destinatario se propuso atenerse rigurosamente a las intenciones expresadas por el remitente, puesto que también éstas son necesariamente captadas y comprendidas conforme al mundo subjetivo del destinatario. Esto ha permitido afirmar que, en definitiva, todos los mensajes llegan deformados, que un libro es en realidad inventado por el lector²⁹, una película por el espectador, etc., como lo confirma el examen atento de nuestra reducida experiencia cotidiana.

Cuando el mensaje consiste en una ley, actúan obviamente las mismas «insidias»: la sociedad a la que va destinada, aun aplicándola convencida de transponerla tal cual, esto es, siguiendo las directrices rígidas y vinculantes del legislador, en realidad se apropia de ella según sus

27 Platón, *Fedro*, 275 D/E.

28 Es habitual la remisión a H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (Gesammelte Werke, I)*, Tübingen 1990, *passim*, especialmente p. 270 ss., así como a las obras de los discípulos que han valorado sus intuiciones en el terreno específico del derecho, como por ejemplo J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main 1970; D. Maná, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne 1985, especialmente pp. 167 ss., 260-266. Sobre la distancia entre esta teoría hermenéutica y la que su época siguió E. Betti (*Teoria generale dell'interpretazione*, 1955, reed., Milano 1990), se han acumulado en el último decenio los comentarios, las condenas y las adhesiones. Véanse, por ejemplo, V. Rizzo (ed.), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Napoli 1991; V. Frosini, F. Riccobono (eds.), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano 1994; G. Crifò, «Emilio Betti und die juristische Hermeneutik», en H.J. Adriaanse/R. Enskat (eds.), *Fremdheit und Vertrautheit. Hermeneutik im europäischen Kontext*, Leuven 2000, pp. 365-378; T. Griffero, *Interpretare. L'ermeneutica di Emilio Betti*, Torino 1988. Una opinión serena y compartible sobre la célebre polémica se encuentra ahora en M. Bretonne, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, nueva ed. ampliada, Roma/Bari 1999, pp. 167-178.

29 Éste es el significado de la tan citada intuición de M. Proust: “En réalité chaque lecteur est, quand il lit, le propre lecteur de soi-même” (*À la recherche du temps perdu*, III, Paris 1954, Bibliothèque de la Pléiade, p. 911, pero en realidad antes 882 ss. y 888 ss.).

propias necesidades. La alterará sin quererlo, la interpretará automáticamente basándose en sus valores y en sus parámetros; desde su óptica, preferirá imperceptiblemente ciertos aspectos, y de modo igualmente imperceptible no verá otros. Por eso los pondrá en práctica de suerte que se correspondan implícitamente con las expectativas y los intereses de los sectores sociales dominantes. Todo esto, es bueno recordarlo, sucederá *necesariamente*: esto es, no durante una deliberación explícita destinada a relativizar de golpe el impacto social de la legislación, sino porque así lo quiere la ineludible realidad de la precomprensión³⁰.

Todas estas reflexiones se adaptan también, obviamente, al tema de los códigos: sería, cuando menos, ingenuo creer que una sociedad deseosa de reelaborar radicalmente su derecho, o al menos de modificar parcialmente su sustancia, se entrega a una estrategia codificadora porque está fascinada por sus orígenes históricos o íntimamente convencida de su superioridad teórica y dogmática; y que luego, con el paso del tiempo, se siente moralmente constreñida a atenerse a ella y a seguirla solo por una «razón de principios» que no demuestra ser útil en la realidad. Pero la realidad –justamente– rechaza de manera clamorosa estas ingenuidades. Sabe de Estados que, aun habiendo decidido renunciar al antiguo sistema de fuentes para emprender a partir de ese momento el camino de la codificación, encuentran obstáculos y oposiciones de distinta naturaleza y se contentan por ello con una transición lenta, controvertida o parcial, obviamente menos eficaz y fulminante que la prevista inicialmente. Descubre además que la transición puede ser solo aparente allí donde es neutralizada por ardidés, concesiones y reincidencias que impiden el arraigo de las innovaciones previstas por el código³¹.

Quien le da un trato de favor a la historia teórica y, por eso, reflexiona preferente sobre la elaboración del concepto de código no apreciará de-

30 La opinión contraria, más extendida por lo demás que la profesada en el texto, puede verse, por ejemplo, en C. Cremonini, «Il codice: breve viaggio attorno ad un'idea», *Studi parmensi* 29, Milano (1981), pp. 95-139, especialmente pp. 112 y sobre todo 116, donde la elaboración y la promulgación del Código civil italiano de 1865 se resumen así: "Todo ocurrió con gran facilidad, sin obstáculos o incertidumbres: las ideas confluyeron tal cual en su realización, sin sufrir distorsiones o deformaciones. Ideológicamente, la codificación de 1865, así como otras realizadas en Europa en aquellos años, no aportó absolutamente nada nuevo, pero diría más bien que, en conjunto, todas ellas se disputaban la primacía por realizar con mayor fidelidad las ideas que ya conocemos".

31 Profundizo en estas situaciones en los trabajos citados *infra*, notas 38 y 39.

masiado estas extravagancias. O bien se contentará con comprobar la distancia entre teoría y realidad (y lo hará con la frialdad desconcertada del contable que descubre una irregularidad); o bien denunciará el «error» y acusará al destinatario (además sin merecerlo) de haber malinterpretado un mensaje en verdad unívoco e incontestable y, en consecuencia de haber reaccionado torpemente.

Por el contrario, quien observa todas estas irregularidades bajo la óptica de la historia social, tiene en cuenta las sugerencias hermenéuticas que se acaban de mencionar y reaccionará de modo diferente. Dando por descontada su existencia y evitando todo moralismo, tratará más bien de comprenderlas. Porque al fin y al cabo, los retrasos, las reticencias, las concesiones y las reincidencias no son vulgares «errores» que haya que reprochar, sino «respuestas» que deben tomarse en serio. Remiten, de hecho, a exigencias económicas, políticas y culturales que surgen en el seno de una sociedad histórica, ponen en evidencia sus antagonismos visibles o latentes y exigen ser debidamente consideradas.

6. *Unas conclusiones ahora ya obvias*

¿Por qué merecen atención los argumentos aducidos hasta aquí para sostener nuestras perplejidades³²? Porque al descubrir implícitamente nuevos temas, modifican los antiguos equilibrios y nos invitan a nuevas valoraciones que, en general, revalorizan la historia social del código y relativizan, sin negarla del todo, la conceptual. Incluso si en el futuro se cultivara con mayor respeto a la historicidad de las fuentes (lo que es necesario y por eso factible) nos dejaría no obstante en suspenso, preguntándonos por la «realidad» de las intuiciones, los proyectos y las visiones sepultadas a perpetuidad en las obras de los sabios. Pero en verdad, como he intentado mostrar, percibimos esta historia solo *ex post*, solo en el marco de la actuación práctica, siendo ésta, indiscutiblemente, la salida declarada (y natural) de toda estrategia codificadora. Solo en el momento en que surge alguna reivindicación política, primero en el plano social, más tarde como argumento de debate científico y, finalmente, en el ámbito de la discusión parlamentaria de un proyecto concreto, solo en este momento, *a través (pero también dentro de los límites) de estas experiencias*, aparece por

32 *Supra*, p. 251 notas 3-5.

primera vez una historia dogmática de la codificación, cuestión que merece reflexión y digna de ser examinada a fondo. Y como si todo esto no bastara para justificar el cambio de la ruta seguida hasta ahora, no se puede negar que solo la historia social permite descubrir la base material de los códigos³³, para cotejar todo lo que realmente provocaron, facilitaron e impidieron una vez promulgados; solo así, respecto a la base de estos hallazgos sumamente concretos, siendo posible un discurso, no sobre la trayectoria de las ideas vagantes o sobre la utilidad de los fantasmas, sino sobre la porción de realidad que una determinada sociedad decide regular codificando el derecho.

7. Una aplicación concreta

A quien me preguntase a continuación –como ya ha ocurrido– por qué me dedico con singular determinación a distinguir dos historias sin, no obstante, separarlas, le respondería cándidamente: porque, al hacerlo así, la mirada *también* ve y descubre a veces cosas hasta ahora ignoradas³⁴, como intento demostrar ahora volviendo a proponer una cuestión que ya provocó (y aún provoca) respuestas muy dispares: la que estudia el potencial innovador de los códigos³⁵. Podría formularse así: ¿se contentaron los códigos con volver a formular reglas jurídicas preexistentes, dejando intacta su sustancia –como sostienen, por ejemplo, los romanistas cuando catalogan con satisfacción las numerosas reglas de los códigos, sacadas a

33 Sobre las posibles consecuencias de este descubrimiento, Caroni, *La soledad*, cit., pp. 80 ss.

34 He tratado de reflexionar sobre estas cosas en Caroni, *La soledad*, cit., pp. 78-79.

35 Yo también he intentado, y más de una vez, resolver esta difícil cuestión; uniéndome tal vez a las intuiciones de Savigny y, por lo tanto, subrayando el carácter inexorablemente innovador de los códigos (supra, pp. 3-9, 132-135, 189 ss., 195 ss.; “*Privatrecht*”: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Genf/München 1999, pp. 73-75); optando otras veces por la continuidad: si no por la celebrada por muchos romanistas, sí por la que (más sumisa pero verosímilmente más eficaz) garantizaba al código un contexto pedagógico e interpretativo tradicional (supra, pp. 137 ss., 205 ss.) No rechazo hoy ninguna de estas versiones. Más bien las considero parciales y por ello incompletas. Y trato precisamente de hacerlas confluir en la respuesta que propone el texto (al menos más equilibrada).

la fuerza del derecho clásico–, o bien las modificaron también materialmente, como creen más bien los historiadores que vinculan la experiencia codificadora a las revoluciones burguesas?

Si tenemos en cuenta las reflexiones expuestas hasta ahora, no responderemos, como siempre se ha hecho, de modo taxativo, sino justamente distinguiendo y diferenciando. Desde una óptica teórico-conceptual y por lo tanto típica de la que he llamado historia de los conceptos, los códigos estaban destinados de modo incontrovertible a innovar radicalmente. Así lo dispone una serie de razones que rechazan todas ellas *a limine* la hipótesis de la continuidad. Han sido enumeradas muchas veces y aquí quiero solo resumirlas: en primer lugar, la clara determinación del código de monopolizar toda la información relativa a las fuentes del derecho vigente, acabando así radicalmente con (y, correlativamente, haciendo superfluos) los análisis históricos típicos del sistema precedente³⁶. En segundo lugar, la instauración de un nuevo orden formal y la ley de la interdependencia que derivaba de él, en virtud de la cual el sentido concreto de las reglas del código, tanto de las ya practicadas como de las recién adquiridas, se determinaba ahora preferiblemente por la posición ocupada en relación con la autoridad que se les asignaba en este nuevo universo. Por ello se puede deducir que, al presentarse ya como un repertorio seguro del derecho vigente y al encerrar los elementos que lo constituían, el código cortaba el contacto con el pasado, incluso con el de la cultura jurídica, desorientada y, en todo caso, reacia (por no estar preparada) a sostenerlo. Estaba condenado a volver comenzar de cero. Dadas estas premisas, innovar ya no era una opción, sino un resultado inevitable³⁷.

36 Lo ha confirmado recientemente de modo sugestivo Legrand, *Le droit comparé*, cit., p. 83: «Avant le 21 mars 1804, pour retenir le cas du droit civil français, il y a l'histoire du droit. Puis, il y a le droit, qui arrive à sa date. A compter de cette date, par la volonté du législateur (qu'on peut nommer) et à la suite d'un projet de rédaction par des juristes (qu'on peut identifier), des notions, des catégories, des textes apparaissent et sont sanctionnés par l'Etat comme ayant force de loi. Par le code civil –“un recueil d'ordres donnés par le maître de l'Etat” écrit Mallieux– intervient, en d'autres mots, une fin de l'histoire». Por otra parte, no creo inútil insistir sobre todo lo que, de modo paradójico, olvidamos: que precisamente sólo este corte epistemológico constituyó la premisa de una historia jurídica por fin autónoma, libre de cargas prácticas. Véase al respecto supra, p. 221.

37 Ya hablé de ello *supra*, pp. 194 ss., poniendo de relieve un pasaje en particular de E. Boutmy que todavía considero apropiado. A este autor se refiere también con

Pero si, resistiendo a la seducción tradicionalmente ejercida por los conceptos, echamos una ojeada a los códigos realmente elaborados y sancionados, a las reacciones que surgieron por su entrada en vigor, al impacto que tuvieron en esas sociedades que aspiraban a regular inspirándose en nuevos modelos y favoreciendo nuevas alianzas, es decir, si, en una palabra, dejamos espacio también para la otra historia, oiremos desde luego una música diferente. La historia social que quiero evocar de este modo descubre, en efecto, situaciones que más bien parecen reflejar de modo especular la realidad anterior a la codificación o, al menos, domesticar la transición: confirman (explícita y tácitamente) el papel subsidiario del derecho común y por ello intentan, ocasionalmente, «leer» el código como un elemento (marginal y ocasionalmente rebelde, pero dispuesto a reformarse) del antiguo sistema de fuentes; sancionan tal vez el valor predominante de leyes y costumbres locales³⁸; toleran, al menos provisionalmente, la existencia de reglas e instituciones que difícilmente pueden referirse a las opciones jurídico-políticas dispuestas como fundamento del código³⁹. Es lógico que todo esto permita confirmar la continuidad; una continuidad que toma posesión a despecho de las profecías revolucio-

frecuencia Legrand, *Le droit comparé*, cit., pp. 18, 40, 76, 115. Pero podrían citarse también otros juristas que, antes o después que Boumy, manifestaron las mismas certezas. Como, por ejemplo, C. Brocher, *Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialement du Code civil français*, Genève 1862, *passim*, especialmente pp. 74-75: "C'est là, je n'hésite pas à le dire, une grande supériorité du Code civil sur les législations qui ont adopté le système opposé. C'est avec raison que le Conseil d'Etat a refusé de conserver l'ancien droit avec une autorité subsidiaire invocable au sujet des questions et des cas qui ne se trouveraient pas décidés par le code civil, comme le proposait le consul Cambacérès. Cette décision était seule conforme au système de codification; car, avec un ensemble des lois qui doit former tout un code civil, c'est-à-dire régler systématiquement tout ce qui tient au droit civil d'un peuple, il est impossible d'admettre une législation subsidiaire". Han insistido recientemente en el hecho de que los códigos entendían eliminar la historicidad de las reglas que proponían G. Dilcher, «Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft», *Archiv für civilistische Praxis* 184 (1984), pp. 247-288, especialmente 266-268; R. Ogorek, «Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)», en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1994, pp. 12-99, especialmente p. 16.

38 Detalles al respecto *supra*, pp. 141-158, 221 ss.

39 Se citan casos concretos en *supra*, pp. 194, 199-200, con las obras citadas en las notas 60, 68, 69.

narias tan frecuente y voluntariamente concedidas a los códigos. Y que, si no es la regla, tampoco es la excepción única e irrepetible que algunos quisieran.

8. *El tiempo que pasa*

Sería obvio conectar todas estas reflexiones con el contexto específico de la codificación, ya que ha sido su causa inmediata. Obvio, pero quizá erróneo; porque en realidad, cuanto he recordado sobre la necesidad de distinguir entre una historia de conceptos que surgen lentamente y otra de conceptos que, en contacto con la sociedad (por desgracia) se descoloran, así como sobre la utilidad, tras haberlas distinguido, de no separar estos dos momentos, sino de examinarlos con perspectiva para obtener de ellos alguna enseñanza útil, no tiene, en mi opinión, este valor reducido. Nos incita a reflexionar constantemente sobre el tiempo, sobre el “tiempo que pasa y arruina las cosas. (Sobre) el tiempo que transcurre, que pasa entre una cosa y otra, entre la intención y la actuación, entre la idea y las pulsaciones de los dedos sobre las teclas. (Sobre) el tiempo que da ritmo a la idea, pero mientras le da forma la deforma. (Sobre) el tiempo que te hace perder el hermoso pensamiento que tuviste. (Sobre) el tiempo que se interpone entre una idea de sociedad y su realización”, como digo ahora robándole las palabras al poeta⁴⁰.

De ello se deduce que las enseñanzas inspiradas en esta contraposición trastornan un poco toda la historia de la ciencia jurídica, la obligan a enfrentarse a la realidad y a las «deformaciones» que esta descubre despiadadamente (o denuncia de modo saludable). La incitan a no contentarse con reconstruir los mecanismos y celebrar las teorías que explican su funcionamiento, *sino a mirar más allá*: a ocuparse también de la arena que el viento (del tiempo) levanta continuamente y arroja entre las ruedas del mecanismo, frenándolo o incluso bloqueándolo.

Pues bien, todo esto sucede también en orden a otros muchos «descubrimientos» típicos del vocabulario jurídico burgués que remiten todos ellos, mejor o peor –como por lo demás el principio de la codifica-

⁴⁰ Así D. Scarpa, en la reseña en las páginas del *Indice dei libri del mese* del libro de G. D’Elia, *Congedo dalla vecchia Olivetti*, Torino 1996 (*L’Indice*, julio de 1996, p. 34).

ción–, a «conquistas» indudables del derecho privado posrevolucionario. Cito, para dar algunos ejemplos: la unificación territorial del derecho, la generalización del sujeto jurídico, el principio de autonomía privada, el de libertad contractual, la concepción individualista, exclusiva y absoluta de la propiedad privada. Así pues, también frente a estos soportes del nuevo derecho privado es urgente distinguir entre la elaboración teórica y la realización práctica, ya que solo la doble mirada así propuesta permite percibir la distancia entre el valor abstracto y absoluto de todas estas posiciones y el servicio práctico que estuvieron (y están) destinadas concretamente a llevar a cabo; que es también, en definitiva, la distancia entre una historia que se alimenta más de imágenes que de concreción, pero que, en compensación, sitúa las propias convicciones y los propios descubrimientos entre los «derechos fundamentales» y exhorta a su uso conmemorativo y a un balance sin duda más modesto de los ajustes, de todos los compromisos y de las limitaciones concretas que la sociedad inflige a los enunciados abstractos para que se inserten en un mecanismo, permitiendo o agilizando su funcionamiento según lo prefiera quien, de modo más o menos ocasional, pueda intervenir en las decisiones⁴¹. Quien opte por concentrarse en este espectáculo porque hasta ahora ha sido descuidado, quien, por lo tanto, reflexione preferentemente sobre las alteraciones que

41 Todas estas cosas pueden demostrarse con facilidad volviendo a proponer el ejemplo de reconocimiento generalizado de la cualidad de sujeto jurídico, como se confirmó también de forma lapidaria en el art. 11 del Código civil suizo de 1907: “Toda persona goza de derechos civiles”. Nacida indiscutiblemente del pensamiento iusnaturalista –que consideraba la subjetividad jurídica como un derecho innato (ius connatum) pero condenada precisamente por este hecho a agotarse en (o a limitarse a) un reconocimiento puramente formal– la generalización aquí mencionada muestra con toda la claridad deseable la profundidad del abismo abierto entre el programa y su realización concreta; esto es, entre una reivindicación emancipadora de modo incontestable (que ha sido valorada en consecuencia y que merece por ello todo nuestro respeto) y el uso concreto al que se pliega con rapidez por la lógica del mercado capitalista. Esto no tenía de emancipador ni siquiera el nombre, aunque es verdad que se sirvió precisamente de esta atribución para obligar a todos a frecuentar el mercado, a fin de garantizar un disfrute óptimo de las desigualdades existentes entre los diferentes protagonistas. ¿Es también ésta una hipertrofia?

El mismo argumento es también aplicable, obviamente, a otros postulados que, aun de muy noble extracción, fueron luego nuevamente dimensionados de modo despiadado en el momento de su puesta en práctica. Las reivindicaciones jurídicas de la ilustración, así como otras muchas aspiraciones iusnaturalistas, no son sino los ejemplos más conocidos de ello.

de ello derivan para los grandes principios⁴², evitará –pudiéndolo– discursos y descripciones rimbombantes. Ante la desventura (por no decir falta de prejuicios) con la que la sociedad burguesa y el mercado a ella inherente (que por ello la resume simbólicamente) utilizaron todas estas nociones *abstractas* para conseguir cuanto reivindicaban *en concreto*, y tras haber comprobado que tampoco desdeñaron *renegar* de todas estas proclamadas conquistas si con ello se podía facilitar la plena realización del ambicioso programa económico burgués⁴³ –mostrando en qué consis-

42 Es innegable que hoy en día este punto de vista, hasta ahora increíblemente marginal, cuando no totalmente ignorado, está recuperando posiciones con rapidez. Me lo confirma también, entre otras cosas, el subtítulo de un trabajo recién publicado en una revista abierta programáticamente a la visión aquí indicada: I. Gilcher-Holtey, «Die Nacht des 4. August 1789 im Schnittpunkt von Aufklärung und Revolution. Zur Sozialrelevanz von Ideen», *Geschichte und Gesellschaft* 27 (2001), pp. 68-86.

43 La alusión recuerda, obviamente, el ejemplo más llamativo de este viraje, que se refiere a la libertad de concluir contratos, que hace ya cien años J. Joyce denunció con esta fórmula lapidaria: «El orden competitivo se vuelve contra sí mismo» (J. J., *Ritratto dell' artista*, 1904, en J. J., *Racconti e romanzi*, Milano 1974, pp. 533 ss., la cita en p. 541). Ciertamente, no puede perjudicar algún comentario al respecto: K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino 1974, pp. 189-190, 192-193, 210; E. Schulin (ed.), *Gespräche mit Rathenau*, München 1980, pp. 371-376; Neumann, *Lo stato democratico*, cit., p. 266-267. Pero no está de más añadir que si hace un siglo esa verdad podía aún parecer blasfema (y por ello era ocasionalmente demonizada), hoy se lee incluso en los diarios de clásica inspiración liberal, en la formulación que le confieren plumas de indiscutible (e indudable) prestigio. Así pues, leo en la *Neue Zürcher Zeitung* del 5/6 de mayo de 2001, p. 80, en una intervención de E.-W. Böckenförde bajo el título «Bedürftigkeit und Selbstbestimmung. Recht und Menschenbild in historischer Perspektive»: “Nun liess das so gestaltete Recht von seinem Bauprinzip her Probleme aussser sich, die es selbst hervorbrachte. Zwar mochte man meinen, ein Recht, das die freie, autonom handelnde Person in den Mittelpunkt stellt und korrekt die Grenzen der gleichen Freiheit aller festlegt, habe das Notwendige und Richtige für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen getan, es komme nur darauf an, das so Geschaffene festzuhalten und in die Lebenspraxis hinein umzusetzen. Doch war das ein undialektisches Denken, das übersah, welche wirtschaftliche und gesellschaftliche Bewegung eine solche Rechtsordnung freisetzte. Eine Rechtsordnung nämlich, die ihre Grundverfassung in der Rechtsgleichheit und Freiheit der Person, in der allgemeinen Erwerbs- und Vertragsfreiheit sowie der Garantie des erworbenen Eigentums einschliesslich des Erbrechts hat, setzt dynamische Erwerbsprozesse in Gang, in denen gerade die natürliche und besitzbestimmte Ungleichheit der Menschen –die Ungleichheit an Begabung, Bildung, Arbeits- und Einsatzbereitschaft– zur vollen Entfaltung kommt. Die Garantie des erworbenen Eigentums sichert den unterschiedlichen Ertrag dieser Entfal-

tía «la paradoja de Occidente»⁴⁴–, sencillamente, les faltará el valor para ello.

tung, das Erbrecht übermittelt ihn in die nächste Generation. Soziale Ungleichheit unter den Menschen ist somit die notwendige Folge einer im Ansatz auf Freiheit und Rechtsgleichheit aufgebauten Rechtsordnung. Tendenziell wird so für eine wachsende Zahl von Menschen die allen gewährleistete gleiche rechtliche Freiheit zur leeren Form, weil ihnen die sozialen Voraussetzungen zur Realisierung dieser Freiheit fehlen; soziale Ungleichheit geht über in soziale Unfreiheit”.

44 “Le paradoxe de l’Occident réside dans sa faculté à produire des universaux, à les ériger au rang d’absolus, à violer avec un fascinant esprit de système les principes qu’il en tire, et à ressentir la nécessité d’élaborer les justifications théoriques de ces violations”: en este sentido S. Bessis, *L’Occident et les autres. Histoire d’une suprématie*, Paris 2001, p. 10.

CUANDO SE AGOTA EL CICLO DE LAS COMPILACIONES: LA LLEGADA DEL CÓDIGO EN EL SIGLO XIX

1. *Aclaraciones preliminares*

Parecen, más que útiles, necesarias algunas aclaraciones preliminares, aunque no sea más que para disipar las eventuales dudas respecto al papel que adopto inconscientemente por el simple hecho de ser el último en intervenir, hecho que me obliga a una doble precisión.

La primera, para confirmar que mi tarea no es resumir, y menos aún trazar una línea o teorizar sobre una conexión entre las distintas tesis expuestas hasta ahora por los ponentes, ya sea porque carecería de competencia para ello, ya sea porque parece poco probable la propia existencia de un nexo lineal plausible entre las versiones que han ido presentándose. Si hablo al final es solo porque así lo quiere la cronología histórica. También podría añadir, no sin ironía, que hablo al final por el mismo motivo por el cual Aquilino Iglesia ha hablado el primero. Mientras Aquilino se ocupa profesionalmente de los comienzos, yo me ocupo (espero que también profesionalmente) del final, es decir, de la conclusión de un ciclo. Así y solo así puede entenderse e interpretarse el título de mi ponencia, que se propone enfocar el último estadio de una evolución que *comienza* en el siglo XIII con las compilaciones, *continúa* durante los siglos XV-XVI con las recopilaciones y *concluye* precisamente en el siglo XIX con la elaboración y la promulgación de los primeros códigos. Se consigue con ello que el período del que deseo ocuparme, y que también está más próximo, casi nos arrolle, porque hace fluir en el presente tanto las antiguas esperanzas como las nuevas aspiraciones: quizá solo por esto nos interroga también de distinto modo.

La segunda, para precisar mis intenciones de modo inequívoco: al

reflexionar aquí sobre la llegada del código, opto por contraponerlo –como algo sustancialmente “diferente”– a todas las estrategias legislativas que le precedieron y que han sido presentadas y discutidas con abundantes argumentos a lo largo del Coloquio. Con ello no creo estar negando la existencia de diferencias (a veces significativas) entre estas estrategias remotas, así como entre sus correspondientes resultados concretos. Al contrario, me parece que las ponencias presentadas hasta ahora aconsejan mucha prudencia al respecto, al resultar, por ejemplo, tantas e innegables las diferencias entre la “legislación” medieval y la “legislación” moderna, entre la eclesiástica y la laica, etc. Pero también es verdad que, desde la perspectiva que hago mía, todas estas distinciones son relativizadas por una contraposición aún más drástica: la del código y las elaboraciones legislativas que le precedieron; como, por lo demás, anticipa el título de mi ponencia, pues admite implícitamente que el código, al llegar, ni confirma ni renueva una tradición, sino que más bien concluye un periodo e inaugura otro. Esto es, pasa página.

Sólo puede afirmarlo quien de verdad vea en él algo nuevo, “distinto” de todas las experiencias “legislativas” precedentes; sólo quien lo considere un expediente, casi tan solo una estratagema destinada a la renovación del derecho y a hacerlo caminar a partir de nuevas premisas. Por eso, el esfuerzo que se me pide, me doy cuenta de ello, es mostrar precisamente en qué consiste la novedad, explicar por qué el código –a menudo inconscientemente, pero desde luego siempre– innova.

2. *Las viejas reglas*

Quien se ha enfrentado hasta ahora a nuestro interrogante, considerado por algunos incluso aporético, lo ha hecho preferiblemente argumentando sobre el *contenido* de los códigos, esto es, sobre el significado concreto que adoptaron las reglas sancionadas por ellos. Los cultivadores del derecho romano-común obtuvieron en seguida de ello un motivo de íntima satisfacción, como por lo demás era fácilmente previsible, porque las reglas de los códigos les descubrían en seguida abundantes e incontestables influencias romanistas, remitían directa o indirectamente a los fragmentos del Digesto, a las glosas de Acursio o a los comentarios de Bártolo, a los dictámenes de Alciato o, finalmente, a las obras de Domat y de Pothier.

Y de este modo permitían confirmar la continuidad entre lo antiguo y lo moderno y negar que los códigos hubieran podido o querido cambiar algo, porque volvían precisamente a proponer las antiguas, las inmortales, las eternas verdades a un nuevo público, bien en la versión original, bien en otra reelaborada. Justamente por este motivo se consideraron, no tanto el inicio de un nuevo ciclo, cuanto “la filiación que ha permitido al derecho común continuar viviendo bajo falsos despojos”. Esta opinión no ha perdonado ni siquiera al *Code* de 1804: en otro tiempo símbolo burgués, hoy es considerado más bien –como lo confirman nuevas investigaciones– como “la última fase de la recepción del derecho romano” y, por ello, la “recepción prolongada” respecto al “tercer renacimiento de este derecho”.

Nunca he ocultado mi escepticismo ante estas acrobacias verbales, porque veo que sus autores no tienen en cuenta las sutilezas y se contentan con poco: con palabras que, repetidas a lo largo del tiempo, evocan *asonancias* a las que se refiere solo la proclamada continuidad; una continuidad frágil, porque, como se puede ver, es imaginaria y nominal; y se le escapa que las palabras de la ley son a menudo abstractas y son por ello como recipientes vacíos. Comprobar su significado, comprenderlas, significa hacer su historia, recuperar su contexto cronológico y espacial y tener en cuenta las dependencias (de la organización política y social, de la cultura dominante y de las relaciones de poder), que explican por sí solas por qué una misma norma puede adoptar, en contextos históricos diferentes, significados sorprendentemente cambiantes.

3. *Las nuevas reglas*

Por suerte hubo –y aún hay– historiadores y juristas que descubrieron también otros mensajes en los primeros códigos, sin silenciar por esto la deuda contraída esporádicamente con la tradición del derecho común; y sin negar la influencia histórica de muchas reglas, consideraron los códigos más bien como “expresión de una sociedad nueva; que no han precedido sino seguido y resumido la gran revolución”. Por ello insisten en las normas con las que, al sancionarlas, el estamento burgués entendía disfrutar –también en el plano jurídico– de su victoria. Normas que, por este hecho, no solo eran desconocidas para el viejo derecho, sino *contrarias inevitablemente*. Para darse cuenta de ello bastaría con pensar en todas

las instituciones que precedieron a la abolición del feudalismo en la economía; no solo en las destinadas a eliminar los antiguos obstáculos, sino también en las que animaban (por no decir que obligaban) a los sujetos jurídicos a hacer un uso responsable (y por lo tanto eficiente) de la libertad conseguida de este modo. Son conocidas las normas del *Code civil* citadas generalmente para sostener esta opinión, entre las que descuellan los artículos 544 y 1134. En este sentido, parece justificado considerar la codificación como un auténtico cambio de paradigma y, por consiguiente, como un corte histórico que una voz autorizada consideró como “el acontecimiento más significativo y vinculante de la historia jurídica europea continental”.

Puede y quizá debe admitirse sin por esto deducir de ello que las indiscutibles novedades que se acaban de mencionar estarían conectadas necesariamente a la *forma específica* del código, como si tuviesen necesidad de él para obtener el efecto deseado, porque, en el fondo, podían ser sancionadas tranquilamente por leyes especiales sin hacer de la codificación todo un ámbito jurídico, que por ello sigue siendo posible incluso prescindiendo de tales novedades.

4. *Una mediación infructuosa*

Me gustaría decir que, según los artículos a los que un historiador se refiera, el mismo código puede, según las circunstancias, confirmar la tradición o sustituirla por nuevas reglas. Puede ser al mismo tiempo nuevo y viejo: “nuevo” cuando prescribe el mismo trato para todos los descendientes en el ámbito de la sucesión, “viejo” cuando restablece la noción romanista de la servidumbre o del contrato, por dar ejemplos concretos. Ésta sería, en el fondo, una mediación pragmática, no del todo inútil pues resolvería un conflicto un poco embarazoso y lo haría además teniendo en cuenta sensatamente la singular sugerencia que a Savigny le gustaba repetir a sus discípulos: “se tiene respeto por la continuidad interna de la ciencia y se aceptan poco las revoluciones como posibles. Entre cada etapa científica y las anteriores siempre hay una conexión interna [man nehme Rücksicht auf die innere Sukzession in der Wissenschaft und nehme so wenig Revolutionen als möglich an. Zwischen jeder wissenschaftlichen Periode und der vorhergehenden ist immer ein innerer Zusammenhang]”.

Este modo de conciliar los opuestos se remonta, como es sabido, a Portalis, que no por casualidad se aproxima a Savigny gracias a un hilo oculto: inspira su radical indiferencia, permitiéndole presentar el *Code*, inocente pero no ingenuamente, como una simple “transacción entre el derecho escrito y las costumbres”. Pero explica también por qué todos los autores que tienden a negar la novedad del *Code* toman de buena gana como referencia, todavía hoy, a Portalis, y se contentan con volver a proponer fragmentos (conocidos por lo demás) del *Discours préliminaire*.

Si en esta condescendencia estuviese la verdad, debería cambiar el título de este breve ensayo. Tal y como reza ahora no tendría justificación, porque un Código concebido tal como lo describe Portalis y como repiten desde hace doscientos años muchos de sus epígonos se distinguiría de las elaboraciones que lo precedieron, aunque, ciertamente, no en el plano dialéctico. Sería distinto solo “cuantitativamente”, y no “cualitativamente”. Esto significa entonces que ya al escoger ese título y confirmándolo ahora implícitamente rechazo, tanto esta mediación –que considero como mínimo *infructuosa*–, como la opción metodológica subyacente, la de responder al interrogante inicial apuntando sobre todo a los contenidos y sobre todo a las palabras que intentan describirlos como pueden, olvidando que, por desgracia, éstas permanecen a menudo intactas mientras cambia su significado.

5. *El código como “charte exclusive du droit”*

Urge por ello mirar en otra dirección. ¿Pero cómo y en cuál? Quizá en la sugerida –o quizá solo “intuida”– por Saleilles, en un ensayo importante pero poco conocido de 1904:

No hay que olvidar, en efecto, que no es lo mismo un código que una ley ordinaria. Hay un principio de codificación, inherente a la propia idea de codificación y según el cual todo el territorio anterior ha de ser despejado y, acto seguido, todo el derecho anterior, leyes o costumbres, es abrogado en las materias que son objeto de la codificación. Todo código se convierte en una carta exclusiva del derecho para la materia de la que trata.

Según esta opinión, la *exclusividad* sería el rasgo más genuino y, por consiguiente, el que mejor define el derecho encerrado en el código;

un rasgo *formal*, como puede verse, porque no remite al contenido concreto de las normas jurídicas, no exige su confrontación con reglas más remotas o sancionadas por legislaciones extranjeras. Apunta más bien a otra cosa: al valor de una regla, a la consistencia de su fuerza, a la intensidad de su alcance, al lugar que ocupa concretamente en una sociedad. En una palabra: a su autoridad. *En este sentido*, la codificación modifica el derecho, como intuyeron por lo demás, con mucha anticipación, los seguidores de la escuela histórica, porque cambia la “forma de la autoridad” de aquél. Codificar significaría entonces elaborar un derecho que se distinga del anterior, no tanto por la diversidad (más o menos evidente, más o menos audaz) de sus reglas, sino por la mayor eficacia de su presencia, por su solidez, por su exclusividad precisamente. Pero también es evidente que esta estrategia, tan atenta a los aspectos formales, favorece (cuando no provoca directamente), en un momento posterior, un resultado inevitablemente totalizador. Aun sin quererlo, el código unifica y generaliza el derecho; de este modo, lo altera más o menos, y confiere automáticamente nuevos significados a las numerosas reglas retomadas del pasado. Y al hacerlo, lo vuelve más acorde con el nuevo puesto al que aspiraba la burguesía emergente.

Intento resumir este razonamiento, que para mí es esencial, con otras palabras. Quien codifica opta por una estrategia eficaz para el cambio; para un cambio menos visible y “provocativo” que el realizado emitiendo nuevas reglas e introduciendo nuevas instituciones y que consiga prácticamente solo por vía indirecta, partiendo de la “forma de la autoridad” y garantizando así a todo el derecho vigente una presencia más sólida, eficaz y homogénea. En el fondo, quien codifica *amplía* simplemente los valores del existente. Pero al hacerlo, lo subvierte sin modificar además las palabras que tratan de encerrarlo.

6. *Ampliar los valores: ejemplos*

Ampliar los valores no fue el programa explícito, el objetivo declarado por los codificadores; es más bien la metáfora que utilizo para remendar una tela reducida a harapos y agrupar así experiencias aparentemente dispares y autónomas en un esquema unitario; quizá porque solo así es posible averiguar el significado de la tarea del legislador, pero también con la

lógica esperanza de no sacrificar a nuestra pasión ordenadora la realidad histórica –no obstante indescifrable–.

a) La *primera experiencia* con la que nos topamos es de naturaleza política y evoca el aspecto de la estrategia codificadora que se llamó *estatalismo*. En concreto: al reivindicar ahora el monopolio legislativo y codificar a continuación gradualmente un amplio y articulado sector jurídico, el estado burgués deseaba sustraerlo a la ciencia jurídica –que lo había gestionado hasta entonces gracias a la diligencia de sabios y estudiosos– para anexionárselo sin demasiados ambages; es decir, para hacer de él una emanación exclusiva de su voluntad política, competente justamente ahora para fijar de manera legítima el ámbito del derecho positivo. No obstante, esta reivindicación, vinculada al refuerzo del aparato judicial, incluso pareciendo volver a confirmar de este modo reglas tradicionales, no las dejó incólumes. De hecho, al presentarlas ahora codificadas, el estado burgués facilitó su localización, acrecentó la capacidad de ejecutarlas y reforzó su imperatividad. Tras ellas se incubaba ahora su poder amenazador, lo que bastaba para aumentar también su credibilidad.

b) La *segunda experiencia*, contemporánea además de la primera, se refiere a la unificación territorial del derecho, tal como se demandó y se consiguió a lo largo del siglo XIX, en primer lugar en los estados nacionales y luego en aquellos que surgieron siguiendo el mismo modelo; una operación, como puede verse, íntimamente ligada, tanto a la historia constitucional, como a la más explícitamente económica y que interesa aquí como una ampliación espacial del valor jurídico.

Concebible lógicamente sin referirse por necesidad a la modalidad codificadora, la unidad territorial se consiguió en la Europa continental de preferencia *sub forma codicis*; y ello por motivos no del todo ajenos al discurso que aquí estoy desarrollando. Bien es verdad que nunca se limitó a generalizar reglas jurídicas ya vigentes en parte del territorio nacional. Fue también a menudo, casi con regularidad, una ocasión para introducir dondequiera, entonces *ex novo*, de manera progresiva, las reglas requeridas por la evolución tecnológica, social y económica. Pero está fuera de duda que aun prescindiendo de ellas –que, como se dijo, podían sancionarse también dando leyes especiales– la unificación habría modificado, más o menos, la organización jurídica, al suprimir con frecuencia el derecho local y sustituirlo por reglas hasta entonces desconocidas, incluso impopulares para los más, pues se consideraban culturalmente inaceptables

o discutibles jurídica y políticamente, como lo demuestra por lo demás la historia de la unificación de los estados multiculturales: si no precisamente un calvario, siempre fue un sendero tortuoso y a veces obstruccionista.

c) El episodio más conocido, que incluyo como *tercera experiencia* en este panorama interpretativo, considera el código como el resultado de una nueva ordenación sistemática del derecho y por ello “un cuerpo enteramente nuevo, compuesto de las máximas más sabias [...], coordinadas con método y enlazadas en un sistema conveniente para nuestro estado político actual”, cuya novedad no está en cada uno de los artículos, sino que emana más bien del *ordo* en cuyo seno el legislador primero *encierra*, luego *evalúa* y finalmente *dispone* reglas dispares e incluso de distinto origen histórico. Al ordenarlas ahora, no tanto respetando sus influencias, sino a consecuencia de las necesidades prácticas contemporáneas, prefiguraba también su significado. Por eso podía ocurrir que reglas romanistas o consuetudinarias, incluidas *tel quel* en el código, cambiasen más o menos de significado, queriéndolo así además la ley de la interdependencia.

También es admisible entrever en todo esto una ampliación del valor. Para ella, el código no se presentaba como un cúmulo de normas y artículos incorporados apresuradamente por leyes especiales y volcados ahora en un texto único, sino como un *ordo*, mejor aún un *corpus*, concebido siguiendo un diseño unitario y por ello naturalmente homogéneo y unívoco. Aspiraba a la completitud –comoquiera que fuera entendida–, proponía la autointegración e incluso se situaba como el centro de un sistema de fuentes. Ahora, y solo ahora, se convertía así en la alternativa dispuesta por fin a suceder al viejo sistema.

d) La *cuarta experiencia* se centra en la capacidad jurídica, esto es, la aptitud de la persona para ser “individuo” en un contexto normativo y, por consiguiente, para vivir y actuar como sujeto jurídico. Aptitud que, al haber sido neutralizados políticamente los estamentos por las revoluciones, podía ahora generalizarse. De ahí surgió un principio constitucional “fuerte”, clave de bóveda al mismo tiempo del proyecto codificador, como se apresuró a precisar el *Code* francés, para el cual “todo francés gozará de derechos civiles”. La sociedad burguesa, convertida ya en una sociedad de sujetos formalmente iguales, era la destinataria única y exclusiva del propio mensaje jurídico. Al contrario, el código –ahora verdaderamente “simple, preciso y uniforme”, como pronosticaron los *cahiers de doléan-*

ces en vísperas de la revolución— se dirigía a todos, ofrecía a todos las mismas oportunidades virtuales y abría a todos generosamente nuevos caminos, pero silenciaba obstinadamente todo lo que pudiese obstaculizar un trayecto fácil. Les resultaba cómodo creer que todos se habían convertido, una vez estabilizada la situación, en miembros del tercer estado, con lo que todo se volvía realmente más fácil, pues bastaba ahora con ampliar el valor de las instituciones burguesas para convertirlas en instituciones con un alcance general y abstracto.

e) Se equivocaría quien tuviese además la tentación de concebir estos movimientos generalizadores solo como juegos de palabras o concesiones verbales carentes de sentido, pues la generalización de la subjetividad jurídica implicaba la adhesión simultánea al predominio de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, mostraba el cambio de perspectiva que había tenido lugar. En efecto, el derecho privado prerrevolucionario siempre había sido útil para las directrices que el soberano absoluto había impuesto a la sociedad. Si atribuía facultades y competencias a los individuos era siempre y solo en el ámbito de esas directrices y, por ello, nunca separadas de las respectivas obligaciones (*officia*). Por el contrario, lo que sancionaban los códigos tenía otra factura: confería facultades y competencias de modo abstracto, esto es, sin conectarlas aparentemente a intenciones, expectativas o estrategias concretas. Me gustaría decir que las abandonaba al arbitrio del individuo, reconocido justamente ahora y no por casualidad como titular de la autonomía de la voluntad. La inversión no podía ser más clamorosa. Muchas reglas del código, impuestas hasta entonces de modo autoritario cambiaron de naturaleza de manera brusca y se convirtieron en simples propuestas y consejos sugeridos a los usuarios por la experiencia del legislador que éstos podían aceptar o sustituir libremente por reglas más convenientes para ellos. Desde este punto de vista, el código clausuraba la época del derecho imperativo y abría la del derecho dispositivo (o facultativo), modificando así de golpe el valor de muchas normas.

Ésta es una visión insólita e incluso seductora. Si se piensa en ella con rigor, podría inducirnos incluso a teorizar sobre una transferencia de la competencia legislativa, también visible por lo demás en el caso del derecho privado “estatal” en beneficio del de origen “pactado”. A la espera de profundizar en ella como merece —porque parece desmentir certezas que acabamos de mencionar, como por ejemplo la que nos lleva a hablar,

no sin buenas razones, de “estatalismo” y de “absolutismo jurídico”– me conformo aquí con señalarla y hacerlo con convicción, ya que, quizá mejor que las otras mencionadas hasta ahora, esta última experiencia demuestra un hecho incontrovertible: que los códigos burgueses no necesitaron recurrir a reglas nuevas obligatorias para modificar e incluso para subvertir desde abajo el frágil equilibrio del orden iusprivatista.

7. Una vez más: las dos historias

Una última reflexión antes de concluir, para no dejar sin respuesta un interrogante hoy de moda.

He reflexionado sobre los cambios conseguidos por el código en un plano *formal*, esto es, ampliando fundamentalmente (e invirtiendo, respectivamente) los valores de reglas ya vigentes. Pero jamás pensé que estos cambios podrían realizarse y difundirse de manera fulminante una vez promulgado el código. Me parece más convincente lo contrario, pues la transición fue sin duda lenta, requirió tiempo, experimentó retrocesos y encontró resistencias. Pero luego, poco a poco, los nuevos valores se acomodaron, las nuevas interpretaciones convencieron, la ciencia jurídica dio su aprobación y se adaptó, renovándose profundamente. Esta es una razón más para confirmar la importancia de la *otra* historia, la del código que entró en vigor oficialmente; y para añadir que esta segunda historia no es espuria, menos científica o menos digna que la primera, la que concluye con la sanción del código. Si lo confirmo tan explícitamente es para luchar contra la tendencia, hoy más viva que nunca, de celebrar con pompa la primera historia y de desatender –o peor aún, descalificar– la segunda; de insistir por eso en las intenciones de los redactores y de considerar el código basándose exclusivamente en ellas para deducir que todo cuanto vino después fue un simple agregado, una superfetación, el resultado quizá de una manipulación poco hábil. Argumentando justamente así se afirmó hace poco que el *Code civil* no fue ni republicano ni igualitario, y menos aún individualista; que no pretende ser ni orgánico, ni completo, ni exclusivo, bastándole con garantizar la uniformidad del derecho.

Son opiniones que me cuesta compartir, por dos motivos al menos. En primer lugar, porque nada de lo que afirman está demostrado racionalmente y es a menudo fruto de suposiciones o prejuicios. En segundo

lugar, porque aunque todo eso estuviera probado, no nos autorizaría a desacreditar la aportación de quien, aplicando, glosando, comentando el código y contribuyendo de este modo ajustar la noción, no renegó de un mensaje sagrado sustituyéndolo ahora por una ideología vacía, sino que intentó, sencilla y honradamente, plegarlo a las exigencias cambiantes de la sociedad decimonónica; callando el hecho de que la historia real y efectiva del código, no solo la del francés sino la de cualquier código, nunca fue la imaginada por sus redactores, pasivamente fieles por consiguiente a sus proyectos, sino la que –incontrolada e imprevisible– se liberó del impacto del código con las fuerzas y los antagonismos que impulsaban a la sociedad. Por lo demás, hoy como ayer.

Nota bibliográfica

Quien se ocupa de la historia de la codificación, se encuentra antes o después con el inevitable interrogante que subyace en mi intervención y que es “simple pero diabólico”, como recordé hace algunos años; y por ello también inagotable. Comoquiera que se le haga frente, antes o después nos rehúye, y escapa siempre a una respuesta definitiva. También a mí me ha ocurrido ocuparme de ello, elaborar una respuesta, corregirla más tarde, sustituirla después por otra, etc. No he hablado sin complejo de culpa en *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003, p. 307, nota 35. Siendo inquieto (y testarudo), he retomado el tema recientemente, discutiéndolo en intervenciones en Erice, Nápoles, Mesina y, finalmente, en Barcelona. Este breve ensayo resume estas reflexiones más recientes. Se contenta con hacerlo de un modo sumario, a la espera de volver a someterlo a discusión, completado o corregido, por mí o por algún compañero de viaje, queriéndolo así la ley del laberinto en el que nos hemos aventurado imprudentemente. Por el mismo motivo, cito solo la bibliografía realmente utilizada en estas ocasiones, dando por descontado el conocimiento de la más tradicional y más antigua.

Al contraponer en el *primer epígrafe* el código a las elaboraciones “legislativas” que lo precedieron, remito al lector, también implícitamente, a la conocidísima distinción de M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Considerazioni sulle caratteristiche strutturali delle fonti di cognizione del diritto nei tempi andati. Contributo alla storia della codificazione*, publicado sin fecha a comienzos de los años treinta por Zanichelli (tercera edición, aunque en realidad es solo una reimpresión, incluidas las erratas, Torino 1967). Distinción que U. Petronio consideró primero “una categoría historiográfica que había que reconsiderar” (*Quaderni fiorentini* 13 [1984], pp. 705 ss.), luego un “mito que había que destruir” (*La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 92 ss.). Tampoco yo la tomo por una verdad indiscutible (cfr. *Quaderni fiorentini* 9 [1980], pp. 76-77), pero en ningún caso me parece oportuno combatirla con una energía quizá digna de otros afanes. En el fondo,

depende de nosotros el tomar, tanto de ésta como de otras distinciones, lo que nos parezca útil y dejar el resto.

La intensidad de la presencia “romanista” en el Code civil, a la que se alude en el *segundo epígrafe*, siempre fue tratada con interés y concienzudamente por autores también muy conocidos y que no es indispensable citar aquí precisamente por este motivo. Baste pues con las remisiones que hago a ello *supra*, pp. 137 ss. y también en *Gesetz und Gesetzbuch*, pp. 209 ss. En compensación, vale la pena recordar que la materia parece interesar, curiosamente, al menos de modo esporádico, incluso a historiadores del derecho de los Estados Unidos de América del Norte. El ejemplo más reciente lo ofrecen dos investigaciones de J. Gordley: «Myths of the French Civil Code», *American Journal of comparative Law* 42 (1994), pp. 459-505; «Codification and legal Scholarship», *U.C. Davis Law Review* 31 (1998), pp. 735-744. Pero el centro de esta investigación, obviamente, es Louisiana, cuyo *Civil Code* no silencia ni esconde la influencia francesa. Por eso, en los números más recientes de los últimos años de la *Tulane Law Review* vuelve a surgir el tema con regularidad: véanse, por ejemplo, 44 (1969-1970), pp. 693 ss.; 46 (1971-1972), pp. 4 ss.; 66 (1991-1992), pp. 1853 ss.; 69 (1994-1995), pp. 1601 ss., 1631 ss., 1639 ss. En el ámbito europeo, la investigación más reciente y detallada se la debemos a H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde Renaissance van het Romeinse Recht. En onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw*, I, *De uitwendige ontwikkeling*, Nijmegen 1996, y aquí, sobre todo el cuarto capítulo (pp. 175-297, con la correspondiente formulación de la teoría de la continuidad en pp. 247 ss.). El autor que consideró los códigos como “la filiación que ha permitido al derecho común continuar viviendo bajo falsos despojos” es M. Ascheri, «Dal diritto comune alla codificazione», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. “Ius proprium-Ius commune a Europa”*, Actes del III^{er} Simposi Internacional, Barcelona 5-7 de novembre de 1992, Barcelona 1992, pp. 71-83, la cita en p. 81.

Pero Ascheri no es una voz aislada. Muchas otras, sustancialmente unívocas, las recordé en los *Saggi*, pp. 179, 181. Y, finalmente, fue Kooiker quien consideró el código como el epílogo de la recepción del derecho romano, como lo desvela ya el título de su obra (H.K., *Lex scripta abrogata*, las dos conclusiones en pp. 505-512). Obviamente, compartió con entusiasmo esta certeza R. Zimmermann, «Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht. Die Geschichte einer Emazipation durch “Auseinanderdenken”», en R. Zimmermann/R. Knütel/J.P. Meincke (eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, pp. 1-39, especialmente 3-6.

Al comenzar el *tercer epígrafe* se cita a Pellegrino Rossi. En el conocidísimo discurso leído en 1837 en la Académie des Sciences morales et politiques consideró los códigos, sobre todo el francés, como “l’expression d’une nouvelle société” (*Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l’état économique de la société*, publicado más tarde también en P. Rossi, *Mélanges d’économie politique, d’histoire et de philosophie*, II, *Histoire et philosophie*, Paris 1857, pp. 1-23, la cita en p. 15). Me he referido a la opinión según la cual las reglas jurídicas previstas para la abolición del feudalismo en la economía serían *contrarias* inevitablemente a las vigentes en el Antiguo Régimen

(que no dejaban lugar a la iniciativa privada e impedían la libre contratación prescribiendo, por ejemplo, una equivalencia objetiva entre prestación y contraprestación, pero en compensación favorecían la actividad corporativa) en *supra*, pp. 188 ss. La cita final puede verse en P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari 2003, p. 59. Muy recientemente aún, la idea que la sostiene ha sido, no solo compartida, sino considerada indiscutible. Véase, por ejemplo, I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 2, 539-574; I. Kroppenbergh, «Amnesie und Autorität. Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrages zu einem europäischen Privatrecht im Europa der Kodifikationen», *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, Europäisches Privatrecht. Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005, pp. 61-78.

La recomendación savignyana que introduce el cuarto epígrafe se encuentra en la *Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz* de 1802-1803, citada aquí en la versión original editada por A. Mazzacane, *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, nueva edición ampliada, Frankfurt am Main 2004, pp. 137-202, la cita en p. 176. Sobre el hilo oculto que vincula teóricamente Savigny a Portalis escribió unas hermosas páginas W. Wilhelm, «Portalis et Savigny. Aspects de la restauration», en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Festgabe für H. Coing zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1982, pp. 445-456. El *Discours préliminaire* de 1801 es citado aquí siguiendo la clásica edición de P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, pp. 463-523, la cita en p.481. Ofrecen ejemplos muy recientes de esta mediación, que –sin faltar al respeto a nadie– considero igualmente “infructuosa”: J. Gordley, *Myths of the French Civil Code, passim*; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 288-289; J.-Ph. Dunand, «Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code», en J.-Ph. Dunand/B. Winiger (eds.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004, Bruxelles 2005, pp. 3-43, especialmente 4 y 28 ss. Quien guste de confirmar la presencia actual de lo nuevo y (también) de lo viejo en los códigos, y en ellos sin distinción alguna, no debería plantearse el interrogante formulado al comienzo de mi intervención, porque, desde esta óptica, sería un interrogante supefluo. Pero éste es un punto de vista que relativiza la historia y achata cualquier experiencia, ya no sabe distinguir y ya no sabe explicar. Pero, en compensación, homologa todo.

En el quinto epígrafe le doy al instante la palabra a R. Saleilles, «Méthode historique et codification», en *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, volumen IX, *Storia del diritto, Storia delle scienze sociali*, Roma 1904, pp. 3-22, la cita en p. 8. Más abajo, cuando hablo de la nueva “forma de la autoridad” inaugurada por los códigos, me refiero a quien puede considerarse el filósofo de corte de la escuela histórica, esto es, a F.G. Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, Torino 1853, p. 627: “Y no obstante, toda la labor de la legislación se reduce a establecer disposiciones o materias particulares; no debe renovar todo el estatuto jurídico ni en cuanto al contenido [...] ni en cuanto a la forma de su autoridad, es decir, reduciendo a un código todo el derecho que se ha consolidado hasta ahora,

de modo que a partir de entonces solo su admisión en el código decida sobre la validez y el sentido de las disposiciones jurídicas: *la codificación*. Éste es el sentido de la oposición de Savigny a la propuesta de Thibaut”.

Las experiencias concretas que pueden remitir a una ampliación del valor son examinadas brevemente en el *sexto epígrafe*. En la *primera* (la del estatalismo) se detiene D. Corradini, en un trabajo que, a pesar de los años, sigue estando de actualidad: *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971. No hay duda de que la codificación dio una respuesta (si no única y exclusiva, como algunos querrían, sí muy) “fuerte” al problema de la “positivación” del derecho, haciéndola aparecer primero como la consecuencia de las ambiciones políticas del soberano absoluto, y luego como las miras de hegemonía del estado burgués. Todo esto se resume hoy en la afortunada fórmula del “absolutismo jurídico”. La *segunda* (unificación territorial) ha sido descrita con frecuencia, incluso en épocas recientes: véanse, por ejemplo, A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; H. Getz, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma/Bari 1979; P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986; C. Schöler, *Deutsche Rechtseinheit. Partikulare und nationale Gesetzgebung (1780-1866)*, Köln/Weimar/Wien 2004. Respecto a la *tercera experiencia*, habría que recordar en primer lugar las expectativas del rey de Prusia ligadas a la codificación del derecho: “Lorsque dans un Etat les lois ne sont pas rassemblées en un seul corps, il faut qu'il y en ait qui se contredisent entre elles: comme elles sont l'ouvrage de différens législateurs, qui n'ont pas travaillé sur le même plan, elles manqueront de cette unité si essentielle et si nécessaire à toutes les choses importantes” (Frédéric II Roi de Prusse, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* [1749], en *Oeuvres complètes*, 1792, tome VI, pp. 89-122, el pasaje citado, en p. 119). A partir de ellas, es más fácil llegar a la cita ofrecida en el texto, esto es, J.-B.-V. Proudhon, *Cours de droit français*, Paris 1810, I, p. XIII. En el pasado, he intentado a menudo mostrar la novedad y la densidad de esta aproximación sistemática, por ejemplo en *supra*, pp. 5 ss., o bien en “*Privatrecht*”: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Genf/München 1999, pp. 55-56, 69, 71-73, resumiendo luego todo en *Gesetz und Gesetzbuch*, pp. 8-9, 38-44. La *cuarta experiencia*, esto es, la apertura del código a la generalidad –tal como lo demuestra el art. 8 del *Code civil*– es quizá la decisiva, porque se nos muestra o bien como una consecuencia de la revolución burguesa (y sobre estos aspectos ha insistido en particular G. Tarello en muchas y fundamentales páginas de su *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976; pero véase también una inestimable remisión en P. Ungari, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, p. 16), o bien como un estímulo para reflexionar sobre el alcance concreto de la igualdad formal conseguida de este modo, manteniéndose las innegables desigualdades materiales (no condenadas universalmente). Aquí también se incluye, obviamente, el otro interrogante (igualmente incómodo) sobre la relación entre codificación y democracia al que, desgraciadamente, no puedo enfrentarme aquí. No obstante, véase al respecto F.

Kübler, «Privatrecht und Demokratie. Zur Aktualität gesellschaftstheoretischer Vorstellungen in der Jurisprudenz», en *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen*, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, pp. 697-725. Queda la última experiencia: poco estudiada hasta ahora, también ella espera a sus cultivadores. No tendrán una vida fácil porque, en cierto sentido, esta nueva perspectiva relativiza el estatalismo del que acabo de hablar y, en correspondencia, exige ser configurado de modo diferente. De modo semejante, parece contradecir la reconstrucción del fenómeno codificador por parte de los críticos del absolutismo jurídico; a menos que se esté de acuerdo en admitir que el *arbitrium* concedido al titular de la subjetividad jurídica e inherente a su autonomía negocial *no lo es propiamente*, siendo prioritaria la *obligación* implícita de ejercerlo según los cánones del capitalismo, y preocupándose por consiguiente más por la eficiencia objetiva que por el puro interés personal. Quiero decir que solo tras ulteriores comprobaciones estaremos en condiciones de averiguar el alcance exacto de esta última situación de hecho, y por ello también de establecer hasta qué punto y cómo renueva realmente el panorama jurídico tradicional.

El último epígrafe, el *séptimo*, rompe una lanza a favor de una mayor consideración de la historia *del código* que, hace unos años, intenté revalorizar recomendándola como un argumento digno de mayor atención (*supra*, pp. 171 ss.; *Gesetz und Gesetzbuch*, pp. 201-237). La propuesta de entonces no fue discutida abiertamente pero fue implícitamente rechazada por la tendencia mencionada en el texto, para la cual todo lo que a lo largo de los años parece distanciarse del mensaje “original” y por eso sacrosanto (obviamente, el de los redactores) es considerado bajo un punto de vista negativo, marginado o –peor aún– percibido solo como “ideología” o como “mito”, según –como me gustaría decir– esa típica postura savignyana que juzgaba tanto más críticamente las “interpretaciones” del derecho romano cuanto más se alejaban sus autores de la época clásica. De este modo, la historia del derecho romano se convirtió en realidad en la de un interminable e inexorable ocaso. Entre los autores que vieron las cosas desde esta óptica cito por lo menos a M. Ascheri (*Dal diritto comune alla codificazione*, pp. 73 ss.), U. Petronio (*Quaderni fiorentini* 13 [1984], pp. 716-717; 27 [1998], pp. 83-115, *passim*, por ejemplo pp. 87, 90, 93, 96) y J. Gordley (*Myths of the French Civil Code*, *passim*, por ejemplo pp. 459, 462, 466, 472, 477-478, 505). Quizá es útil añadir (para disipar las eventuales dudas y también para concluir) que si intervengo a favor de una historia *del código* más seria y vigorosa, no por ello olvido o minimizo la otra, dedicada también con seriedad *a la codificación*, que aún considero lícita si respeta sus ámbitos temporales. Es consciente de ello, por ejemplo, X. Martin, que en su *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère 2003, se ocupa exclusivamente de las convicciones y de las intenciones de los redactores del *Code*, reconstruye las influencias y explicita las alternativas, sin confundirlas por ello –si no me equivoco– con la realidad jurídica del siglo XIX. Que fue realmente otra cosa.

CODIFICAR REMITIENDO AL DERECHO COMÚN Cómo entender el art. 5 del Código civil del Tesino de 1837

1. *La pregunta*

Entre las reglas realmente nuevas que los primeros códigos del siglo XIX casi nunca olvidan sancionar, hay una que le indica al juez el camino que ha de recorrer cuando, al deber decidir, no encuentra ninguna respuesta explícita en el código. Es decir, le sugiere –como dicen los juristas– cómo proveer al silencio de la ley y cómo colmar las lagunas al respecto. Desciende generalmente entre los artículos introductorios o en el título preliminar, con el deseo obvio de aportar claridad de inmediato. Otras veces se esconde, de modo que para comprobar su existencia y su valor exacto hay que sondear la historia e incluso referirse a las actas de los debates parlamentarios. Pero, en general, dicha regla existe; como confirmación del hecho de que los códigos saben, mejor o peor, que no son completos –incluso si no todos lo admiten tan inocentemente como el conocidísimo artículo primero del Código civil suizo de 1907–. Aspiran a la plenitud, desde luego, no excluyendo las fuentes subsidiarias, sino, simplemente, con la pretensión de precisarlas y de hacerlo de modo exclusivo. Una completitud, como se puede comprobar, “diferente”, pues lleva como acompañamiento (o al menos no excluye) la pluralidad de fuentes.

Se piensa en esta pluralidad cuando se observa también en la codificación un *sistema de fuentes*: la vigencia simultánea de varias fuentes, ni siquiera todas ellas legislativas, remite, en efecto, instintivamente, a la idea de orden y exige (y propicia al respecto) la preparación de una gradación para restablecer la unidad en esa pluralidad que constituye siempre el significado constitutivo de la idea de sistema.

Y aquí hay que distinguir dos aspectos del problema: como veremos,

el primero es obvio y el segundo problemático. El primero se refiere al orden de llamada de cada una de las fuentes. En realidad es bien conocido. En efecto, la primacía indiscutible le pertenece a la ley, no en vano todos los demás elementos del sistema son considerados como “subsidiarios” o “supletorios”, pues actúan solo en defecto de solución legislativa. Si esto es pacífico, lo es menos el otro gran interrogante: ¿a qué ordenamiento concreto y, al respecto, a qué tradición jurídica deberá recurrir el juez en el caso (que se espera sea excepcional) de que el código guarde silencio? Si el análisis de las discusiones doctrinales, de los debates parlamentarios y de las soluciones concretas sancionadas por el legislador para intentar responder a ello resulta a menudo fascinante, es porque desvela la opinión concreta que los contemporáneos tenían del código, siendo admisible considerar que las fuentes subsidiarias propuestas a lo largo del tiempo compartían sin reservas el estilo o, mejor aún, las opciones teóricas y jurídico-políticas subyacentes en el código.

2. *El debate parlamentario*

Nos lo confirma detalladamente el debate parlamentario del 20 de mayo de 1837 sobre el artículo 5 del proyecto de Código civil del Tesino¹. De hecho, el legislativo –como en orden a otros muchos artículos– no se decidió por una rápida adhesión a la solución del proyecto, sino que dudó entre

¹ *Bullettino delle sessioni del Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino*, Sesión ordinaria de mayo, Año 1837, Bellinzona 1837 (a partir de ahora, simplemente *Bullettino*), pp. 89-96. En estas ocho páginas se encuentran las nociones y los argumentos a los que me referiré en el texto. Está dedicada a la historia de la elaboración del primer Código civil del Tesino la tesis de doctorado de G. Patocchi, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837*, Diss. iur., Berna 1957, Bellinzona 1961. Todavía se lee con gusto y siempre con igual provecho. Quien consulte además la parte menos conocida porque es inédita, debería sumar una alabanza tras otra. En efecto, el análisis de las reglas sobre los derechos reales (este, por otra parte, es el auténtico argumento de la tesis) es excelente y profundo, está conseguido el esfuerzo de distinguir las normas autóctonas de las inspiradas en modelos extranjeros y es ponderada y convincente la valoración final. Por ello, remite constantemente a Patocchi y a sus investigaciones E. Holthöfer en el breve resumen de la historia del Código del Tesino incluido en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, volumen III/2, München 1982, pp. 1915-1924.

dos propuestas: entra la prevista en el diseño de ley y la presentada en el Gran Consejo por una Comisión de revisión, que lo había informado con antelación. Ambas remitían, en primer lugar, a la analogía; pero luego, en última instancia, la una a los “principios del derecho natural” y la otra “a las disposiciones del derecho común”. Esta no era una excentricidad cantonal, sino la alternativa tradicional, discutida –más o menos vivamente²– durante todo el siglo XIX dondequiera que se iniciara la codificación del derecho; aunque un rápido examen de las soluciones finalmente adoptadas por los códigos muestra el claro predominio de la regla que prefería, al derecho común, los “principios generales del derecho”³ al respecto de “los principios del derecho natural”⁴.

En apariencia, la alternativa era completamente teórica: en efecto, contraponía la teoría iusnaturalista, surgida entre los siglos XVII y XVIII y enriquecida luego con numerosos elementos ilustrados, a la tradición de

2 Sobre el debate contemporáneo en los estados preunitarios italianos, que fue, obviamente, más largo y complejo por la diferente estructura constitucional –monárquica, como es sabido, y por lo tanto estamental– y para la implicación de las facultades de derecho, véase, por ejemplo, G.S. Pene Vidari, «Nota sull’*analogia juris*. L’art. 15 del Tit. Prel. C.C. albertino e la sua formazione», *RSDI* 50 (1977), pp. 342-355, especialmente 345-354; Íd., «L’attesa dei codici nello stato sabaudo della Restaurazione», *RSDI* 68 (1995), pp. 107-152; Íd., *Aspetti di storia giuridica del secolo XIX*, Torino 1997, pp. 55-63; F. Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 1999, *passim*; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1996, pp. 90-95; G. Di Renzo Villata, *La codificazione civile parmense*, Milano 1979, *passim*, especialmente pp. 11, 43-47; Íd., «Dall’ABGB al Codice civile parmense. I lavori della commissione milanese», en P. Caroni/E. Dezza (eds.), *L’ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2005, pp. 109-186, especialmente 113, 116, 144, 148, 187; F. Ranieri, «Italien», en H. Coing (ed.), *Handbuch*, volumen III/1, München 1982, pp. 233-297, por ej. pp. 257-258 y 272-275.

3 Código civil albertino de 1837, Título preliminar, Art. 15; Código civil italiano de 1865, Disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general, Art. 3; Código civil italiano de 1942, Disposiciones sobre la ley en general, Art. 12.

4 Código civil general de la monarquía austriaca (ABGB) de 1811, § 7; a la *équité*, entendida como „le retour à la loi naturelle“, remitía el proyecto de Portalis de 1800 del *Livre préliminaire* (título V, art. 11), abandonado posteriormente, véase al respecto G.S. Pene Vidari, *Aspetti*, pp. 39 ss. Pero se mantuvo sin alteraciones la sugerencia del propio Portalis de consultar “l’usage ou l’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives” (así en el conocidísimo *Discours préliminaire* de 1801, en P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, volumen I, Paris 1827, pp. 463-523, el pasaje, citado en p. 474).

origen medieval y con un enfoque romanista. Pero en el debate, que no fue ni sereno ni modélico, estas opciones teóricas, por lo demás imprecisas y polisémicas⁵, se desvanecieron pronto. Más bien ocultaron expectativas muy concretas y sirvieron para legitimar aspiraciones abiertamente jurídico-políticas, cuando no corporativas (como era de esperar). Por eso la argumentación se cargó pronto de pretextos, se entrecruzaron las críticas, vacilaron las certezas ya adquiridas y todo pareció, finalmente, obvio y sabido, aunque discutible y controvertido.

Veamos algunos ejemplos, empezando por el *derecho natural*. A algunos les pareció que garantizaba la equidad y la igualdad en las que el código entendía inspirarse⁶. Aunque no estaba escrito, era de dominio público, pues en realidad estaba “escrito en el corazón de todos”⁷. Proporcionaba indicaciones suficientemente concretas, parecía incluso aproximar providencialmente el ámbito jurídico a la sensibilidad de los “profanos”. Pero a los adversarios de este planteamiento les fue fácil rebatir el argumento,

5 Por lo que se refiere al derecho común, “del que todo es controvertido” (como considera por lo demás, por buenas razones, R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p. 41), se remite aquí, en primer lugar, a F. Calasso, *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 219 ss. (añadiendo que también en la bailía del Tesino se interpretó a menudo la expresión en un sentido controvertido, véase P. Caroni, «Statutum et silentium. Viaggio nell’entourage silenzioso del diritto statutario», *Archivio storico ticinese* 32 (1995), pp. 129-160, especialmente 151-153). Para el derecho natural puede bastar la observación de L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, p. 61: “La experiencia que la razon natural es una bonita palabra que sirve para todo”. Precisamente este hecho explica por qué en otros contextos contemporáneos no existió nunca el mismo antagonismo que en el debate tesinés. Véase, por ej., G. Di Renzo Villata, *La codificazione civile parmense*, pp. 44-45. Por no hablar de los casos en los que el derecho romano se consideró “natural” y de los que se hablará *infra*, p. 296 nota 32.

6 No habiéndose contentado nunca con instituir la uniformidad territorial, pero habiendo generalizado la subjetividad jurídica y sancionado, en este sentido, la igualdad formal de todos los destinatarios de su mensaje, un código burgués bien puede ser considerado también como una conquista democrática. Véase, por lo demás, a Francini en el debate sobre el proyecto tesinés: “En cuanto a mí, siempre he creído que el Código civil debía surgir para dar al país una única ley que estableciera un principio de igualdad para todos los ciudadanos en derechos y en deberes” (*Bullettino* de 1837, p. 94). En el mismo sentido se expresó unos días antes el Mensaje de la comisión que había elaborado el proyecto de código (Mensaje de 20 de mayo de 1834, reproducido en Patocchi, *Gli influssi*, pp. 155-160, la cita en p. 155).

7 En este sentido, el consejero de estado Corrado Molo, *Bullettino* de 1837, p. 89.

recordar más bien la imprecisión y la ambivalencia del derecho natural y denunciar por ello el peligro del arbitrio del juez obligado a aplicarlo subsidiariamente; de un juez que, de este modo, era cada vez más amenazadoramente legislador y cada vez menos artífice de la seguridad jurídica.

Semejante, si no más amargo, era el destino de la secular *ciencia romanista* (a la que remitía de modo notorio el “derecho común”). Impulsada por sus promotores, con poca habilidad, como la “base de todos los códigos modernos”⁸ y, mejor aún, como la “madre de nuestro código”⁹; pero desacreditada también por la discutible fama de los leguleyos¹⁰ y considerada universalmente –a causa de la heterogeneidad y de lo contradicto-

8 *Bullettino* de 1837, pp. 90, 93-94. Tesis imprudente y apresurada, que fue fácil socavar e incluso trastocar, afirmando, por ejemplo, que las reglas esenciales del CCT eran en cambio las “más conformes con nuestro sistema político y los principios de la justicia y de la equidad natural en los que se basan todos los códigos de las Naciones más civilizadas” (del Informe de la minoría de la Comisión encargada de examinar las peticiones que pedían la abrogación de algunos artículos del Código de 1837, del 16 de mayo de 1838, reproducido en G. Patocchi, *Gli influssi*, pp. 170-172, la cita, en p. 171). En esta controversia hay valoraciones de los fundamentos de los códigos; y de la intervención de otros parlamentarios se desprende también (véase, por ej., Pedretti, *Bullettino* de 1837, p. 90) una explícita confirmación del hecho de que el derecho común y el derecho natural se habían convertido en símbolos de dos modos distintos y contrapuestos de ver el mundo de lo jurídico.

9 En este sentido, el abogado G. Reali: “Pero si lo excluía de nuestro código [al derecho común] es como decir que la hija ya no debe tener la ayuda de su madre” (*Bullettino* de 1837, p. 93). A las metáforas llamadas *familiares*, por las que los suizos siempre han mostrado predilección, sería urgente dedicarles un estudio en profundidad. Ya lo he mencionado en otro lugar y lo repito aquí; incluso si la metáfora aludida en el texto parece, después de todo, inocente y no obstante menos corrosiva (o atractiva, según el punto de vista) que la que, poco después de 1848, consideró *hermanos* los dos factores de producción, trabajo y capital.

10 “Por lo demás, el artículo del Proyecto fue propuestos para sacar al juez del laberinto en el que se había engolfado por la multitud de leyes citadas por los abogados y por la ambigüedad ante la que se encuentra cuando dos leyes se excluyen la una a la otra” (*Bullettino* de 1837, p. 96). Así argumentó uno de los autores del proyecto, el consejero de Estado Corrado Molo, a quien cito gustosamente para demostrar el hecho de que también había juristas contrarios a la subsidiariedad del derecho común. Sobre la controvertida figura de Molo, véase G. Patocchi, *Gli influssi*, pp. 111, 139-140 (reflexiones anticipadas por lo demás en «Appunti per una storia del primo Codice civile ticinese», *Archiv des historischen Vereins des Kantons Bern*, XLIV, 2. Heft (1958), Festgabe Rennfahrt, pp. 555-572, especialmente 566-567).

rio de sus fuentes– más fomentadora que mediadora de pleitos ¿con qué argumentos confirmar ahora, en un contexto nuevo y diferente, la función subsidiaria? En los parlamentos no quedaron más que los hombres de leyes para defenderla y celebrarla¹¹.

No obstante, fueron ellos quienes la hicieron nacer. En efecto, en la votación pasó la propuesta de colmar las eventuales lagunas del código “conforme a lo que se prescribe en casos análogos y, en defecto de analogía, según las disposiciones del derecho común”¹². Si no es exacto afirmar que el código civil del Tesino fue de este modo el único del continente que se decidió implícitamente por el pasado –pudiéndose y quizá debiéndose interpretar así que confirmaba el derecho común– es verdad que compare su elección con otros pocos compañeros de viaje.

3. *El solo de Stefano Francini*

Después de todo, fue un debate mediocre, me parece haberlo admitido implícitamente, en el que las hipérboles –ya entonces familiares para el imaginario de los tesineses¹³– hacían pareja con las exageraciones y las imprecisiones, e incluso con tesis que ofendían abiertamente a la verdad pero que, en un primer momento y sin contrastarlas, desde luego tuvieron su efecto¹⁴. Tampoco faltaban las citas eruditas y alusiones poco or-

11 Siete grandes consejeros apoyaron explícitamente la remisión al derecho común, esto es, un sacerdote y seis abogados. Un razonamiento similar sirve para la Comisión de revisión, que informó el proyecto con antelación y propuso confirmar la subsidiariedad del derecho común: estaba formada por catorce grandes consejeros, de los cuales dos eran sacerdotes y diez abogados. Véase su enumeración en el *Repertorio di giurisprudenza patria*, serie I, volumen 9, 1874, p. 416, y también en Patocchi, *Gli influssi*, p. 125.

12 *Bullettino* de 1837, p. 96.

13 Basta con un ejemplo: el abogado Giuseppe Reali se jactó de haber sido “educado en la escuela italiana”, celebró “la jurisprudencia nacida en Italia, ciencia patria, crecida y educada por nosotros de cuyas fuentes bebieron todos los códigos de Europa” (*Bullettino* de 1837, pp. 92-93). Quien lea la despiadada crítica de esta “escuela”, publicada pocos años antes por Savigny (F.C. von Savigny, «Über den juristischen Unterricht in Italien», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 6 [1828], pp. 201-228) sonreirá inevitablemente.

14 Otro ejemplo: el abogado Luvini afirmó que incluso en Francia las lagunas del *Code* se colmaban recurriendo al derecho común (*Bullettino* de 1837, p. 95). Pero el art. 7 de la ley del 21 de marzo de 1804 establecía que “à compter du jour où ces lois

todoxas: “el original Bentham” se aproximaba así a la “unánime escuela histórica”, teniendo aparentemente en común la negación del derecho natural¹⁵, pero olvidando (o callando a propósito) que justo en el tema de la codificación defendían tesis diametralmente opuestas.

Más que de cultura jurídica habría que hablar de un eco impreciso, sin color y deformado, de un debate que se desarrollaba en otra parte y con un compromiso muy otro. Pero les pareció suficiente a los abogados que se sentaban en el parlamento para eliminar una oposición quizá inesperada pero que atentaba de modo amenazador contra los privilegios profesionales¹⁶.

En esta feria de la mediocridad, la voz –como siempre serena y precisa– de Stefano Fanscini se alzó como la de quien clama en el desierto. Fue también la única lúcidamente consciente de la historicidad del momento¹⁷. En efecto, Franscini consideró el código como una ley “única”¹⁸, completa¹⁹ y perfecta²⁰: por eso incorporaba materiales históricos (por consiguiente, también romanos) junto a los “exclusivos de los tiempos modernos que, al no estar en la costumbre de los pueblos antiguos, ni siquiera son nombrados en las leyes romanas”²¹, y ahora las mezclaba todas y las organizaba siguiendo una *nueva* lógica: la lógica *autónoma* de un código tendente por naturaleza a ser completo y al que la analogía debía y podía bastar²². Partiendo de estas certezas, y por lo tanto de la

sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d’avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l’objet desdites lois, composant le présent Code”. Como mucho, podría deducirse de ello que la ley abolió el derecho romano como derecho *vigente*, dejándolo subsistir como *ratio scripta*. El hecho de que incluso Savigny, en el célebre escrito programático de 1814 sostuviera una tesis semejante (F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 74) no convierte el error en verdad.

15 *Bullettino* de 1837, p. 92.

16 Parece más que plausible que, al referirse al derecho común (y esconderse tras este parapeto), los hombres de leyes defendían realmente intereses corporativos. Véase al respecto *supra*, pp. 228-230.

17 *Bullettino* de 1837, pp. 91-92, 94-95.

18 *Bullettino* de 1837, p. 94.

19 *Bullettino* de 1837, p. 92.

20 *Bullettino* de 1837, p. 94.

21 *Bullettino* de 1837, p. 94.

22 “Me parece que casos que no tengan analogía con otro no se presentarán jamás, o al menos muy raramente” (*Bullettino* de 1837, p. 92).

convicción de que el código renovaba tanto formal como materialmente el antiguo orden jurídico, Francini tenía que oponerse inevitablemente a la subsidiariedad del derecho común. Admitirla significaba, en efecto, renegar del código, trastocar su sentido y desplazar su epicentro, „dar dos legislaciones a nuestro cantón“²³. Pero „cuando se hace un código no se obliga a estudiar otro“²⁴. Fue un mensaje claro, preciso y directo; obviamente perdedor, pero modernísimo. Si es verdad que todavía se discute sobre ello, porque el ímpetu renovador de los códigos es puesto en duda e incluso negado en cierta medida por todos aquellos autores a los que (felices ellos) les basta con descubrir en los códigos cualquier concordancia, esto es, nociones, figuras y palabras que se refieran vagamente al derecho romano o común, para considerarlos como la esperada y tranquilizadora confirmación del pasado²⁵.

4. Domesticar la transición

Así pues, si fue absoluta la aversión de Francini al derecho común y a la doctrina subyacente, así como a las acrobacias que su carácter laberíntico espoleaba y justificaba²⁶ –como demostración del hecho de que ya entonces había políticos y legisladores que no actuaban partiendo de un concepto de código impreciso y genérico²⁷–, antes de concluir está igualmente

23 *Bullettino* de 1837, p. 94.

24 *Bullettino* de 1837, p. 92. También en Piamonte se observó, justamente, que “dejar que existiera el derecho común como derecho supletorio hubiera sido lo mismo que querer reducir al máximo los beneficios que puede producir un Código general, la unidad de una doctrina agrupada con la simplicidad de las máximas” (citado en Pene Vidari, *Nota sull’analogia juris*, p. 350 nota 36).

25 He tratado también de reflexionar sobre esta orientación, que considero antihistórica y que por eso me resulta difícil compartir, en *La soledad*, cit., pp. 151 ss. y también *supra*, pp. 271 ss.

26 Francini fue siempre un observador agudo y un censor incansable de estas (y de otras) acrobacias de los hombres de leyes. Véase, por ej., *Bullettino* de 1837, pp. 91-92: “Sé que cuando se dice derecho común se habla de algo tan inmenso que nadie puede jactarse de poseer un conocimiento perfecto de él, y son pocos los abogados que lo tratan con familiaridad. Además está lleno de contradicciones y de decisiones que se eliminan unas a otras y a las que, en cada caso, justo o injusto, bueno o malo, los abogados saben sacarle o arrancarle una decisión favorable”.

27 Lo niegan sin embargo los historiadores según los cuales la noción de código

justificado preguntarse: ¿era realmente absoluto e insanable el conflicto entre la concepción de Francini –visiblemente tributaria de la ilustración jurídica y de su teoría sobre la legislación– y la defendida por sus adversarios y vencedores *in casu*²⁸? ¿Y cómo valorar hoy un código aún aferrado con tanta obstinación al derecho común?

Sobre el primer punto se llega en seguida a un acuerdo, a condición de distinguir entre el aspecto teórico-conceptual del problema y los aspectos prácticos. En el *plano exclusivamente conceptual*, código y derecho común –entendidos como sistemas de fuentes– eran literalmente incompatibles, se contradecían y, por lo tanto, se excluían el uno al otro²⁹. El código sobre todo, al situarse en el centro del universo jurídico y, por ello, exigir necesariamente *autonomía*, se rebelaba ante cualquier estrategia heterointegradora, aunque fuese la del recurso subsidiario al derecho común. No había lugar para combinación ni para transacción alguna. La oposición de Francini se considera, desde esta óptica, comprensiblemente fría, incondicional y radical.

Pero, desde la perspectiva jurídico-política, los dos conceptos también expresaban (o indicaban) planteamientos opuestos. En pleno siglo XIX, al derecho común se remitían los partidarios del orden antiguo y, por ello, también de una concepción del derecho que se remontaba a la Edad Media, impregnada de fuentes y nociones romanistas y *de naturaleza sapiencial*. Durante siglos había dominado, indiscutida, la escena jurídica europea, había formado a generaciones de juristas y alimentado de este modo el cómodo mito del *ius commune europaeum*, y ahora era puesta en duda por un planteamiento que favorecía, no tanto la *interpretatio* de fuentes clásicas, cuanto la *aplicación* de las nuevas leyes que, aspirando a la plenitud, exigían la autointegración. Así pues, la remisión al derecho natural también indicaba esto: el deseo de restituir el derecho a la socie-

(que comprende la exclusividad, la completitud, la autointegración y otros aspectos) no precedió a la elaboración concreta, sino que surgió más tarde, como fruto (más o menos perverso) de la ideología. Del mismo modo, recientemente, confirmando no obstante una línea interpretativa suya, U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, por ejemplo, pp. 97, 107, 111, 114-115, 117, 144.

28 Esta no es una pregunta oculta o artificial. El hecho de que quienes lo estimularon se pusiesen de acuerdo en proponer la analogía en primer lugar demuestra su fundamento.

29 P. Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, pp. 53-59.

dad, de adaptarlo a las nuevas situaciones y de comunicarlo también con mayor transparencia. Y aquí, de quererlo, quizá se podía encontrar el espacio para los encuentros y los acuerdos.

Si además se analiza cómo ocurrió *concretamente* la transición del viejo al nuevo sistema, esto es, cómo se instaló el código en el espacio que dejó libre el derecho común, tenemos directamente la confirmación de ello porque en seguida nos damos cuenta de que el cambio no fue ni fulminante ni total. Necesitó tiempo, a menudo mucho tiempo, estuvo plagado de retrocesos y de mediaciones y compromisos impuestos³⁰. También las nociones mencionadas hasta ahora podían resentirse mucho por ello, pues reflejaban más o menos fielmente las cambiantes relaciones de fuerza y las correspondientes expectativas concretas de la sociedad histórica que, al codificar el derecho, aceptaba ser regulada. Esto explica –por citar un ejemplo– cómo y por qué los “principios del derecho natural” del Código civil austriaco de 1811³¹ pudieron adquirir, a lo largo del siglo XIX, valores no precisamente unívocos: inicialmente correspondieron a la interpretación kantiana que hizo de ellos el legislador, más tarde abrieron de nuevo la puerta al derecho común, para convertirse hacia finales de siglo en el símbolo legislativo del individualismo económico³². Es necesario resistir a la tentación de minimizar estas metamorfosis y de considerarlas como simples juegos lingüísticos. Por el contrario, deben tomarse en serio. En efecto, revelan que la alternancia (de un sistema de fuentes a otro

30 Sobre todo ello, véase también *supra*, pp. 137 ss., 144 ss., 249 ss.

31 ABGB § 7.

32 Véase la documentación completa en P. Caroni, «Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischem ABGB», en K. Ebert (ed.), *Festschrift Hermann Baltl*, Innsbruck 1978, pp. 107-122, en particular 111-113. Ha vuelto recientemente sobre este argumento A. Völkl, «Die österreichische Kodifikation und das römische Recht», en H. Barta/R. Palme/W. Ingenhaeff (eds.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998, Wien 1999, pp. 277-301, especialmente 290 ss. Por lo demás, también en Lombardía el § 7 del ABGB fue interpretado a menudo en sentido romanista, como lo atestigua, por ejemplo, E. D'Amico, «Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione», en *Studi di storia del diritto* II, Milano, 1999, pp. 773-818, especialmente 802-804, 806, 815, 816. Pero el austriaco es, en definitiva, solo un ejemplo. La misma suerte le cupo, de hecho, a los “principios generales del derecho” mencionados por el art. 3 de las Disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865, que fueron interpretados a menudo desde la óptica iusromanista. Hablo de ello *supra*, p. 182. Sobre todo ello, véase también G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma/Bari 2000, pp. 86 ss., 290 ss.

y, por consiguiente, de la importancia de la *interpretatio* del jurista a la de la ley sancionada por el político), que forma el substrato de la historia aquí narrada, fue en realidad una operación laboriosa, compleja y, sobre todo, controvertida, porque incidía en la sociedad, turbaba los equilibrios tradicionales. Amenazaba las prerrogativas e imposibilitaba la rutina: quizá también la de los magistrados y los abogados tesineses que intentaron por ello impedirlo en el Gran Consejo, agitando como defensa el derecho común³³.

Es más discutible que luego el código que finalmente llegó pudiera, incluso debiera, ser considerado anómalo e inmaduro porque confirmaba justamente la autoridad de la doctrina hasta entonces dominante. Parecen admitirlo los autores que lo consideran un caso aislado, un problema concebible solo en contextos aislados³⁴, como era verdaderamente el cantonal, equivocándose, creo, porque en todo caso no era tan aislado³⁵. Se incluía más bien en una tendencia que actuaba con estrategias movibles y mudables, con la intención obvia de domesticar la transición y retrasar de este modo la renovación: o bien –como en este caso– confirmando la subsidiariedad del derecho común, o bien revalidando de golpe todo el código, esto es, considerándolo a tenor del antiguo *ius proprium*³⁶. Por lo tanto, quien no se contenta con contraponer dialécticamente los dos conceptos, sino que estudia además su transposición al tejido concreto de las sociedades históricas, percibe en estas hibridaciones, no tanto la estupidez y la incultura provincianas, cuanto una respuesta provisional en cuyo seno se desencadenaban sordas luchas de poder, como sabemos ahora de modo más preciso.

33 Fue Brenno Bertoni quien habló de una oposición al Código del Tesino también por parte „de los magistrados a quienes se les quitaba el comodín del derecho común y de los usos que interpretaban como querían“ (B. Bertoni, «Alcuni appunti al nuovo Codice civile ticinese, *Repertorio di giurisprudenza patria*, II serie, volumem 3, 1883, pp. 729-741, 769-785, 817-830, la cita, en p. 730).

34 En este sentido, por ejemplo, Pene Vidari, *Aspetti*, p. 55; Íd., *Nota sull'analogia juris*, p. 345; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, p. 102.

35 Remito aquí, simplemente, a la documentación recogida *supra*, pp. 226-228, a la que se añade el debate que acompañó a la elaboración del Código civil de Parma, véase *supra*, p. 289 nota 2.

36 He hablado de ello en *supra*, pp. 137 ss., 226 ss.

5. *Para concluir*

Lo que concluyo aquí no es un estudio sobre el “jurista” Franscini³⁷. Obviamente factible y desde luego deseable³⁸, para ser completo debería afrontar y analizar en profundidad muchos aspectos que aquí han quedado totalmente relegados: su interés por las obras de los grandes autores (Bentham y Romagnosi sobre todo, sin olvidar a Montesquieu) y su implícita pero firme adhesión a muchos de los postulados de la ilustración jurídica, por dar algunos ejemplos. Debería igualmente reflexionarse sobre los motivos del constante escepticismo alimentado por Franscini ante la “jurisprudencia” de la época y ante la actividad de “nuestros abogados” como sus representantes³⁹. No existe ni siquiera un estudio sobre las ideas que siguió y defendió a lo largo del tiempo el político leventinés durante el debate sobre el código, que fueron muchas y con entidad pero a menudo significativamente perdedoras⁴⁰. Es más bien una breve reflexión sobre la lucidez y el realismo de una mirada “profana” al mundo del derecho, en orden a un caso único y circunscrito pero asimismo simbólico; pues basta para mostrar cómo, a veces, esta mirada “profana” precisamente ve más o más nítidamente, sabe entender y explicar mejor y, a menudo, incluso convencer mejor: se mueve en un amplio espacio fuera del retículo dogmático (que a menudo aprisiona) y protegida de los intereses corpora-

37 Las comillas indican (o recuerdan simplemente) que Stefano Franscini no realizó jamás estudios jurídicos y no obtuvo diplomas académicos. Ello no le impidió ocuparse con profesionalidad y agudeza *también* de asuntos jurídicos. Era lógico que, de este modo, provocase repetidamente el malhumor (por no decir algo peor) de los representantes del estamento legal, a quienes no les agradaban en absoluto estas intromisiones embarazosas (para ellos). Por eso reaccionaban con frecuencia con irritación, como por ejemplo, el abogado Luvini en *Bullettino* de 1837, p. 95.

38 B. W. Sauter, *Herkunft und Entstehung der Tessiner Kantonsverfassung von 1830. Die erste regenierte Verfassung*, Diss. iur., Zurigo 1969, Zürich 1972, p. 69 nota 46.

39 El tema es amplísimo y todavía está por explorar. Pero Virgilio Gilardoni lo investigó ya con entusiasmo en su «Postfazione» de 1988 a la edición facsímil de *La Svizzera Italiana* (tomo segundo, Bellinzona 1989); véanse, por ejemplo, pp. 51-52, 55, 59, 63, 65, 71-72, 80, 104. Me contento aquí con citar una sola página de Franscini, de la que saco las expresiones entrecomilladas en el texto: S. Franscini, *Annali del Cantone Ticino. Il periodo della Mediazione 1803-1813*, Bellinzona 1953, p. 160.

40 *Bullettino* de 1837, pp. 102, 212-213, 215, 241-243, 352-353.

tivos (que a menudo la ciegan)⁴¹. Como lo ha demostrado repetidamente a lo largo de muchas batallas el Maestro y el amigo a quien dedico esta reflexión, movido –repitiendo el ejemplo de Franscini–, no tanto por el *furor dogmatis*, cuanto por un inteligente y generoso entusiasmo civil.

41 Ya me he referido a la riqueza de esta mirada, por ejemplo, en «Quando la storia sociale inquadra quella del diritto», *Archivio storico ticinese* 41 (2004), pp. 125-137, especialmente 131-132.

CODIFICAR EN DOS ÁMBITOS: EL CIVIL Y EL PENAL

Reflexiones sobre el mito del código-guía

La verdadera identidad de mi tío se descubrió el día de su muerte. Desde entonces vivimos angustiados. He pensado que al publicarla, esta historia se convertirá en una leyenda y, como todos sabemos, los mitos y las leyendas son más llevaderos que la cruda realidad.

Tahar Ben Jelloun, *L'enfant de sable*.

1. Introducción

Luosi sigue siendo para nosotros poliédrico e inquieto y por ello estimulante, tal como lo fue en su época. En unos años de transición compleja y controvertida, actuó como legislador en planos y ámbitos distintos: preparando proyectos, traduciendo códigos, debatiendo, glosando y comentando infatigablemente con civilistas y penalistas, con unos resultados condicionados lamentablemente por el clima político-militar de esos años agitados, esto es, inferiores tanto a los méritos como a las expectativas. Estas cosas ya eran conocidas antes de nuestro coloquio¹, y han sido toma-

¹ Resulta obligada aquí la referencia a A. Cavanna, “Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale”, en *Ius Mediolani*. Studi di storia del diritto milanese offerti a Giulio Vismara, Milano 1996, pp. 659-760, ya que resume y sobre todo profundiza, ofreciendo respuestas nuevas y convincentes a preguntas tradicionales pero inevitables. Consideró a Luosi, significativamente, como un “Cambacérès italiano” (ibíd., p. 727). Véase también E. Dezza, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, pp. 117, 211; R. Bonini, *Dal Code civil ai codici della Restaurazione. Il diritto privato nella prima metà dell'Ottocento*, I, *Fra Settecento e Ottocento*, Bologna 1997, pp. 54-56, 79, 267-268.

das en consideración y meditadas en estos días, no es necesario insistir. Si comienzo por ellas es por otro motivo: porque traen a colación implícitamente la relación existente entre el derecho civil y el penal y entre los dos códigos que los contienen –de modo más o menos exclusivo–.

Debo a Luosi el estímulo primero y originario para reflexionar sobre estos temas. El segundo me viene de una situación historiográfica y de las críticas que provoca periódicamente. Aludo al favor (historiográfico precisamente) del que todavía goza la codificación iusprivatista frente (no solo, pero también) a la del derecho penal. Para demostrarlo bastaría una simple reseña bibliográfica. Pero resulta difícil explicarlo si uno no se contenta con frases hechas (como por ejemplo las que proponen precipitadamente el código civil como un *código-guía*) o rechaza refugiarse tras el escudo de la libertad de investigación². Solo por este hecho deben tomarse en serio las críticas aludidas³. Rechazan un predominio hasta ahora indiscutido y que la mayoría considera obvio y sacrosanto⁴. Y dudan de

2 Cada uno es libre de afirmar que solo (se) ve o que (se) entiende.

3 Algunas han denunciado la unilateralidad de una larga voz de enciclopedia que publiqué hace treinta años (Caroni, “Kodifikation”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlino 1978, col. 907-922). Así por ejemplo, W. Sellert, “Strafrecht und Strafrechtskodifikation im 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland”, en AA.VV., *Strafrechtskodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*, Rechtsgeschichtliche Abhandlungen 21, Budapest 1997, pp. 131-139, especialmente 134-135; M.G. Fischer, “Das Strafrecht im ALR von 1794 und der Kodifikationsgedanke”, *ibíd.*, pp. 140-153, especialmente 141, 152-153; T. Krause, “Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840”, *ibíd.*, pp. 175-186 (así también la colaboración del mismo autor en *ZNR* 19, 1997, pp. 54-63). Pero incluso prescindiendo de este caso concreto, muchos autores lamentan una general indiferencia ante la codificación del derecho penal y ante su historia. Así por ejemplo A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, pp. 1-28; R. Schröder, “Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, en M. Stolleis et al. (eds.), *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München 2001, pp. 403-420, *passim*; D. Klippel/M. Henze/S. Kesper-Biermann, “Ideen und Recht. Die Umsetzung strafrechtlicher Ordnungsvorstellungen im Deutschland des 19. Jahrhunderts”, en L. Raphael/H.-E. Tenorth (eds.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskraft im Europa der Neuzeit. Beiträge für eine erneuerte Geistesgeschichte*, München 2006, pp. 371-394, especialmente 371-372; R. Ludi, *Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik 1750-1850*, Tübingen 1999, pp. 29-30.

4 Esta primacía parece reflejarse también en la documentación. La recopilación de materiales sobre la elaboración de los códigos franceses publicada en París entre 1827 y

él cuando manifiestan el deseo de un planteamiento historiográfico más equilibrado en esta materia, igualmente atento si no a *todas* las codificaciones, al menos a las del derecho penal, pues se consideran tan significativas como los más nobles códigos civiles.

Tomar en serio el desacuerdo –ejemplarmente manifestado por los historiadores del derecho *penal*– incita a mirar el pasado de manera distinta. Esto es, sin buscar nuevos argumentos favorables al predominio (ya adquirido, como se decía) del código civil, sino con una perspectiva más amplia; enfrentándose quizá a esos legisladores que, como Luosi o Zeiller⁵, trabajaron al mismo tiempo en los dos ámbitos por estar convencidos de la autonomía de ambos sectores, pero también de la necesidad de garantizar una mínima coordinación. ¿En qué principios se inspiraban? ¿Qué modelos compartían? ¿A qué jerarquías obedecían implícitamente? Parece útil reflexionar sobre estas cuestiones.

2. La cronología

Comencemos por la cronología, al menos por la que organiza las primeras grandes experiencias codificadoras, las concluidas entre 1790 y 1810. Reflejan a su modo, opciones, valores, urgencias y estrategias. Es decir: no son fruto del capricho. Pero si las interrogamos con la esperanza de descubrir las razones (remotas o explícitas) del predominio iusprivatista,

1832 por el barón J.-G. Loaré nos ofrece un ejemplo elocuente. En la edición italiana (J.-G. Loaré, *Legislazione civile commerciale e criminale. Ossia Commentario e compimento dei Codici francesi [...] voltata in italiano [...] per cura di Giuseppe Ciuffi*) publicada en 16 volúmenes en Nápoles entre 1840 y 1843, encontramos que los primeros ocho informan sobre la elaboración del *Code civil* y un único volumen (el penúltimo) sobre la del *Code pénal*; hecho este que señala el desequilibrio aunque no lo explica.

⁵ Orienta sobre Zeiller W. Brauneder, *Franz von Zeillers Kodifikationen des österreichischen Strafrechtes und Zivilrechts als Modernisierungsprozess*, en prensa. El mismo autor ofreció un breve anticipo en “Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie”, en D. Klippel (ed.), *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts*, Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 57, München 2006, pp. 145-170, especialmente 151. Ahora también P. Caroni, “Mehrgleisige Kodifikationsgeschichte”, en G. Kohl/C. Neschwara/T. Simon (eds.), *Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive. Festschrift für W. Brauneder zum 65. Geburtstag*, Wien 2008, pp. 61-80, especialmente 61-62.

nos llevaremos inevitablemente una desilusión, ya que si en Prusia derecho civil y penal fueron incluidos en 1794 en un mismo “código” dejando la disputa sin sentido, en Francia el civil (1804) precedió al penal (1810) y en Austria el penal (1803) se adelantó al civil (1811). Son variaciones y oscilaciones que se repiten a lo largo del siglo XIX en distintos lugares. Ofrecen datos fáciles de verificar, pero también de manipular⁶, que acreditan interpretaciones con frecuencia contradictorias, cuando no equivocadas. Solo por este motivo se equivoca quien ve en esta cronología el reflejo (más o menos fiel) de un plan estratégico que no sería perceptible de otra manera. Pero se equivoca probablemente también quien la concibe como un discutible fruto de las circunstancias. Por lo tanto, parece razonable distinguir.

a) Es cierto que solo raramente el mismo código recoge tanto el derecho civil como el penal. El ejemplo más conocido lo acabamos de recordar: el código prusiano de 1794⁷. Lo acompaña la menos conocida va-

6 Sí es verdad, entre otros ejemplos, que el código penal de 1791 precedió en Francia, como es sabido, al civil de 1804 (véase P. Poncela, “Le premier code: La codification pénale révolutionnaire”, en M.A. Cattaneo [ed.], *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese*. Atti del Colloquio internazionale Milano 1-3 ottobre 1990, Milano 1992, pp. 57-90, y ahora sobre todo R. Martucci, “Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all’Impero [1789-1810]”, *Quaderni fiorentini* 36 [2007], pp. 131-274), y que en el imperio de los Habsburgo tanto el proyecto de 1786 como el Código civil de Galizia de 1798 (recientemente recordados por W. Brauneder, “Vergessene Jubiläen: Multinationale Rechtsvereinheitlichung durch Privatrechtskodifikationen 1786 und 1798”, *Juristische Schulung* 2000, pp. 15-17) precedieron al Código penal de 1803. Etcétera.

7 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Del derecho penal se ocupaba el vigésimo (y último) título de la segunda parte, con un total de 1577 párrafos. Véanse: P. Balestreri, “Sulla codificazione penale alla fine del Settecento: l’Allgemeines Landrecht”, *Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento* 10 (1984), pp. 9-44; M.G. Fischer, *Das Strafrecht im ALR von 1794*, cit., pp. 140-153; A. Schwennicke, “Die allgemeinen Strafrechtslehren im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 und ihre Entwicklung in der Rechtssprechung bis zum preussischen Strafgesetzbuch von 1851”, en B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (eds.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Ius commune, Sonderhefte 75, Frankfurt am Main 1995, pp. 70-104; D. Blasius, “Grenzen sozialer Disziplinierung in den preussischen Staaten und das ALR”, en G. Birtsch/D. Willoweit (eds.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preussisches Allgemeines Landrecht*, Berlin 1998, pp. 341-358. Pero debe añadirse que

riante italiana, el *Código para el Reino de las dos Sicilias* de 1819, objeto recientemente de interpretaciones numerosas pero convergentes⁸. ¿Es lícito deducir que en todos los otros casos, cuando fueron sancionados en épocas *distintas* códigos *separados* –y es lo normal–, faltaba una fuente común? No lo creo. Todas esas (numerosas) constituciones posrevolucionarias que disponen *de común acuerdo* la elaboración de códigos civiles, penales y procesales demuestran más bien lo contrario⁹. Podían hacerlo porque los consideraban como elementos de una *misma* estrategia, partes de un programa unitario destinado a racionalizar la administración de la justicia¹⁰, tal como lo habían soñado tanto los ilustrados como el soberano absoluto y como ahora esperaban finalmente conseguirlo las sociedades posrevolucionarias.

b) Pero es igualmente cierto que este empeño reformista solo raramente podía afrontarse y realizarse en toda su amplitud y al mismo

la propuesta de legislar conjuntamente estaba en el aire: todavía Thibaut la compartía explícitamente. Véase A.F.J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814, pp. 11-12. Ha subrayado recientemente la importancia de este fragmento C. Schöler, *Deutsche Rechtseinheit. Partikulare und nationale Gesetzgebung (1780-1866)*, Köln/Weimar/Wien 2004, pp. 107-109.

8 F. Masciari, “La codificación napoletana: elaboración e riforme tra il 1817 ed il 1859. Prime note”, *RSDI* 72 (1999), pp. 279-297; Íd., *La scienza giuridica meridionale della Restaurazione. Codificazione e codici nell’opera di Giuseppe Amorosi*, Napoli 2003; Íd., *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche (1815-1850)*, Napoli 2006; D. Novarese, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le “leggi penali” del 1819*, Milano 2000; Íd., *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell’Ottocento. Il “progetto di Codice penale” del 1813*, Milano 2000; F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001; Íd., *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005; F. Roggero, “L’inchiesta nelle Leggi della procedura nei giudizi penali del Regno delle due Sicilie (1819)”, en P. Marchetti (ed.), *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Napoli 2007, pp. 209-241.

9 Remiten a materiales heterogéneos pero igualmente unívocos: R. Bonini, “La costituzionalizzazione del problema dei codici in Italia fra fine Settecento e inizio Ottocento”, *Archivio giuridico Filippo Serafini* 209 (1989), pp. 75-91; Íd., *Il diritto privato e le sue fonti dall’illuminismo giuridico alla fine del Regno napoleonico d’Italia*. Un’antología di documenti, Milano 2005, pp. 61-67; A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 81 ss.; Íd., *G. Luosi e il diritto penale*, cit., p. 701.

10 Sobre lo que significó en concreto luchar por la modernización de la administración de justicia reflexiona claramente J. Eibach, “Recht-Kultur-Diskurs. Nullum crimen sine Scientia”, *ZNR* 23 (2001), pp. 102-120, especialmente 110.

tiempo con igual intensidad. Por lo común iba paso a paso, prefiriendo escalonar la vía de las reformas por etapas y realizar una tras otra según un orden, no impuesto por la teoría, sino sugerido por las situaciones concretas. Ello convence plenamente si se piensa que el legislador, tanto el histórico como el actual, ignora generalmente esas *tabulae rasae* de las que suelen partir los teóricos que prefieren argumentar “prescindiendo de”. Afronta más bien realidades concretas que se desarrollan lentamente, y lo hace según las necesidades del momento, pues se ve empujado por la urgencia de poner *inmediatamente* remedio a un abuso, de disipar un equívoco, de frenar una desviación, de suprimir reglas anticuadas, absurdas y claramente inapropiadas¹¹. Quiero decir que cuando opta por codificar el derecho penal antes que el civil (o al contrario), no lo hace movido por una lógica compartida de forma rígida ni siguiendo la jerarquía de los valores más o menos dominantes. Interviene simplemente en el ámbito que le parece más urgente y remedia lo más peligroso o inoportuno.

A nosotros, que nos preguntamos por las razones (verdaderas o presuntas, próximas o remotas) de las preferencias que han recorrido indemnes siglos de historia jurídica, la cronología parece ofrecernos por ello solo informaciones parciales. Pero mirándolo bien no es así, ya que sin ocultar que los dos códigos son brotes de una misma estación, muestra igualmente que se ocupan de campos específicos y que lo hacen con absoluta autonomía.

3. *¿Y si el código penal precediese al civil?*

A la hora de la verdad, los códigos penales han precedido con frecuencia a los civiles y a los de comercio, pues en el ámbito penal la urgencia de una intervención estructural era mayor, la laguna que colmar era –en este

¹¹ En el mensaje de 14 de junio de 1816, con el cual el Consejo de Estado del Tesino presentó al Gran Consejo el proyecto de Código penal, se afirma que en los primeros años de la autonomía cantonal “fue necesario crearlo todo”. Pero no pudiendo hacerlo todo al mismo tiempo, por fuerza tuvo de elegir, dando prioridad a las medidas más urgentes. Como lo confirma la continuación del texto: “y por ello los pródidos cuidados de los primeros legisladores ora a la agricultura, ora al comercio, ora a este, ora a aquel ramo de la administración pública, trataron de hacer que el Pueblo gozase sin demora de los beneficios que debían resultar del nuevo orden de cosas” (*Atti del Gran Consiglio del Cantone Ticino*, volumen 5 [1815-1816], p. 825).

sensible contexto donde derecho y moral con frecuencia confluían y se entrelazaban— más visible o incómoda.

No faltan ejemplos concretos. Piénsese *de entrada* en el mensaje explosivo que hizo circular la ilustración jurídica, que dismanteló con violencia, precisamente en el ámbito penal, la tradición, sobre todo la confirmada continuamente en el área germánica todavía dominada por completo por las reglas de la *Constitutio criminalis carolina* de 1532. A causa de las imaginables implicaciones éticas, se considera prioritario¹² volver a orientarse en este terreno, abrirse a las nuevas sugerencias y adoptar una disciplina menos *bárbara*, pero también menos contaminada por las “lisonjas de la impunidad”¹³, sancionando un código penal. Si la inadecuación de las reglas de derecho civil repercutían *solo* en el orden económico y por tanto material, la de las normas penales ofendía también el sentimiento moral y por ello se le hacía frente sin perder tiempo y con una determinación muy distinta.

Por el mismo motivo —he aquí un *segundo* ejemplo— la unificación territorial del derecho penal se consideró en el siglo XIX indiscutiblemen-

12 Así por ejemplo R. Schröder, *Strafgesetzgebung*, cit., pp. 413-415. Acerca de los postulados sobre el derecho penal de la ilustración se ha escrito mucho. Me conformo con remitir a M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano 1993, *passim*; Íd., “I principi dell’illuminismo giuridico-penale”, en S. Vinciguerra (ed.), *Diritto penale dell’Ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 3-37; G. Tarello, *Absolutismo e codificazione del diritto*, cit., pp. 383-483; W. Rother, *La maggiore felicità possibile. Untersuchungen zur Philosophie der Aufklärung in Nord- und Mittelitalien*, Basel 2005, pp. 225-295; B. Strub, *Der Einfluss der Aufklärung auf die Todesstrafe*, Diss.iur. Zürich 1973, pp. 33 ss. Propende a la crítica la interpretación de R. Martinage, “Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791”, en *La Révolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?* Actes du colloque d’Orléans 11-13 septembre 1986, Tome I, Orléans 1988, pp. 15-29, especialmente 16 ss.; R. Ludi, *Fabrikation*, cit., pp. 68-123.

13 Son palabras de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, ed. de F. Venturi, Torino 1970, pp. 39, 74, 103), que resumen una de las grandes aspiraciones de la ilustración jurídica y confirman al mismo tiempo la tesis de Tarello según la cual “la exigencia humanitaria estaba lógicamente subordinada a la utilitaria” (G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 468). Extirpar lo que H. de Balzac había llamado “l’impunité calculée” (*Les paysans*, Gallimard, Paris 1975, p. 89) y sustituirla por un castigo ineludible era claramente uno de los propósitos de las reformas ilustradas. Véase al respecto J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2000, pp. 334-335; P. Poncela, *Le premier code*, cit., p. 57-90.

te más urgente que la también reivindicada del derecho civil; ya que si en este último ámbito respuestas heterogéneas a iguales problemas podían provocar como mucho un comentario sarcástico¹⁴ o retrasar la realización del programa económico capitalista, *in criminalibus* todo se complicaba. Penar de distinta manera la misma infracción violaba el sentir común y la idea de justicia que expresaba tácitamente; debía de parecer un absurdo atroz que desacreditaba la autoridad del derecho penal y que por ello no podía tolerarse¹⁵.

Tampoco hay que excluir –este sería un *tercer* ejemplo– que la intervención legislativa en el ámbito penal se impusiese (o gozase de mayor favor) porque se considerase *técnicamente* menos problemática que la destinada a modificar el derecho civil; que para muchos legisladores debió de parecer una ciudadela temible e inexpugnable al estar defendida por una ciencia jurídica tentacular e impulsada por *sacerdotes* que, frente a los cambios drásticos y espectaculares prometidos y promovidos por la intervención legislativa, preferían la imperceptible corrección que debía realizarse con el ambiguo artificio de la *interpretatio*¹⁶. No se trata solo

14 Resulta expresivo B. Pascal, *Pensées*, ed. de Léon Brunschvicg, Paris 1904, notas 73 y 294.

15 En la *pacífica* Suiza de la segunda mitad del siglo XIX sucedió (también) esto: que en el tren Friburgo-Lausana un agitador disparó a un viajero, matándolo. Fue necesario determinar con meticulosidad el lugar preciso del delito ya que los dos Cantones unidos por la vía férrea castigaban de distinta manera el acto criminal. Uno (Vaud) con la cadena perpetua, el otro (Friburgo) con la pena capital. El episodio –pronto famoso dondequiera– asumió con el tiempo un valor emblemático y convenció incluso a los más remisos a luchar por la unificación del derecho penal (*Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse* 1898, pp. 106, 156, 191, 201). Castigar de manera distinta el mismo delito violaba el sentimiento jurídico (*Bulletin sténographique* 1897, p. 16; 1898, pp. 110-111, 162). “Considérations supérieures d’ordre moral” (*Bulletin sténographique* 1898, p. 110) sugerían atribuir la competencia legislativa a la Confederación. De manera parecida habían argumentado los distintos Cantones a comienzos del siglo XIX cuando decidieron dar prioridad a la codificación penal. Sobre el ejemplo tesinés se detiene oportunamente R. Ceschi, “Mediazione e restaurazione giudiziaria nel Ticino”, en G. De Biasio/A. Foglia/R. Garré/S. Manetti (eds.), *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni*, Bellinzona 2004, pp. 125-148, especialmente 147, con una remisión explícita a la carta de Vincenzo Dalberti.

16 Ilustra P. Roth, “Über Kodifikation des Privatrechts”, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 (1858), pp. 303-347, especialmente 331: “Im Criminal- und Civilprozess und im Strafrecht ist man viel weniger an den bisherigen Rechtszustand gebun-

de una vaga hipótesis. Se confirma en muchos Estados alemanes que, tras haber confirmado el tradicional orden iusprivatista todavía sostenido por el viejo sistema de fuentes, sancionaron códigos penales, uno tras otro¹⁷. Como por otro lado había, si no deseado, al menos tolerado Savigny, cuya condena de la codificación no fue abstracta y absoluta, sino que se centraba exclusivamente en el ámbito del *ius civile*¹⁸.

Parece por esto lícito concluir estas reflexiones deduciendo que las decisiones concretas de los legisladores fueron siempre el resultado de una atenta ponderación de necesidades o intereses opuestos o concurrentes. Por ello solo podemos entenderlas y valorarlas si las consideramos en su contexto histórico. No demuestran tanto la inflexibilidad de una teoría como la fuerza de la contingencia. Lo que explica también cómo y por qué el recurso a los mismos argumentos podía promover en un Estado el código penal y en el Estado contiguo favorecer por el contrario el civil¹⁹.

den, völlige Umgestaltungen sind in verhältnismässig kurzer Zeit durchgeführt, und nach wenigen Jahren ist der frühere Zustand völlig beseitigt; das Privatrecht dagegen ist stationair, es duldet keine plötzlichen Veränderungen wie *das Strafrecht, die Gesetzgebung kann sich der beständigen Berücksichtigung des bisherigen Rechtszustandes gar nicht entziehen*". Sobre la importancia de este estudio poco conocido y raramente citado insiste con razón S. Gagnér, "Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft", en S. Gagnér/H. Schlosser/W. Wiegand (eds.), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln/Wien 1975, pp. 276-450, especialmente 321-322, 448-450.

17 El elenco de los códigos citados en el texto, en W. Sellert, *Strafrecht und Strafrechtskodifikation*, cit., pp. 137-138; R. Schröder, *Strafgesetzgebung*, cit., pp. 405; Klippel/Henze/Kesper-Biermann, *Ideen und Recht*, cit., p. 376. Tienen un carácter más general las reflexiones de C. Schöler, *Deutsche Rechtseinheit*, cit., pp. 223-256.

18 Así Pellegrino Rossi, que fue un admirador de Savigny y un defensor no siempre ortodoxo de sus teorías historicistas: "On dénaturerait, à notre avis, la pensée des adversaires de la *codification*, si l'on croyait qu'ils entendent appliquer leurs doctrines aux lois pénales. Profonds dans le droit civil, exclusivement occupés de suivre ce droit dans ses nombreuses ramifications et d'en dévoiler l'histoire, la loi pénale ne s'est présentée à leur esprit que comme un appendice sur lequel leur attention ne s'est guère arrêtée" (P.R., *Traité de droit pénal*, Bruxelles 1841, p. 478, e igualmente 481). He resumido los motivos que determinaron a Savigny a oponerse a la codificación del derecho civil *supra*, pp. 210-217.

19 Que las estructuras políticas hayan condicionado posteriormente las opciones del legislador, empujándolo en una dirección más que en otra, me parece casi obvio. También aquí la historia de mi país ofrece un ejemplo muy elocuente. Una reforma constitucional de 1898 había atribuido competencia legislativa en materia civil y penal a la Confederación. La elaboración simultánea de los códigos correspondientes se suspendió

Pero estas conclusiones no concuerdan con la tradición recordada al comienzo de estas reflexiones: la que reafirma constantemente la primacía del código civil. Ha llegado entonces el momento de descubrir sus raíces y de trazar su parábola.

4. *Las fuentes de un mito*

En el mito todavía floreciente del código iusprivatista como *código-guía*²⁰,

en 1901 cuando se decidió, de forma algo inesperada, dar preferencia al civil. Entre las razones de esta decisión, que fue en su tiempo muy discutida, una confirma nuestra argumentación: la que se refiere a la abolición de la pena capital. Muchos la exigían, sin alcanzarse un consenso unánime. En su ausencia, un código penal que la suprimiera se la jugaba en un referéndum, esto es, podía sucumbir en la votación popular. La estructura republicana del país sugirió dejar la unificación del derecho penal a la espera de algún cambio, que llegó solo en 1937. Demuestran este discutible capítulo del *iter* codificador tanto las actas en *Bulletin sténographique* 1898, pp. 149-150, 192, 197-198, 206, 236, como la cuidadosa investigación de S. Hostenstein, *Emil Zürcher (1850-1926). Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers. Unter besonderer Berücksichtigung seiner Verdienste um die Entwicklung des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Zürich 1996, pp. 410-438, especialmente 431 ss. Pero véase también sobre este punto P. Mäder, *Geschichtliches über die Todes-Strafe in der Schweiz*, Diss.iur. Bern 1934, pp. 135 ss. Podríamos resumir el significado de este acontecimiento diciendo que, a diferencia de lo que sucedía en el contexto monárquico, la Confederación se consideraba “un pays où une erreur ne peut pas être redressée du haut en bas en affrontant l’opinion populaire, mais seulement en procédant avec le peuple et par le peuple”. Así al menos sentenció el Consejo federal (es decir el Gobierno) en su *Message aux Conseils législatifs de la Confédération concernant la révision de la Constitution fédérale*, de 1 de julio de 1865 (en *Feuille fédérale suisse* 1865, III, pp. 35-37, el pasaje citado en p. 42). Sobre el contexto de esta afirmación, véase P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986, pp. 47-48.

²⁰ Citan este (cómodo) mito, sin profundizar en las razones (motivo por el que he hablado de “frases hechas”), por ejemplo, G. Astuti, “La codificazione del diritto civile”, en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*. Raccolta di scritti, Napoli 1984, pp. 805-846, especialmente 806; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, pp. 5, 9, 31; Íd., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, pp. 92, 101; Íd., “Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”, *Quaderni fiorentini* 35 (2006), pp. 83-114, especialmente 98-99; C. Cremonini, “Il codice: breve viaggio attorno a un’idea”, *Studi parmensi* 29 (1981), pp. 95-139, especialmente 116-117; A. Cavanna, *G. Luosi e il diritto penale*, cit., p. 683; G.S. Pene Vidari, “L’attesa dei co-

y por ello “madre de todos los códigos”²¹, se refleja la idea de la primacía del derecho civil (privado) sobre todos los otros sectores del ordenamiento jurídico, de que todos, unos más que otros, directa o indirectamente, son instrumentos del derecho privado, están destinados a seguirlo y servirlo y, en este sentido concreto, son sus subordinados o subalternos. No es una idea reciente, tiene raíces al menos medievales. Se remonta a los orígenes de la ciencia jurídica moderna, ligada al fundamento normativo del *Corpus iuris*, sobre todo del Digesto, que era una compilación de “reglas” de derecho privado elaboradas por los grandes juristas romanos de la época clásica²². Las escuelas jurídicas medievales las consideraron todavía sustancialmente vigentes y se dedicaron con gran empeño y visible éxito a explicarlas, comentarlas, sistematizarlas e incluso a ponerlas en relación con las otras fuentes jurídicas de producción más reciente y de ámbito local²³. Actuando así alimentaron implícitamente la idea de que *derecho* era ante todo (si no exclusivamente) lo que prestaba atención preferente a la *singulorum utilitas*, esto es, precisamente lo que contribuían a perpetuar con sus espléndidas y siempre estudiadas elaboraciones sapienciales.

dici nello Stato sabaudo della Restaurazione”, *RSDI* 68 (1995), pp. 107-152, especialmente 127-129; Íd., *Aspetti di storia giuridica del secolo XIX*, Torino 1997, pp. 11, 17, 37, 56; L. Raphael, “Rechtskultur, Verrechtlichung, Professionalisierung. Anmerkungen zum 19. Jahrhundert aus kulturanthropologischer Perspektive“, en C. Dipper (ed.), *Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert. Professionalisierung und Verrechtlichung in Italien und Deutschland*, Berlin 2000, pp. 29-48, especialmente 31-33; y también *supra*, p. 72.

21 Así explícitamente V. Franceschelli en *Il Sole 24 Ore* del 5 de noviembre de 2006, p. 34.

22 Es decir, desde el primer siglo a.C. hasta el final del tercer siglo d.C. Debiendo indicar aquí un texto de síntesis al cual recurrir para comprender la importancia de esta extraordinaria época, generalmente reconocida como constitutiva de la ciencia jurídica moderna, elijo la excelente *Introduzione* de un inolvidable Maestro: R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, *passim*, especialmente p. 9-49.

23 Esta formulación de síntesis remite a la elaboración del sistema de las fuentes del derecho común –que fue mérito específico de las escuelas italianas– como también a los autores que desde hace medio siglo la han situado en el lugar central de sus investigaciones. Todos ellos son recuperados eficazmente en el reciente análisis de un protagonista de ese debate, es decir E. Cortese, “Immagini di diritto comune medievale: semper aliud et idem”, en I. Birocchi/A. Mattone (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero 4-6 novembre 2004, Roma 2006, pp. 3-16.

Con estas reflexiones no intento negar, obviamente, que también otros elementos normativos de la fabulosa época clásica despertaron el interés –al menos esporádicamente– tanto de los juristas medievales como de los posteriores. No pienso tanto en el derecho constitucional (que la rápida sucesión de las estructuras políticas impulsa en una espiral sin freno) sino en el penal. Es decir en campos que Mommsen cultivó con pasión a mediados del siglo XIX ante la absoluta indiferencia general²⁴. Algo esencial los distinguía sin embargo del ámbito iuscivilista: sus fuentes se habían secado y en la edad media fueron sustituidas en todas partes por costumbres y otras reglas porque eran de naturaleza no sapiencial y de ámbito generalmente local. Incapaces de alimentar la idea de continuidad ¿cómo podían aspirar a competir con la atención dedicada al derecho privado? Y ¿cómo podían pretender adquirir (o mantener) el favor académico²⁵? Es por tanto lógico considerar que –antes o después– serían marginadas o abandonadas al capricho de los “anticuarios”, a la espera de una (improbable pero no impensable) resurrección²⁶.

24 H. Klenner, “Der Jurist”, en J. Kuczynski, *Theodor Mommsen. Porträt eines Gesellschaftswissenschaftlers*, Berlin 1978, pp. 182-242, especialmente 189, 210-214; F. Sturm, *Theodor Mommsen. Gedanken zu Leben und Werk des grossen deutschen Rechts-historikers*, Karlsruhe 2006, p. 35.

25 Resulta oportuno recordar que hasta comienzos de la edad moderna la enseñanza académica del derecho penal se realiza generalmente acompañada de las fuentes romanistas. Se emancipó de este modelo normativo lentamente, pero no logra nunca el esplendor del *studium civile*. Se refieren (siquiera de paso y desde distintos enfoques) H. Peter, “Die juristische Fakultät und ihre Lehrfächer. Ein geschichtlicher Überblick”, *Studium generale* 16 (1963), pp. 65-76, especialmente 70 y 75; J. Schröder, “Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle”, en M. Stolleis et al. (eds.), *Die Bedeutung der Wörter*, cit., pp. 384-401, especialmente 396-397; U. Kühn, *Die Reform des Rechtsstudiums zwischen 1848 und 1933 in Bayern und Preussen*, Berlin 2000, pp. 97-101.

26 Sería por ello irresponsable callar una tendencia hoy creciente, encaminada a (re)descubrir la existencia de un “derecho romano-común penal”. Una tendencia inspirada en el intento de partir de la herencia romana para alimentar el plan (sueño) de un derecho (común) europeo. Véase explícitamente en este sentido D. Bock, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin 2006; A. Nogrady, *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin 2006. No puede comprobarse todavía con claridad si, además, el interés de Savigny por el derecho penal (sobre el que insiste W.Chr.v. Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspolitiker. Ministerium für die Gesetzesrevision [1842-1848]*, Baden-Baden 2003, con una notable recensión crítica de J. Rückert en “Forum

Se deduce que la inclinación a ver en el derecho privado el epicentro del ordenamiento jurídico es muy anterior a la codificación. Tiene una historia autónoma, unida por otra parte a la de la ciencia jurídica moderna, que entra en una nueva fase y asume nuevos valores cuando entre los siglos XVIII y XIX el viejo sistema de fuentes fue *trastornado lentamente* (como sugiere un oxímoron nada despreciable) por la marea codificadora. Porque ahora, y casi cediendo a un automatismo oculto, la antigua primacía fue rápidamente reivindicada por el código. No por cualquiera, sino por *el que* remitía implícitamente al *Corpus iuris*, ya que parecía contentarse con ordenar de forma distinta las reglas, definiciones e instituciones de clara ascendencia clásica. Por ello, quien no vio en el código *civil* más que “una recopilación de reglas de derecho común que tienen fuerza de ley por la autoridad del Estado”²⁷, considera también lógico (o previsible) que aspirase a descollar sobre todos los demás.

5. *El mito al asalto de la constitución*

Pero la aspiración del código civil de poner en fila todos los demás códigos, esto es, de someterlos a él, no se agota con estos vagos orígenes. Se sustrae hábilmente a la adulación de las concordancias a la que ceden hoy clamorosamente los neopandectistas²⁸. Mira más bien los triunfos que

historiae iuris” de 11 de abril de 2006) se revaloriza hoy en día a consecuencia de esa misma tendencia. Por el contrario, es clara una cosa bien distinta, esto es, el hecho de que los cultivadores del derecho penal que se unieron a la escuela histórica fueron pocos y con frecuencia indisciplinados, como lo demuestra ejemplarmente la obra de Karl Gustav Geib. Véase al respecto T. Odermatt, *Der strafrechtliche Unterricht an der Universität Zürich im 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, pp. 60 ss.; P. Caroni, “Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert”, *ZNR* 16 (1994), pp. 243-271, especialmente 261. Véase también *supra*, pp. 14-15, 34.

²⁷ Así B. Brugi, cita completa en B. Donati, *Lodovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo*, Modena 1935, p. 80. Una notable puesta al día bibliográfica sobre Brugi ahora en I. Birocchi, “In margine all’opera di Niccola Nicolini. Spunti per un manuale di storia giuridica dell’Ottocento”, en *Tra storia e diritto*. Studi in onore di Luigi Berlinguer, Soveria Mannelli 2008, I, pp. 111-155, especialmente 123-124.

²⁸ Los autores que realmente consideraron el código civil nada más que una “recopilación de reglas del derecho común” son releídos hoy con agrado por los neo-pandectistas. Encuentran en esa definición (como en otras poco lejanas) la confirmación de su reconstrucción histórica, que considera los códigos solo una etapa posterior en la evo-

acompañarano al código civil en pleno siglo XIX. Fueron por sí mismos, esto es, sin el apoyo de una (por otro lado improbable) continuidad, la estrella polar del nuevo firmamento jurídico: “une référence absolue”²⁹.

Para darse cuenta de todo ello resulta útil referirse al contexto histórico de estos sucesos. Remite a la revolución burguesa y por consiguiente al ocaso del absolutismo y a la neutralización de los estamentos. Muestra cómo, en el espacio hasta ahora ocupado por estas incómodas presencias y en una conyuntura social y doctrinal marcada por las esperanzas de los iusnaturalistas, por los sueños de los ilustrados y por los cálculos de unos y otros, así como por las pérdidas y por los beneficios que reportan las revoluciones, se establece y crece *otra* sociedad. Hasta entonces solo imaginada, aparentemente libre de condicionamientos estatales, fundada en la igualdad formal y encaminada a la autonomía de la voluntad del individuo, *obligaba* a actuar de manera útil en un régimen de libre competencia³⁰ y a valorar todo lo que prometía rentas y ganancias (y entre estos “recursos” tenían un papel importante las desigualdades efectivas, esto es las diferencias entre los distintos “jugadores”). Si “obtener provecho” era el imperativo que se repetía³¹, la opción fundamental, la única esencial por ser especular al mercado, reconocía la autonomía de los sujetos privados pero exigía al mismo tiempo (aunque solo de manera indirecta, es decir con hábil discreción) un ejercicio *racional*. Esta era la opción sustentada visiblemente por el código civil. Esto explica por qué los grupos emergentes pidieron muy poco, al menos inicialmente, al Estado y a sus leyes; como mucho la tutela externa de las reglas propuestas para el juego de la competencia y la garantía de la libertad de los jugadores. Por este motivo se habló –en referencia a dicha situación– de un derecho constitucional sometido al privado en la medida en que se adaptaba a su normal funcio-

lución del sistema del derecho común. He sostenido una tesis diametralmente opuesta en *La soledad*, cit., *passim*, y en especial p. 89 ss., 151 ss.

29 Así J. Carbonnier, “Le Code civil”, en P. Nora (ed.), *Les lieux de mémoire*, II, *La Nation*, Paris 1986, pp. 293-315, la cita en p. 295.

30 Remito a *Lecciones*, cit., pp. 39-52 y también *supra*, pp. 82-84, 117-125. Sobre la aparición del principio de la autonomía de la voluntad a lo largo del siglo XIX resulta obligada la referencia a S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001.

31 Y no solo la ambición de los habitantes de Verrières, como afirmaba socarronamente Stendhal (del que tomo la cita) en *Le rouge et le noir* (1830), capítulo II.

namiento; y también del *carácter accesorio* de la constitución³² o –a falta de una constitución escrita– del valor constitucional de los códigos civiles³³, ahora elevados a “clave del edificio social”³⁴, queriéndose especificar así las distintas modalidades mediante las cuales se entendía la importancia de la sociedad de mercado y el carácter accidental del Estado.

Quien hoy, a unos años de distancia de las primeras descripcio-

32 E.-W. Böckenförde, “Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat”, en E.-W. Böckenförde (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, pp. 131-171, especialmente 146-147; D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, pp. 14-15, 27-29, 67-68, 89, 194-195, 295; D. Klippel, “Das natürliche Privatrecht im 19. Jahrhundert”, en D. Klippel (ed.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung*, Goldbach 1997, pp. 221-250, especialmente 241, 243, 248-249; R. Bäumlín, *Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Basel 1978, pp. 78-79; U. Cerroni, *La libertà dei moderni*, Bari 1973, pp. 79, 81; R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990, pp. 128-129; P. Costa, “Immagini della sovranità fra medioevo ed età moderna: la metafora della verticalità”, *Scienza e politica* 31 (2004), pp. 9-19, especialmente 15-18; Íd., “In alto e al centro: immagini dell'ordine e della sovranità fra medioevo ed età moderna”, *Il diritto pubblico* 2004, pp. 815-849, especialmente 816 ss., 832-838; Íd., *Cittadinanza*, Roma/Bari 2005, pp. 59-64, 102-107; y también *supra*, pp. 56-58.

33 J. Carbonnier, *Le Code civil*, cit., p. 309; J. Gaudemet, “Le Code civil, constitution civile de la France”, in *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, pp. 297-308; F. Ost, *Le temps du droit*, Paris 1999, pp. 226 ss.; D. Corradini, “Il processo costituzionale nella Francia rivoluzionaria e il diritto privato”, en M.A. Cattaneo (ed.), *Diritto e Stato nella filosofia della rivoluzione francese*, cit., pp. 171-207, especialmente 173-175, 186-187; C. Cremonini, *Il codice*, cit., pp. 116-117; R. Bonini, “Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942”, en *I cinquant'anni del Codice civile*. Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, Milano 1992, I, pp. 27-53, especialmente 28 ss.

34 Francesco Sclopis justificó así la determinación del legislador piemontés de dar prioridad a la redacción del código civil: “por ser la ley civil como la llave del edificio social y no poder las otras partes de la legislación determinarse convenientemente sino después de haber ordenado las bases de la jurisprudencia civil” (F.S., *Storia della legislazione italiana*, III, *Dall'epoca della rivoluzione francese (1789) a quella delle riforme italiane (1847)*, Parte prima, Torino 1864, p. 278). Lo que no impide que, en otro contexto histórico y apoyándose en otros valores, el resultado de la ponderación pueda ser muy diferente. Véase por ejemplo, en referencia al código penal francés de 1791, la valoración de P. Poncela, *Le premier code*, cit., p. 57: “Si la Révolution est bien une manière nouvelle de fonder les principes et le gouvernement de la société –ce que les débats à l'assemblée constituante expriment – le droit pénal est logiquement primordial”.

nes y tras haber discurrido sobre nuevas y estimulantes investigaciones³⁵, vuelve a reflexionar sobre estos temas, siente sin duda alguna incomodidad. Quisiera enriquecer la visión canónica y añadir algún elemento hasta ahora olvidado aunque fuera desestabilizador; no con la intención de destruir esta visión, sino de corregir las manipulaciones.

a) Molesta en primer lugar la falta casi absoluta de un análisis concreto del mecanismo económico que subyace en esta sociedad, debido quizá a la confianza ciega en la mediación de la “mano invisible”. Convencidos de que el juego de la competencia propicia resultados necesariamente *justos*, pareció adecuado y moralmente impecable pedir al Estado su intervención para tutelarlos, en su caso a través del aparato judicial. Es lícito esperar que un examen menos apresurado de este mecanismo desaga el hechizo y muestre también la vertiente problemática del sistema, esto es el aprovechamiento *legal*, por ello silencioso (pero no indoloro), de las diferencias económicas entre los jugadores, es decir, (para llamarla por su verdadero nombre) de la pobreza³⁶.

b) Además, cambia las cartas más de lo necesario la falta de atención a la legislación estatal que penetró en el contexto social en el que aspiraba a concretarse el código civil; una legislación, como hoy es sabido, *no* inexistente o solo aparente, sino eficaz y que puede documentarse³⁷. Intervino *inicialmente* en el nombre de una lógica estatal, atenta más a la igualdad que a la libertad y volviendo a proponer más o menos implícitamente comportamientos y estrategias inspiradas todavía en la *filosofía*

35 Cito al menos estas: A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973; A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Ius commune, Sonderhefte 52, Frankfurt am Main 1991; Íd., “Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral”, *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, pp. 1-24; J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris 1992; Íd., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996; X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère 2003. Otros trabajos de X.M., no incluidos en esta compilación, están mencionados en A. Cavanna, *G. Luosi e il diritto penale*, cit., pp. 670-671.

36 Para una primera aproximación elemental a esta problemática, véase P. Caroni, *Lecciones*, cit., p. 39 ss. y también *supra*, pp. 107 ss.

37 Es fundamental el análisis de A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., *passim*. Alusiones a estos temas también en mis reseñas de esta obra (*ZNR* 16 [1994], pp. 445-448 y *Journal of modern History* 67 [1995], pp. 728-730).

mercantilista. Y lo hizo con tal ímpetu que nos induce hoy a considerar la vieja *interpretación*, la que –para entendernos– celebraba con satisfacción “una especie de metafísica individualista de la que el Code ha impregnado toda la vida francesa”³⁸, únicamente como una discutible leyenda³⁹. Solo *más tarde*, avanzado el siglo, entendió secundar explícitamente las aspiraciones burguesas: exhortando a los sujetos jurídicos a ejercer de manera eficiente sus propios derechos, señalando algún ejemplo práctico o sugiriendo alguna estrategia concreta, como mucho prohibiendo los “aprovechamientos” poco provechosos económicamente⁴⁰.

Cuanto he mencionado aconseja no ceder a la euforia y reabrir el expediente, como dicen a veces los abogados, para reflexionar con toda la prudencia del caso sobre el nexo que, más allá de las apariencias o a escondidas, vinculaba realmente el código civil a la constitución. Sin excluir tampoco que, tras este examen, lo que todavía pudiera quedar del mito se deshiciera como la nieve con el sol de agosto.

6. Código civil versus código penal

Otro problema que debe afrontarse con prudencia es si el código civil ha intentado dominar, además del constitucional, el ámbito penal. Algunos, sin afirmarlo explícitamente, no lo excluyen: son los autores que ya he mencionado⁴¹. Se contentan con aludir al papel hegemónico reivindicado

38 “Une sorte de métaphysique individualiste, dont le Code a imprégné toute la vie française”. Así denuncia A. Siegfried, “De l’empreinte juridique sur l’esprit de la société française”, en A. Siegfried *et al.* (eds.), *Aspects de la société française*, Paris 1954, pp. 181-201, la citazione en p. 196.

39 Así lo ha indicado recientemente S. Solimano, “L’edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all’unità”, en *Il bicentenario del codice napoleonico*. Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei Convegni lincei 221, Roma 2006, pp. 55-88, la cita en p. 86. A. Bürge, por su parte, ha hablado repetidamente de una intolerable “Rückprojektion” (A.B., *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 29, 91, 309, 327).

40 Resumo así los rasgos que definen la reciente evolución del derecho privado. Para profundizar (lo que no puedo hacer aquí) me remito a cuanto he escrito años atrás tanto en “*Privatrecht*”: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Genf/München 1999, pp. 125-155; como en *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003, pp. 165-200.

41 *Supra*, p. 310 nota 20.

por el código civil sin indicar las víctimas, es decir, los ordenamientos arrasados (o solo *ordenados*) en cada caso por esta ambición invasora. Ello permitiría deducir (también) una (verdadera o presunta) subordinación del código penal. En este acuerdo, que es igual de tácito que vago, confluyen y se confunden aspectos del problema que es preferible tratar de manera diferenciada.

a) Está en primer lugar su *faceta de garantía*: desde siempre, las leyes penales han intentado favorecer la observancia de *otras* reglas jurídicas, las impuestas por la constitución, el derecho administrativo, privado, mercantil, feudal, militar, etc. Esto llevó a que J.-J. Rousseau afirmase que estas leyes son “no tanto una especie particular de leyes, como la sanción de todas las demás”⁴². Lo que explicaría por qué tanto los grandes sistemas iusnaturalistas como los programas ilustrados procedían a analizar el derecho penal solo *después* de haber tratado las reglas de las *otras* áreas jurídicas⁴³.

Hagamos dos observaciones. La *primera* para recordar que aquí nos enfrentamos a una relación, se diría hoy, funcional. Por ello, la norma penal deviene corolario de otra regla jurídica y la refuerza. Intenta favorecer su observancia previendo una pena por su lesión. Por este motivo podemos deducir una *subordinación* del aparato penal, ciertamente no en cuanto a la jerarquía puramente jurídico-política a la que alude quien –solo en referencia al código civil– habla de un código-guía⁴⁴. Si bastase con sancionar reglas abstractas (y confiar además en el soporte *ejecutivo* del aparato penal) para reivindicar también el papel de código-guía, entonces *todos* los códigos no explícitamente penales, y no solo el civil, aspirarían al mismo derecho; lo que, de no ser algo absurdo, modificaría de golpe las reglas de nuestro juego. La *segunda* para recordar que también

42 “Moins une espèce particulière de loix, que la sanction de toutes les autres”. *Du contract social; ou, principes du droit politique* (1762), libro II, capítulo XII (en la edición de *Oeuvres complètes* de la Bibliothèque de la Pléiade, vol. III, Paris 1964, p. 394). Igualmente F.D. Vasco, *Delle leggi civili reali*, Milano 1766: a las leyes civiles nacidas del pacto social “fue necesario añadir las leyes penales, para que las otras fueran observadas”.

43 Véase por ejemplo J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Tomo I, 2ª ed., Paris 1695, pp. 126-127. Por este hecho no sorprende que incluso la codificación prusiana asignara el último puesto al derecho penal. Véase *supra*, nota 7 y P. Balestreri, *Sulla codificazione penale alla fine del Settecento*, cit., pp. 15-16.

44 Así había argumentado, por ejemplo, Sclopis en el fragmento citado *supra*, nota 34.

esta subordinación es hoy claramente rechazada por quien afirma que el derecho civil y penal *no* tutelan siempre y necesariamente los mismos bienes jurídicos, razón por la cual también la teoría que considera la sanción penal solo como una *ultima ratio*⁴⁵ parece cada vez menos convincente⁴⁶.

b) Hace tiempo que me pregunto si para valorar correctamente la intensidad del vínculo que ligaba estas dos realidades tan dispares no es preferible seguir el camino inverso. Es decir, partir del código penal para ver si el civil figuraba, y cómo, entre sus destinatarios. Si lo hiciéramos, descubriríamos un hecho (obvio, pero igualmente) revelador: que el código penal vagaba por un *territorio* mucho más amplio que el (solo) civil. Y esto a despecho de todos los (numerosos) intentos de alegar lo contrario, es decir, de presentar el ámbito penal precisamente solo en clave de reflejo, esto es como fiel ejecutor de órdenes procedentes del civil⁴⁷; y de hacerlo en cumplimiento de ese (mítico) contrato social que, al imponer a los firmantes la renuncia a un fragmento (pequeño o grande) de su libertad, les garantizaba en compensación el goce pacífico de su propiedad; justamente ese haz de prerrogativas en torno a las cuales gira(ba)n claramente los códigos civiles.

Pero la realidad histórica desmiente esta lectura iuscivilista del derecho penal. Denuncia su estructura *polifémica*, esto es engañosa. No se para a magnificar el momento (legendario) de la suscripción del pacto

45 Es la (conocidísima) teoría en virtud de la cual el derecho penal “hat sich in die Stellung eines Dieners zurückgezogen, den man erst herbeiruft, wenn die mildern Mittel zur Aufrechterhaltung des gewünschten Zustandes der Ordnung nicht ausreichen und der Rechtsgüterschutz ohne die weiter reichenden Massnahmen des Strafrechts als gefährdet betrachtet wird” (en la brillante y clásica formulación de un gran penalista suizo: P. Thormann, “Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe”, en *Festgabe Eugen Huber zum siebzigsten Geburtstage*, Bern 1919, pp. 157-202, la cita en p. 157).

46 Se mueve en esta dirección M. Sbriccoli en la memorable intervención que puede leerse en: P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, Milano 1993, pp. 116-133, especialmente 129-132. Con referencia explícita al derecho penal suizo, véase recientemente M.A. Niggli, “Ultima ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt subsidiären oder sekundären Natur des Strafrechts”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 111 (1993), pp. 236-263.

47 Si esta interpretación es adecuada ¿cómo explicar que en el siglo XIX fueran sancionados con frecuencia códigos penales incluso faltando los civiles? Véase por ejemplo *supra*, nota 17.

social. Va más allá y registra, en pleno siglo XIX, el *retorno* del Estado, la consolidación de su presencia y la exaltación de sus funciones. El Estado liberal reivindicó de manera progresiva el monopolio del uso legítimo de la fuerza, garantizó un número creciente de derechos fundamentales y exhortó a la participación democrática en la vida política. Esto es: como hemos visto, no solo rodeó el universo iusprivatista de atenciones cada vez más delicadas⁴⁸. Fue más allá, orgulloso de la autonomía adquirida frente a la sociedad. Activó estrategias y realizó trámites que multiplicaron rápidamente los casos en los que la acción criminal ya no recaía *in primis* sobre un bien gobernado por la lógica económica individual, sino sobre otro que iba más allá, confirmando la intuición de Mario Sbriccoli, que consideraba esta ampliación del ordenamiento penal como “un excelente indicador de la evolución del Estado y de sus relaciones con la sociedad”⁴⁹.

Parece lícito concluir afirmando que el siglo XIX, al estar traspasado por el *retorno* del Estado, desvela de manera drástica y finalmente inequívoca una verdad: la que, en referencia a la codificación, distingue taxativamente entre el derecho civil y el penal como entidades autónomas que vagan por ámbitos de la sociedad quizá lejanos entre ellos pero no por eso opuestos dialécticamente. Han alcanzado su *autonomía normativa y disciplinar*, difícil de destruir e insensible al orden jerárquico. Sin renegar de un origen común, van por su cuenta, siguen itinerarios distintos que solo se entrecruzan excepcionalmente⁵⁰. No afirmo que esto fuese total-

48 *Supra*, pp. 316-317.

49 Sbriccoli en *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit. p. 130. Igualmente en p. 131 (“La norma penal surge como el indicador más fuerte del crecimiento y de la reestructuración del Estado”) como también en “La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale”, *Cenobio* 30 (1981), pp. 223-231, especialmente 230-231.

50 Cuando esto sucede, se acuerdan para garantizar la necesaria coordinación. Esto es: se adecuan a nociones y posiciones dogmáticas comunes sin que su autonomía sufra, tal como lo quiere el caso concreto. Véase la bibliografía helvética que cito a modo de ejemplo: W. Burckhardt, “Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 15 (1902), pp. 233-258; E. Hafter, “Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 15 (1902), pp. 259-275; A. Reichel, “Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht mit besonderer Rücksicht auf den Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 21 (1908), pp. 317-338; P. Thormann, *Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe*, cit., pp. 164 ss.; P. Liver, “Zivilrechtli-

mente desconocido en los siglos anteriores. Pero creo que la dispersión de la soberanía, tan característica de las prácticas feudales, fragmentaba y diversificaba la oferta jurisdiccional y multiplicaba las instancias, creando antagonismos difíciles de gestionar⁵¹. Y que todo esto eclipsaba esta (simple) verdad. Solo en el contexto del siglo XIX, iluminado por la obsesión unificadora de la ideología jurídica burguesa, todo pudo (re)aparecer nítido y coherente.

7. Oponerse a una tendencia

Pero ¿que significa exactamente “autonomía normativa y reguladora”? En esencia, dos cosas. En primer lugar, que los dos códigos, si bien están incardinados en el mismo ordenamiento jurídico y radicados en una común realidad política y social (sancionados ambos por el mismo Estado y destinados a organizar la misma sociedad), ya no regulan –como quizá ya se había entendido– la misma materia desde observatorios diferentes, sino que se enfrentan a temáticas distintas. E intentan resolverlas formulando las reglas específicas exigidas por la peculiaridad de las respectivas situaciones. En segundo lugar, que al hacerlo se atienen a las opciones reguladoras, esto es, a los métodos sugeridos en concreto (por no decir impuestos) por la especificidad de la materia y la finalidad de la intervención.

Hubiera sido deseable partir de estos argumentos –que consideraba, si no generalmente compartidos, sí al menos compatibles– para inaugurar una nueva fase en la investigación, menos sometida que en el pasado a prejuicios y gradaciones tácitas pero, en cambio, más atenta a la *historia social*, sobre todo la que se refugia en los códigos, ya que es la que muestra de modo más concreto el impacto que tuvo luego en la sociedad. “Hubiera sido bonito”: mas ¿por qué usamos el condicional? ¿Acaso

che Begriffe im Strafrecht. Bemerkungen eines Zivilisten”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 94 (1977), pp. 108-133.

⁵¹ El texto remite implícitamente a las múltiples manifestaciones de la *justicia negociada* y del *infrajudiciaire* que hoy se estudian con gran sensibilidad. Sobre estos temas reflexionó con constancia, competencia y pasión Mario Sbriccoli en una serie de trabajos que ahora son releídos y comentados en L. Lacchè/C. Latini/P. Marchetti/M. Meccarelli (eds.), *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, *passim*.

no ha explotado literalmente en estos últimos treinta años la “Historia de las codificaciones”? En realidad, cobra fuerza en todas partes: son innumerables las investigaciones dedicadas a este o aquel código local, regional o nacional; civil, mercantil o penal (por no hablar de los procesales, rurales, fiscales y feudales); a su elaboración, sanción y aplicación (lamentablemente más escasa); a su recepción (como texto legal o como simple modelo) fuera del Estado en el que fue concebido y sancionado; a la relevancia del humanismo jurídico, del iusnaturalismo, de la ilustración y del historicismo; a la influencia ejercida por filósofos, juristas y políticos, pero también por los técnicos del derecho y por los prácticos; y a otros aspectos. Y después de haber engrosado la bibliografía como en pocos otros temas, este nuevo sector ha conquistado recientemente las primeras cátedras. Se amplía a ojos vistas, coloniza rápidamente territorios incluso lejanos y monopoliza el interés de jóvenes investigadores. ¿Qué más podemos esperar?

Nadie pone en duda estos hechos porque son evidentes. Igualmente, nadie pone en duda que este torbellino ha arrojado nueva luz sobre muchos aspectos de la historia jurídica reciente y nos ha llevado (por razones nada desdeñables) a considerar la codificación del derecho como un punto de inflexión de la historia jurídica moderna, el que separa el antiguo régimen de la modernidad; un punto de inflexión que incide esencialmente en la historia de las instituciones incluidas en el código, en la ciencia jurídica que se ocupa de ellas, así como en el modo de enseñarla a los futuros juristas. Sin embargo, si utilizo el condicional es porque no todo lo contenido en esta oleada me convence. Es lícito (e incluso necesario) disentir desde ahora del propósito inicial, el de contar la historia de un procedimiento deseoso de delimitar un área del derecho vigente y de hacerlo de manera oficial, esto es, confiriendo al resultado de la operación el carácter de derecho *positivo*. En el lugar central de este plan resplandece inexorablemente un *concepto*, el de *código*. De cómo se defina depende, no solo el arco temporal de esta historia, sino también su contenido, esto es, los hechos de los cuales deberá ocuparse, los problemas que quiera afrontar, los vínculos que estará en condiciones de desvelar y las respuestas que finalmente pueda ofrecer. Y esto no es todo: del concepto concreto que comparta el historiador dependerán también todos esos autores que una historia de las codificaciones que se respete a sí misma deberá abarcar, considerándolos, si no protagonistas, al menos *precursores* de

la *moderna* idea de código. En otras palabras: el pasado *que importa*, el que esta investigación se propone abarcar y describir, es individualizado y seleccionado confiando *solo* en la capacidad de ordenar de un concepto. Todo lo que le corresponda será catalogado y será la materia prima de la narración. Todo lo que se aproxime o parezca sostenerlo, quedará en la periferia y será utilizado en una segunda fase. Todo lo demás, *se queda* donde está, inexorablemente recubierto –por no decir eliminado– por el tiempo⁵². En realidad, este procedimiento sustrae los códigos de su *habitat* natural para poder ordenarlos mejor, homologarlos y engullirlos. Anima a esa comparación que produce categorías y teje genealogías una tras otra. Lo considero como un trámite más idóneo para aplacar las ansias de un contable que para estimular la creatividad del historiador. Una desagradable deriva, sin más⁵³.

Sé bien que este es el riesgo inexcusable de caminar por la historia, que consiste inevitablemente en *descarnar* el pasado, pues solo así nos concierne y solo así es (o será) atrapado en nuestra red. Pero dudo que sea oportuno enfrentarse a este *viaje* singular con esperanzas tan específicas y concretas, esto es, solo en busca de algo que prefigure un concepto. Esto no es en realidad una investigación histórica, sino una exploración destinada a demostrar *ex post* los resultados previstos y que se contenta con *descubrir* y seleccionar cuanto *sirve* para anticipar el concepto. Si pienso en que toda esa larga, controvertida y compleja operación que llamamos *codificación* por lo general es programada, discutida, decidida, experimentada y sancionada, *no* en el vacío y menos en un laboratorio, sino en una sociedad histórica concreta y verificable; en que esta sociedad, al codificar un área específica del derecho intenta enfrentarse a una dificultad o al menos resolver un problema inminente; en que el código así promulgado estaba destinado (como una medicina) a *incidir* en la realidad social, a corregirla o sanarla, a regularla o legitimarla; si pienso en todo esto no logro concebir una historia de la codificación que rechace enfrentarse con (y sumergirse en) su verdadero contexto, que no lo tenga en cuenta y lo suprima, como se hace con las alusiones espurias o que *no nos conciernen*. Porque al refugiarse en la prisión de los conceptos, dicha historia no sabe responder ni siquiera a las cuestiones más elementales que la *lucha por la*

52 He resumido aquí (y por desgracia confirmado) mi antigua perplejidad: *La soledad*, cit., pp. 66-67, y también *supra*, pp. 249 ss.

53 Confirмо por desgracia dudas ya confesadas *supra*, pp. 246 ss.

codificación ha suscitado. Por citar algún ejemplo: no sabe decirnos si los códigos, una vez vigentes, cambiaron algo o se contentaron con llamar de manera distinta cosas antiguas⁵⁴. O bien: no explica por qué una sociedad, al querer unificar el derecho y pudiéndolo hacer siguiendo muchas vías, prefiere generalmente la de la codificación⁵⁵; sin olvidar la arrogancia con la que esta historia fría y aséptica contempla todavía los proyectos y los códigos que confirmaron –por otro lado de manera completamente consciente– el papel supletorio del derecho común. Cuando no los desprecia, los descalifica. Les reprocha haber ignorado o malentendido la esencia de la estrategia codificadora. Pero también se olvida –y esto es imperdonable– tanto de descifrar el mensaje que, *no obstante*, está inserto en esta (quizá discutible) opción, como de tener en cuenta las consecuencias que se producen en realidad⁵⁶.

Para acabar con este punto: si el código es hijo de una conyuntura concreta y, en este sentido, *sale de una sociedad para volver a ella*, solo teniéndola en cuenta puede ser valorado y comprendido. El procedimiento destinado a inventariar y a reordenar el derecho de un determinado sector, que en alemán se llama *Durchkodifizierung*, siempre ha tenido un valor únicamente instrumental, como la legislación que le ha precedido en el tiempo y que representa aún un momento esencial⁵⁷. Esto es: ha sido

54 Explico los motivos de este increíble callejón sin salida e intento dar una respuesta a la pregunta fundamental (obviamente en el sentido de que la codificación modifica *siempre y necesariamente*, mucho o poco, el derecho vigente) *supra*, pp. 271 ss.

55 Un estado federal, como lo es Suiza desde 1848, no solo incita singularmente a reflexionar sobre la eventualidad de unificar el derecho (privado o penal), sino que parece multiplicar las vías para lograrlo, de la más tímida (la del concordato) a la más audaz (la de la codificación). No es fácil darse cuenta de ello por ser un tema, curiosamente, sin explorar. Como siguen sin explorar (y sin comprenderse) las razones históricas que han sancionado en general el dominio de la estrategia codificadora. Alguna fugaz alusión en O. Müller, “Vom Zivilgesetzbuch und der Schweizerischen Rechtseinheit”, *Wissen und Leben* 16 (1922-1923), pp. 690-699; P. Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 10, 108-109, 114-115.

56 Véase *supra*, pp. 287 ss.

57 Afirmar que la legislación precede a la codificación significa aceptar que existe una historia anterior. Pero el comienzo de esta historia depende, una vez más, del concepto concreto de legislación que el historiador adopte. Para algunos, se refiere a la *lex romana*, para otros al derecho elaborado en la edad media por la Iglesia (y después recopilado en el *Corpus iuris canonici*), para otros, también a la época iusnaturalista e ilustrada. Deseando evitar caer en una batalla nominalista, me contento aquí con dos advertencias. La *primera* para recordar que el código se alimenta realmente de leyes sin

siempre (únicamente) una estrategia a la que acudieron Estados y sociedades para combatir un problema o resolver una crisis. No se puede describir su significado sin hablar *también* al mismo tiempo de la sociedad que en una determinada situación histórica decide realizarla. Y sin mostrar con qué libertad se apropió de ella esta sociedad, adaptándola poco a poco a sus propias miras. De ella es necesario partir, sobre ella es urgente reflexionar, sobre los antagonismos que la agitan y sobre los programas que intenta realizar, para darse cuenta finalmente de los códigos, de lo que son y lo que quieren, de por qué han sido deseados y realizados tal como son *y no de otra manera*: buenos o malos, originales o clónicos, completos o parciales. Y también por qué una vez sancionados han tenido con frecuencia resultados distintos de los previstos o deseados por el legislador.

llegar sin embargo a saciarse. Las usa como ladrillos para construir algo nuevo (como intuyó Antoine de Saint-Exupéry : “Je sais trop bien qu’en assemblant des pierres c’est du silence que l’on crée. Lequel ne se lisait point dans les pierres”. *Citadelle*, capítulo 3, en la edición de *Oeuvres complètes* de la Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 1999, p. 379). La *segunda* para confirmar un hecho que, en la lógica de este trabajo, considero esencial: que ni la legislación ni la codificación disponen de una historia autónoma que no esté radicada en el (y determinada por el) objeto que capturan de manera concreta. Son solo estrategias, tienen carácter instrumental y actúan con órdenes variables según la materia que en cada ocasión atrapan con su *abrazo*. Mientras exista y merezca nuestra atención, la historia de las instituciones antes reguladas por las leyes y más tarde insertas en los códigos, la de la *forma* código sigue siendo, en mi opinión, una seductora quimera, un ejercicio estéril y generalmente privado de comprobaciones históricas visibles. Un iusprivatista se enfrenta con la codificación cuando reflexiona sobre el desarrollo de las instituciones de derecho privado en la edad moderna. Examina entonces si la *forma* código, cuando se *adueña* de estas instituciones, modifica –más o menos– su significado. Es lo mismo para los cultivadores del derecho penal, mercantil, procesal, etc. Pero resulta difícil imaginar el caso contrario, el de un historiador del derecho que se *enfrente* a la codificación cuando reflexiona en abstracto sobre el desarrollo de las formas de producción del derecho. Si por desgracia esto sucediese, provoca esa proliferación de conceptos que ya he tenido ocasión de considerar poco conformes con la realidad histórica. Igualmente se puede (y quizá se debería) reflexionar sobre el *estatuto* (o como a veces se escribe mezclando curiosamente las etiquetas, sobre la *legistación estatutaria*): pero aquí el discurso se complica. Por ello lo concluyo a tiempo, remitiéndome a lo que he dicho en “Statutum et silentium. Viaggio nell’entourage silenzioso del diritto statutario”, *Archivio storico ticinese* 33 (1995), pp. 129-160, especialmente 133 ss.

8. Pero ¿cómo?

Partamos por tanto de la sociedad decimonónica y de su relación –variable pero siempre fundamental– con el Estado; de su aspiración a un nuevo fundamento normativo que reflejase la alcanzada (o al menos esperada) abolición del feudalismo y regulase un espacio libre al fin de privilegios, prerrogativas y monopolios⁵⁸; también de su identificación con algunas li-

58 No es casual que el texto insista sobre las disposiciones legislativas destinadas a derribar las estructuras sociales y económicas del sistema feudal. Esto sucede por dos motivos. *En primer lugar* porque representaban –una vez puestas en ejecución– la premisa constitucional sin la cual el código ni podía ni debía dirigirse –como mensaje común– a todos los habitantes de un estado; como lo demuestra el ejemplo que cito *supra*, p. 238 nota 87. *En segundo lugar* llaman nuestra atención (diría que saludablemente) sobre la unión a veces visible, otras veces oculta, entre el código y el modelo social presupuesto, (y más en general) entre el sistema de fuentes y su contexto político y social. Un nexo que no es lícito *simplificar* más de lo debido para salvar la pureza de un concepto. Como hacen por el contrario esos autores para los que el código presupone necesariamente la desaparición de los estamentos; ignorando por ejemplo que el ABGB austriaco de 1811 se remitía con frecuencia a las prerrogativas estamentales (como repetidamente ha recordado W. Brauneder, por ejemplo en “Allgemeines aber nicht gleiches Recht: das ständische Recht des ABGB”, en H. Hattenhauer/G. Landwehr [eds.], *Das nachfriederizianische Preussen 1786-1806*. Rechtshistorisches Kolloquium 11-13 Juni 1987, Heidelberg 1988, pp. 23-33; Íd., “Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation”, en *Vestigia iuris romani*. Festschrift für Gunter Wesener, Graz 1992, pp. 67-80). Y tampoco saben que incluso Thibaut, que con su opúsculo de 1814 había encendido inconscientemente la célebre polémica, se refería a un código destinado más a los súbditos (*Untertane*) que a los burgueses (*Bürger*), más cercano por tanto al modelo prusiano de 1794 que al francés de 1804 (así, explícitamente, H. Kiefner, “Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit”, en A. Buschmann/F.-L. Knemeyer/G. Otte/W. Schubert (eds.), Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1983, pp. 53-85, especialmente 80-81). Con todo, me parece importante reafirmar el *principio de la correspondencia* entre el modelo social y el sistema de fuentes, así como la urgencia de estudiar las numerosas conexiones con la necesaria cautela. Reflexionan sobre la amplitud de este impulso, por ejemplo, A. Cavanna, “La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca”, en A. De Maddalena/E. Rotelli/G. Barbarisi (eds.), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, pp. 611-657, especialmente 620, 629, 631; G. Tarello, *Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., pp. 15-42; P. Ungari, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967, pp. 15-16; P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 25-26, 41-43, 71 ss., 75-77; R.C. von Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European legal History*, Cambridge

bertades constitucionales: sobre todo con las que garantizaban la libre circulación de personas y mercancías, comprendidas luego en la libertad de comercio. Quiero decir que muchas razones la empujaban a reconsiderar con gran atención el papel que deseaba otorgar al derecho. A ellas se añadían ahora otras nuevas: el deseo de favorecer la estrategia jurídica frente a otros mecanismos de obtención del consenso⁵⁹, o el de corresponder –al menos parcialmente– a las exigencias del modelo democrático⁶⁰. Cuando finalmente debió decidirse, fue atraída *naturalmente* por el programa codificador, como un procedimiento que garantizaba mejor que otros (disponibles) la unidad, la coherencia, la plenitud y la visibilidad del derecho. Como se había establecido para frenar la esporádica (pero imprevisible y por ello temible) presencia de la costumbre, este programa premiaba a *la ley* (como por lo demás sugería la ideología ilustrada), la prefería a las demás fuentes jurídicas, todas ellas más evanescentes⁶¹. Subrayaba su

1987, pp. 67-69; P. Becchi, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del Codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova 1999, pp. 24-25, 120-121.

59 Véase ahora R. Garré, “Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto ed altri ordinamenti normativi”, *Forum historiae iuris* de 14 de febrero de 2003; C. Dipper, “Geschichtswissenschaft und Rechtsgeschichte”, en L. Pahlow (ed.), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2005, pp. 56-73, especialmente 63; P. Caroni, *La soledad*, cit., pp. 80-83.

60 Con frecuencia he intentado mostrar la influencia (ocasionalmente fuerte pero siempre limitada) ejercida por el modelo democrático sobre la elaboración del código de derecho privado, por ejemplo en “Die Anziehungskraft der Demokratie in der schweizerischen Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts”, en C. Schott/C. Soliva (eds.), *Nit anders denn liebs und guets. Petershauser Kolloquium aus Anlass des achtzigsten Geburtstages von Karl S. Bader*, Sigmaringen 1986, pp. 39-46; Íd., *Privatrecht: Eine sozial-historische Einführung*, cit., pp. 146-155.

61 Resulta inevitable la remisión a la afirmación de W. Dilthey según la cual “das 18. Jahrhundert fand die höchste Form der Objektivierung seines Geistes in der Gesetzgebung” (W.D., “Leibniz und sein Zeitalter”, *Gesammelte Schriften*, XII, Leipzig 1914 [1959], p. 132). Sobre la opción ilustrada a favor de la legislación, porque –más que otras fuentes jurídicas– está naturalmente predestinada a modificar el derecho vigente, véase M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966; G. D’Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, *passim* y especialmente pp. 30 ss.; G. Tarello, *Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., pp. 223 ss., 259 ss.; I. Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, pp. 417 ss.; C. Dipper, “Naturrecht und politische Reformen in Italien 1750-1850”, en D. Klippel (ed.), *Naturrecht und Staat*, cit., pp. 171-198; W. Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 3ª ed., Göttingen 1988, pp. 67-77.

(más o menos libre) factibilidad⁶² y compartía su fuerza reguladora o tautomática. Y disponía por ello su redacción escrita, completa y articulada para que –sancionada según un proceso formal– rodease de autoridad el perímetro del derecho vigente y lo promoviese así a derecho *positivo*⁶³, a consecuencia del recién adquirido monopolio legislativo estatal y en apoyo del nuevo pueblo de los sujetos jurídicos.

Si nos preguntamos por los ámbitos que este frenesí codificador tomó en consideración preferentemente, debemos distinguir.

a) Debiéndose fijar las reglas del *juego* de la competencia –anticipadas por la primacía de la autonomía de la voluntad del sujeto jurídico y por las libertades contenidas en ella– ante todo en el ámbito *del derecho privado*, la moderación era obligada. El *código civil* se contentó con imponer *una* regla. Una sola pero literalmente constitutiva, ya que generalizaba la capacidad jurídica⁶⁴. *Transformaba* a los individuos en

62 Entendida con el significado específico de la expresión alemana *Machbarkeit*.

63 La prudencia de esta formulación no es casual, ya que el texto quiere relativizar (prudentemente) esa teoría según la cual solo el derecho explícitamente sancionado (es decir puesto en vigor) por el Estado puede llamarse *positivo* (es decir, objetivo, puesto que es vinculante). Mientras yo considero que este predicado tan anhelado puede conseguirse también por otras vías: por ejemplo, las recorridas por la ciencia jurídica, por los contratos, por la costumbre y por el derecho estatutario en la época anterior a la codificación. Todas remiten a otro contexto político (sobre el cual véase *supra*, nota 58) y exigen verificaciones menos expeditivas y tajantes que las probadas por la intervención estatal. Intento acercarme (todavía de forma provisional) a este ovillo conceptual en “Consuetudo: eine Einleitung”, en *Commentationes Historiae iuris Helveticae*, 6 (2010), pp. 1-12; Íd., *La soledad*, cit., pp. 162-163, 166-167. Sobre los distintos aspectos sometidos a nuestro interrogatorio y desde distintas posiciones metodológicas, véase S. Kuttner, “Du terme droit positif”, *RHDFE* 15 (1936), pp. 728-740; S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm/Uppsala/Göteborg 1960, pp. 210 ss.; T. Simon, “Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts”, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institutes für Europäische Rechtsgeschichte* 7 (2005), pp. 100-137; Íd., “Vom materiellen zum formellen Publikationsprinzip”, *ZNR* 30 (2008), pp. 201-220; R. Garré, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Frankfurt am Main 2005, *passim*, especialmente 269-271; S. Meder, *Ius non scriptum. Traditionen privater Rechtssetzung*, Tübingen 2008, *passim*.

64 Esta formulación es visiblemente tributaria de las intuiciones de G. Tarello, *Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., pp. 28-41 (pero en realidad ya en *Le ideologie della codificazione nel XVIII secolo*, Parte I, Genova 1971, pp. 14-29) como también de las

sujetos jurídicos y de esta manera los obligaba a engancharse a la red del mercado. Hecho esto, después se contentó con formular sugerencias y consejos destinados a los sujetos, libres éstos de tenerlos en cuenta o de sustituirlos por reglas propias. Y se remitió a veces a reglas externas al código o subsidiarias, dejando libres a las partes para adherirse a ellas (esto es –para llamar las cosas por su nombre– hizo prevalecer la voluntad del contrayente más fuerte). Si preveía excepcionalmente intervenciones moderadoras, incluso *correcciones* destinadas a mitigar un desequilibrio demasiado manifiesto, se cuidaba mucho de imponerlas con autoridad: prefería confiarlas a la discreción del juez o a la imprevisible vaguedad de las cláusulas generales⁶⁵.

En resumen: tendía a formular derecho dispositivo, esto es, flexible y propositivo. Podía servir así a una sociedad individualista, respetuosa con la autonomía de la voluntad pero igualmente útil para los planes y exigencias de quien ostentaba el poder. Si lo llamo –utilizando un neologismo filosófico– *código débil*, es solo porque exaltaba aspectos aparentemente *negativos*: la primacía de un derecho dispositivo y fragmentario, la ausencia (esto es, la débil incidencia) de reglas imperativas⁶⁶ y la adhesión

más antiguas pero por desgracia olvidadas de J. Maillet, todas anticipadas tanto en una conferencia dictada en Skopje en 1966 (*Les conditions historiques de la codification moderne*, texto en macedonio publicado en el *Annuaire de la Faculté de droit de Skopje* 1966, Skopje 1967, pp. 335-370), como en una intervención parisina de 16 de diciembre de 1967 (cuyo resumen aparece en la *RHDFE* 46 [1968], pp. 695-696).

65 A esta estrategia liberal, que fue sostenida en la Confederación helvética por Eugen Huber de manera brillante y victoriosa, se opuso la indiscutiblemente más social del gran iuslaboralista Philipp Lotmar, que prefería intervenir *directamente* con la fuerza de una regla jurídica concreta, evitando recurrir e implicar al juez. Pero más allá de estas dos posiciones jurídico-políticas había también razones de naturaleza histórica y teórica que no podemos discutir en esta sede. Me he ocupado de ellas en “Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage”, en P. Caroni (ed.), *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*. Colloquium zum 150. Geburtstag, Bern 15.-16. Juni 2000, Frankfurt am Main 2003, pp. 165-193.

66 Incluso el más liberal de los códigos civiles burgueses no puede prescindir de reglas imperativas, porque a veces la racionalidad burguesa empuja en esta dirección. Lo que significa que con frecuencia el *ius cogens* no relativiza y no corrige (como tenemos el hábito de repetir) el codificado sino que más bien lo *confirma*. He citado algún ejemplo de esta singularidad en “Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen, aber nicht systemwidrigen Privatrechts”, en P.C., *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., p. 165-200. Pero no se olviden dos cosas: que el derecho imperativo de los códigos civiles es una excepción. Y que

al principio de igualdad formal unida a la tácita aceptación de la desigualdad material; y una presencia tenue, incluso incolora, de la ley. Por no hablar del hecho de que un código tan *vago* ocultaba la sociedad, es decir no permitía ni hipótesis ni anticipaciones respecto al derecho privado *realmente* elegido, compartido y practicado.

b) En el ámbito *del derecho penal* la música era muy distinta. Otros valores y prioridades reclamaban otras respuestas. Aquí urgía ante todo trazar el marco del *juego social*, fijar los límites taxativos e insuperables y garantizarles la máxima visibilidad. Lógicamente el Estado, que se consideraba interpelado, alzó la voz. Intervino legislando⁶⁷. Pero esta vez su mensaje fue inflexible e ineludible, como disponía por otro lado el principio de legalidad con su cuádruple prohibición⁶⁸. La forma código se prestaba excelentemente a enfatizar su capacidad y por ello a sancionar

sobre la relación entre la regla (la autonomía de la voluntad) y la excepción (el derecho impuesto por el legislador que neutraliza y suspende la autonomía de la voluntad) se debería reflexionar con más coherencia.

67 La preferencia así acordada a la legislación era una “deriva” a la que la escuela histórica intentó oponerse a su modo, es decir insistiendo sobre el origen consuetudinario del derecho: tanto del (popular) que nacía de la base como del sapiencial. Antes o después, este rechazo radical de la legislación incluyó también el principio de legalidad, sin llegar por ello a hacer mella en su sustancia o a modificar su valor. Véase sobre este episodio H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main 1976, pp. 124-155. No produce asombro el hecho de que Pellegrino Rossi, que había compartido solo parcialmente el *Credo* del historicismo, considerase seguro que en el ámbito penal “les résultats de la création nationale doivent toujours être saisis et régularisés par la loi positive” (P.R., *Traité de droit pénal*, cit., p. 484, y también pp. 5-6 y 464 ss.).

68 Esta cuádruple prohibición chocaba con la imposibilidad de determinar la disciplina legal (de ahí *nullum crimen sine lege*, como también *nulla poena sine lege*), la aplicación del derecho consuetudinario, la interpretación *per analogiam* y la retroactividad de la ley. Explora con gran rigor la historia de estas prohibiciones y de su reciente confluir en el principio de legalidad tal como se entiende hoy H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter*, cit., *passim*. En concreto, el autor analiza los méritos de la tradición iusnaturalista e ilustrada (pp. 33 ss.), los de la revolución francesa (67 ss.), de Locke y Montesquieu (55 ss.) y finalmente de Feuerbach (102 ss.). Muchos aspectos de esta historia tan compleja se tratan en los trabajos de *Quaderni fiorentini* 36 (2007), simbólicamente sintetizados por el título: “*Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*”. Los reseña, anticipándolos con gran rigor, P. Costa, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, pp. 1-39.

una ley que fuese al mismo tiempo *scripta, praevia, stricta et certa*⁶⁹. Esta vez era un *código fuerte* que, en nombre de la igualdad, pretendía también educar: prohibiendo y obligando. No cedía ante la autonomía de la voluntad, sino que la doblegaba; sancionaba exclusivamente derecho imperativo y se lo imponía a todos⁷⁰, sin demasiadas consideraciones hacia las clases sociales⁷¹ pero no por eso indiferente a la historia personal, a las *vivencias* del reo. En una palabra: *operaba* de forma muy distinta.

69 Así resume el principio de legalidad, subvirtiendo las cuatro prohibiciones antes enumeradas, W. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin/New York 1983, pp. 109-110.

70 Quién no recuerda, cuando reflexiona sobre la *pedagogía de la igualdad*, la diáfana página de Robert Walser sobre la camaradería entre los soldados: "Die Rang- und Bildungsunterschiede fallen unbarmherzig in einen grossen, bis heute noch immer unerforschten Abgrund, in die Kameradschaft. Diese herrscht, denn sie fasst alles zusammen. Die Hand des Kameraden ist für keinen eine unreine, sie darf es nicht sein. Der Tyrann Gleichheit ist oft ein unerträglicher, oder scheint es zu sein, aber was für ein Erzieher ist er, was für ein Lehrer" (R.W., "Der Gehülfe", en R.W., *Das Gesamtwerk*, ed. de J. Greven, vol. V, Genf/Hamburg 1972, p. 19).

71 La eliminación de las diferencias estamentales del derecho penal, es decir el principio de igualdad de la pena, fue reclamada en Francia por los *cahiers de doléances* y luego realizada por el *Code pénal* de 1791 (véase P. Poncela, *Le premier code*, cit., pp. 66-67; C. Brandt, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preussens*, Frankfurt am Main 2002, pp. 30-31, 101). En Italia su paladín fue Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, § 21, *Pene dei nobili*), poco antes de que el Código penal de Giuseppe II (la denominada *Giuseppina*) de 1787 lo adoptara (Parte I, cap. 1, § 6). Lo que probablemente explica el rechazo milanés, es decir la oposición (vencedora) de la clase dirigente lombarda a la introducción de la *Giuseppina* en Lombardia. Véanse por ejemplo A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 29 ss., 41, 51-52, 58-59; Íd., *G. Luosi e il diritto penale*, cit., pp. 650-653; P. Rondini, *Il progetto di codice penale per la Lombardia austriaca di Luigi Villa (1787). Pietra scartata o testata d'angolo?*, Padova 2006, pp. 55 ss., 135-137, 202. Algunos años más tarde los patricios de Berna imitaron a sus colegas subalpinos. Rechazaron el Código penal apresuradamente elaborado y sancionado por la República helvética en 1799, pues lo juzgaron demasiado vinculado al modelo francés. Es decir al código penal citado al comienzo de esta nota y que consideraron demasiado *democrático*. Véase R. Ludi, *Fabrikation*, cit., pp. 292-293 (y para un análisis del contenido de este código helvético, 239-290).

9. Una pregunta insidiosa ¿qué código preferir?

Pero entonces ¿cuál de los dos códigos es preferible? En el momento de formular un balance conclusivo ¿cómo resistir la tentación de responder a esta pregunta⁷² *premiando* al código penal? Porque realmente parece reflejar con mayor conciencia las líneas que fundamentan la teoría codificadora. Esto es: encarna mejor el concepto de código tal como se propone y comparte generalmente. Y lo hace en distintos planos y por varios motivos:

- ante todo, evidencia la presencia vigorosa del Estado, de un Estado que al privilegiar la ley, al preferirla a todas las otras fuentes jurídicas, confiere también mayor visibilidad (y certeza) al derecho vigente. Podemos decir: una presencia fuerte que vincula idealmente garantía y estatalismo⁷³;

- aspira a una mayor plenitud y regula con rigor, sin escapatoria, el pueblo de los destinatarios;

- está menos ligado a una tradición sapiencial, menos inmovilizado por un pasado tan famoso como fastidioso y se mueve con mayor desenvoltura. No se contenta con simplificar (o reordenar) el material legislativo preexistente, sino que tiende continuamente a renovarlo⁷⁴.

⁷² Pregunta por otro lado ambigua, ila única que *no* debe formularse!

⁷³ Resulta inevitable la referencia a D. Corradini, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano 1971.

⁷⁴ También insisten sobre esto, entre otros, A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 18-19, 20-21 y S. Kesper-Biermann, “...die Oeuffnung, durch welche in die Brust der Gesetzgebung geschaut wird’. Zur parlamentarischen Beratung von Strafrechtskodifikationen im Deutschland des 19. Jahrhunderts”, *ZNR* 16 (2004), pp. 36-61, especialmente 38 y 59. Pero no puedo ocultar cierto escepticismo al respecto. Si es verdad que quien codifica el derecho lo renueva automáticamente (como se ha recordado *supra*, nota 54), no se entiende por qué sucede esto con preferencia en el ámbito penal. En realidad *todos* los códigos prefiguran el futuro. Pero aceptan el riesgo de ser rechazados. Si lo dispusiesen de otra manera traicionarían a sus autores y rechazarían al legislador, que nunca actúa solo para confirmar el pasado. Ni siquiera el código de derecho canónico se sustrae a este automatismo, a pesar de la apertura hacia el pasado prevista en el de 1917 (can. 6) y confirmada, aunque de manera mitigada, por el de 1983 (can. 6), en la que se puede ver una concesión a la estructura particular de la Iglesia católica y a la naturaleza de su empeño pastoral. Véanse las reflexiones de P. Grossi, *Mitologie giuridiche*, cit., p. 104-105; Íd., “Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla

Este podría ser el balance preparado por los historiadores que, tras haber elaborado su concepto personal de código o tras haberse adherido a una de las definiciones corrientes, perciben el pasado solo *sub specie codificationis*. Dadas estas premisas, su loa a la codificación del derecho penal parecería tan previsible como justificada. Como lo sería –previsible y justificada– la relativa crítica al código civil y a sus autores por no haber tenido bastante en cuenta conceptos y definiciones, ni en el momento de realizar los proyectos ni más tarde, con ocasión de una de las numerosas modificaciones. Pero ¿cómo se explica entonces la existencia de códigos tan diferentes cuando se elaboran *al mismo tiempo* por el *mismo* legislador y se sancionan por el *mismo* parlamento?

Estas preguntas serán todo lo ingenuas que se quiera. Pero surgen espontáneamente del escepticismo que siento cuando reflexiono sobre este balance que considero, no solo discutible, sino también infecundo; al que contrapongo otro que, obviamente, prefiero y al que llego –lo recuerdo por última vez– si *invierto* los términos del razonamiento y parto de la sociedad. De una sociedad que con frecuencia debe afrontar emergencias complejas y variadas. Y que intenta encontrar una solución (también) codificando el derecho, el civil y el penal, según un orden temporal dictado únicamente por la urgencia. Si al final sanciona dos códigos tan distintos, uno débil y otro fuerte, no es por ignorancia o torpeza, sino porque los ámbitos a los que los códigos estaban destinados exigían intervenciones disintintas. Si en el ámbito civil había que evitar que unas normas demasiado rígidas y autoritarias se enfrentasen a las reglas del mercado y entrasen en concurrencia con ellas, provocando fricciones y retrocesos embarazosos, en el penal urgía tomar un camino que evitase los dos peligros contrapuestos: el de desorientar a los ciudadanos por la ausencia de directrices explícitas y vinculantes, o el (contrario) de destruir la libertad de acción con provisiones en exceso sofocantes⁷⁵.

scelta codicistica del legislatore canonico)”, en A. Cattaneo (ed.), *L’eredità giuridica di San Pio X*, Venezia 2006, pp. 141-154.

75 Sobre la importancia de legislar teniendo la debida consideración tanto a la libertad como a la seguridad de los destinatarios, tanto en el ámbito penal como en el civil, ha reflexionado con amplias miras G. Arzt, “Strafrecht: ein dogmatischer Tyrannosaurus Rex?”, en G. Arzt/P. Caroni/W. Kälin (eds.), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?* Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des Juristischen Studiums, Bern/Stuttgart/Wien 1994, pp. 9-26, especialmente 16, 19-20, 25.

Deduzco de ello, para concluir de verdad, que la propia sociedad, la que denominamos burguesa porque está dominada por grupos que intentan realizar un nuevo plan social y económico de inspiración capitalista, se sirvió con frecuencia de la estrategia codificadora para hacer frente a sus necesidades, estructurales o contingentes. Se apropió de ella de manera totalmente pragmática, esto es, la adaptó y (si fue necesario) la distorsionó en función de estas necesidades, sin demasiados miramientos hacia el *verdadero* concepto de código, cambiando y variando como lo exigía la materia sobre la que debía intervenir. Fue siempre la sociedad la que decidió cuánta codificación necesitaba y qué orden concreto había de conferirle. Es una verdad tan simple como fundamental. Pero ¿por qué nos gusta olvidarla cuando reflexionamos sobre los códigos y su contexto?

RECEPTIO DUPLEX VEL MULTIPLEX El *ABGB* en el contexto suizo

1. *Reflexionar sobre un modelo legislativo*

Por motivos que resultan obvios y que por lo tanto sería inoportuno discutir, se me ha sugerido reflexionar en voz alta sobre el destino del *ABGB* austriaco en la Suiza del siglo XIX. Respondo con gusto al deseo, pero no sin antes recordar al lector que el tema me obligará a divagar. No solo en un sentido propio, es decir geográfico, debiendo plantearme, de este modo, la presencia del código en territorios ajenos al Imperio de los Habsburgo, sino también respecto al valor del propio código. Considerado hasta ahora como *derecho positivo*, vigente uniformemente en todas las áreas –cercanas o lejanas– del inmenso y único Imperio. Lo que –lo recuerdo de paso pues lo olvidamos de buena gana– dice mucho sobre la estrategia unificadora que subyace en los códigos, aun sin excluir que, en territorios tan dispares, haya dado lugar también a interpretaciones sugeridas inevitablemente por tradiciones o costumbres locales, como lo han confirmado puntualmente numerosas intervenciones durante este coloquio¹. En cambio, ahora se trata de reflexionar sobre el valor del *ABGB* como *arquetipo o modelo*, como ejemplo en el cual inspirarse o que debe seguirse al codificar localmente. Por ello es necesario cambiar el tono y ponerse otros anteojos, debiendo examinar, *no* exactamente el derecho aplicable, *sino solo*

1 Véase, por ejemplo, la aportación de Ch. Neschwara, “Das ABGB in Ungarn. Verfassungsrechtlich bedingte Adaptation einer Kodifikation”, en P. Caroni/E. Dezza (eds.), *L'ABGB e la codificazione del diritto in Italia e in Europa*. Atti del Convegno Internazionale, Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006, pp. 451 ss. Pero, es un argumento tradicional y, además, ya había seducido la mirada (por otra parte aguda y maliciosa) de E. Ehrlich (véase, por ejemplo, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin 1986, pp. 59-60, 90-91).

el propuesto o sugerido y, por lo tanto, aceptado o rechazado libremente; y debiendo implicarse con respuestas efectivamente dadas pero que, en apariencia, se excluyen recíprocamente y, en este sentido, se consideran contradictorias; respuestas que no pretenderé valorar pero que se comprenden y se explican mejor a la luz de sus respectivos contextos².

Por lo demás, cambiar de tono parece inevitable si es cierto que la influencia del arquetipo y, por lo tanto, la “consistencia” de la influencia dependen también de las relaciones concretas que pueden imaginarse entre el remitente y el destinatario de un mensaje que se erige ahora en modelo. Nos obligan a una constante comparación entre el modelo externo y las tradiciones, estructuras y exigencias locales en cuyo ámbito «juegan» (quizá de modo determinante) variables ajenas a la lógica de quien interpreta y aplica el derecho positivo. Puedo recordar alguna de ellas si sirve para ilustrar mis reflexiones.

Pienso, en primer lugar, en las de *naturaleza política*: podían propiciar el interés por un código todavía monárquico y estamental (como lo era el *ABGB*) por parte de un régimen político conservador (este fue, manifiestamente, el caso del código civil de Berna, promulgado entre 1826 y 1830, del que habré de ocuparme)³, aunque podían también disuadir a los Cantones ya democráticos de referirse a él (como lo demuestra la historia del Código civil del Tesino de 1837)⁴.

2 Es clásico al respecto el ejemplo del primer código cantonal del siglo XIX, el del Cantón de Vaud, sancionado en 1819. Mientras Pellegrino Rossi lo consideraba “copié presque en entier” del Código francés de 1804, (*Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, in *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, II, *Histoire et philosophie*, Paris 1857, pp. 1-23, la cita en p. 2), los autores contemporáneos subrayan más bien su relativa autonomía frente al modelo (así, por ejemplo, J.-F. Poudret, “Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^e siècle”, *RHDFE* 69, 1991, pp. 41-61, especialmente 48 ss.).

3 Para los patricios de Berna el *ABGB* resultaba realmente “politisch unbedenklich”, como recordó recientemente B. Dölemeyer, *Napoleons Gesetzbuch. Code Napoléon*, facsímil de la edición original de 1808, Frankfurt am Main 2001, “Nachwort”, p. 1084. Sobre el Código de Berna, véase también *infra*, pp. 346-348.

4 *Bullettino delle Sessioni del Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino*, Sesión ordinaria de mayo de 1837, Bellinzona 1837, pp. 80-81: en el tema de la definición del concepto de ley, un diputado se opuso a la propuesta de formularla siguiendo el ejemplo del Código austriaco por no considerarlo “adaptable a la situación de un Estado democráticamente constituido como lo está el nuestro, en el cual la soberanía de la que

Pero no excluyo la existencia y la influencia de *premisas culturales*, como las que descubren el ascendiente metodológico de los legisladores cantonales (la aceptación o el rechazo de las certezas historicistas, o de las iusnaturalistas, o de las positivistas), o que desembocan en el debate fundamental de si era preferible codificar inspirándose en un modelo externo o más bien –como se hizo en realidad en el Cantón de Zúrich– emprender el camino de la autonomía.

2. La Suiza decimonónica. Algunas premisas necesarias

Aun gozando del (discutible) privilegio de concluir con esta aportación una nutrida serie de intervenciones, no por eso me resulta fácil aprovecharme de las reflexiones desarrolladas hasta ahora y de los resultados así conseguidos, ya sea porque habré de separarme del tema (como acabo de recordar), ya sea porque el país del que tengo la intención de ocuparme es demasiado (e irremediablemente) diferente de los examinados hasta ahora. Es bueno darse cuenta de ello antes de afrontar nuestro tema, enumerando algunas premisas útiles.

a) Durante todo el siglo XIX, Suiza fue un estado federal que creció –tras la problemática experiencia centralista de la República Helvética (1798-1803)– sobre el reconocimiento de la autonomía prácticamente absoluta de los Cantones. Una autonomía que, aun mitigada por la Constitución de 1848 y por la consiguiente institución de una autoridad central competente, permaneció pese a ello como un pilar de la organización estatal. Y que incluía la competencia para formular reglas de derecho privado, sancionando códigos o recorriendo caminos tradicionales; al menos hasta 1874. Tras lo cual, se limitó primero a las áreas tradicionales del derecho civil (personas, familia, sucesiones y derechos reales), para desaparecer definitivamente en 1898, absorbida por la competencia ahora exclusiva del Estado federal⁵. Así las cosas, Suiza pudo convertirse a lo largo de todo

surge la ley está en el pueblo en virtud del acto constitucional, mientras en Austria la cosa es muy diferente porque el pueblo, al ser súbdito de una Monarquía, es puramente pasivo por residir la soberanía en el príncipe”. Así también *ibidem*, p. 132. Es semejante la situación en el Cantón de Argovia, véase H. Geissmann, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847-1855). Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Bern/Frankfurt M./New York/Paris 1991, pp. 70-71.

5 Sobre la evolución que eliminó progresivamente la fragmentación legislativa

el siglo XIX en un laboratorio, en un astillero legislativo con una laboriosidad singular. Produjo leyes y códigos sin interrupción al desear dotarse cada Cantón, si no precisamente de los míticos *cinq Codes*, sí al menos de los civiles y penales. El considerable número de códigos *civiles* elaborados gradualmente, corregidos luego, puestos al día y ampliados por los Cantones a lo largo del siglo (fueron al menos una veintena) demuestra indirectamente la propia virulencia del tema de la codificación, al que las estructuras federales y republicanas garantizaban una propagación difícilmente imaginable en otro lugar.

b) Sería sin embargo imperdonable considerar esta laboriosidad como una prueba de la vitalidad de la ciencia jurídica. Es más bien lo contrario, puesto que el discurso codificador surgió y se fortaleció en un país que, desde hacía siglos, había combatido esta ciencia más o menos abiertamente. Se había apartado de la «recepción» del derecho romano en los siglos XV-XVI, había obstaculizado (cuando no impedido totalmente) la actividad de los juristas por considerarlos a todos indignos de confianza e insaciables, la temible *longa manus* de quien ponía en peligro las estructuras de naturaleza comunitaria de cada Cantón⁶. Es verdad que algo cambió en el siglo XIX. Célebres discípulos de Savigny fueron ejemplo de ello en Zúrich: a partir de 1830 renovaron la enseñanza universitaria y las estructuras jurisdiccionales, dieron cabida de modo progresivo a jueces togados en los tribunales de instancia superior, les impusieron la obligación de motivar las sentencias y promovieron finalmente un código

en el derecho civil, véase P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt am Main 1986, *passim*.

6 Sobre el tema, con muchos detalles: E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893, pp. 107-126; F. Elsener, *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts*. Ausgewählte Aufsätze, Sigmaringen 1989, *passim*; Íd., *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1975, pp. 27 ss., 237 ss.; Peter Liver, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Einleitungsband (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, “Einleitung” pp. 14 ss.; C. Schott, “Wir Eidgenossen fragen nicht nach Barteile und Baldele”, en *Gerichtslauben-Vorträge*. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, ed. de K. Kröschell, Sigmaringen 1983, pp. 17-45; P. Caroni, “Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit”, *ZHF* 2, 1975, pp. 223-240; Íd., “L’educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo”, *Quaderni fiorentini* 5-6, 1976-1977, pp. 1009-1030.

civil (1853-1855) que obtuvo en todas partes un consenso amplio y entusiástico. Pues bien, ni esto ni otras iniciativas de semejante aliento bastaron. Quiero decir que durante todo el siglo XIX el impacto de la ciencia jurídica fue modesto y marginal. No es que por ello faltasen el derecho y las leyes. Los hubo, llegaron cuando fue necesario, pusieron al día reglas ya superadas e innovaron cuando el avance tumultuoso de la sociedad lo requería. Pero lo hicieron recorriendo por el momento otros caminos no habitados ni colonizados por la ciencia jurídica. Lo confirmó precisamente, de forma extraordinaria, el código que en 1907 concluyó el *iter* (largo y controvertido) que unificó el derecho privado suizo. En efecto, el Código civil suizo (CCS) creó la plataforma que permitió finalmente el despegue de la iuscivilística helvética. Pero hablaba al hombre corriente y no al jurista. Imitaba su lengua y compartía su sentido. Lógicamente, también se proponía facilitar la tarea del juez, obviamente no la del togado sino la del popular⁷.

Hablo aquí de ello, de este encuentro sorprendentemente frustrado, solo porque ayuda a comprender (cuando no precisamente a justificar) el innegable desinterés que los historiadores del derecho europeo demostraron ocasionalmente frente a la evolución jurídica helvética. No fueron la arrogante indiferencia (con la que a menudo son ignorados los pequeños estados), ni tampoco la aprensión ante una materia considerada –con razón o sin ella– compleja y aristada las que los alejaron de esta experiencia, sino más bien el hecho de que durante largo tiempo siguiera itinerarios alejados de los habituales, tan íntimamente ligados al destino de la ciencia jurídica. La atención con la que los juristas italianos de comienzos del siglo XX saludaron el *BGB* alemán tuvo, pues, las mismas raíces que el relativo silencio en que pasó la aprobación del CCS en 1907 –si se me permite citar este ejemplo⁸–.

7 P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 93-95. Sobre la débil huella de la ciencia jurídica en la sociedad suiza del siglo XIX, recién mencionada en el texto, *cfr.* Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 434-438; E.F.J. Müller-Büchi, «Johannes Schnell und die Pflege der vaterländischen Rechtsgeschichte in der „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“», en *Ius et Lex*, Festgabe für M. Gutzwiller, Basel 1959, pp. 97-116, especialmente p. 113; W. Oechslí, *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschli mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, Frauenfeld 1915, pp. 36 ss. (carta de Bluntschli a Savigny del 26 de abril de 1837); K. Meuli, «Nachwort» a J.J. Bachofen, *Das Mutterrecht*, en J.J. Bachofen, *Gesammelte Werke*, Bände 2/3, Basel 1948, pp. 1011-1128, especialmente pp. 1033-1034.

8 Por comodidad, remito al texto aún inédito de mi intervención en el Coloquio

c) De esta singularidad procede una tendencia sobre la que hasta ahora se ha reflexionado relativamente poco: la que –sin tener en cuenta la autonomía disciplinar y negándola en realidad– hace desembocar la historia jurídica en la social, narrando exclusivamente el desarrollo y el efecto de los preceptos jurídicos en su contexto natural, constituido justamente por la vida social⁹; por eso, no aparece en primer lugar la «historia de juristas» a la que Marc Bloch le concedía el «tener una existencia separada»¹⁰, sino la historia de los distintos aspectos sociales, esto es de los regulados de modo más preciso por el derecho. Elaborar la historia jurídica desde esta perspectiva diferente no es una bicoca, pues obliga al historiador a enfrentarse a temas incómodos o embarazosos que muchos historiadores del derecho, si pueden, evitan: la importancia del *antagonismo social* (que condena la idea de un derecho objetivo y neutral); la exigencia de formular un derecho realmente popular en la forma y en los contenidos; y en consecuencia, incluso la propensión a poner de relieve e incluso intensificar la función social de las instituciones jurídicas, incluso

organizado en Como por la Università degli studi dell'Insubria el 6 de febrero de 2002 con el título “*A ridosso dei confini: diritto italiano e diritto svizzero a confronto*”. Mi breve intervención analizaba “*L'eco suscitata in Italia dall'elaborazione del Codice Civile svizzero del 1907*”.

9 La bibliografía al respecto es más densa de año en año. Por eso solo cito algunas publicaciones recientes: L. Berlinguer, «Considerazioni su storiografia e diritto», *Studi storici* 15, 1974, pp. 3-56; P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio Firenze aprile 1985, Milano 1986; D. Klippel, «Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte. Recht und Rechtsgeschichte in der historischen Familienforschung», en H. Mohnhaupt (ed.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Ius commune, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte N. 32, Frankfurt am Main 1987, pp. 267-280; Ch. Dipper, «Sozialgeschichte und Verfassungsgeschichte. Zur Europäischen Verfassungsgeschichte aus der Sicht der Geschichtswissenschaft», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, pp. 173-198; G. Dilcher, «Zur Rolle der Rechtsgeschichte in einer Sozialgeschichte des 20. Jahrhunderts», *ZNR* 21, 1999, pp. 389-407; D. Klippel, *Rechtsgeschichte*, en J. Eibach/G. Lottes (eds.), *Kompass der Geschichtswissenschaft*. Ein Handbuch, Göttingen 2002, pp. 126-141; AA.VV., *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57, 2002, fascículo núm. 6 (pp. 1423-1721) expresamente dedicado a «*Histoire et Droit*», con aportaciones de Y. Thomas, A. Boureau, S. Cerutti, A. Cottureau, B. Johansen, E. Conte y R. Descimon.

10 M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Redazione definitiva, Torino 1998, p. 111.

las específicas del derecho privado, tan ejemplarmente demostrada por el CCS de 1907¹¹.

d) *Ad abundantiam*, se recuerdan también las estructuras estatales, también ellas «irregulares» si se comparan con lo que estaba en vigor en el extranjero pues fueron desde siempre republicanas. Nadie quiere servirse de ellas para reivindicar méritos especiales, que serían, no obstante –a poco que mirásemos más allá de las apariencias–, más que discutibles. Se trata más bien de darse cuenta de que condicionaron incluso los procedimientos previos a la elaboración y a la promulgación de los códigos, haciéndolos más largos y tortuosos pero también más transparentes. Si por ello aparecen aquí bajo una luz menos sublime y más modesta, nos permiten también una reconstrucción más plausible del *iter* legislativo.

Esto es cierto en dos sentidos. En primer lugar porque las constituciones liberales sancionadas en los Cantones después de 1830 garantizaban una mayor participación política, seguramente más consistente que la concedida en contextos dinásticos. Permitían interferir en el proceso legislativo a todas las minorías, para tutelar intereses sectoriales o, en todo caso, específicos. Lo que, de ordinario, alargó los tiempos y complicó los procedimientos, pero en cambio dejó para la posteridad un código compartible porque –para lo bueno y para lo malo– era fiel reflejo de la sociedad, de sus aspiraciones comunes y de sus inevitables discordias. Un código con los pies en la tierra, espejo involuntario e inconsciente de la realidad y que, por este motivo, era difícil que pudiera convertirse en un mito.

Pero esta misma transparencia obliga a valorar de diferente modo la decisión de los Cantones de codificar ateniéndose a modelos precisos. De hecho, raramente ésta fue el resultado de una disputa científica o de una prudente ponderación de los intereses. A menudo, casi siempre, fue sugerida por alusiones políticas vagas y aproximativas, por consideraciones pragmáticas, por la comodidad¹² e incluso por el (comprensible)

11 P. Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 89-100; Íd., *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel/Frankfurt am Main 1996, pp. 49-58.

12 Son inestimables las observaciones al respecto de E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel 1921, pp. 330 ss.

deseo de apresurarse, ahorrando tiempo y dinero¹³. ¡Es oportuno decir que la incapacidad absolutamente republicana para la retórica revela tal vez sin piedad la realidad de las cosas!

e) Pero entonces ¿por qué los Cantones, faltos de experiencia y de personal y, por eso, evidentemente, de preparación, no prefirieron esperar? ¿Por qué esta precipitación, este deseo incontenible de alinearse y de hacerlo con rapidez, codificando por ello sobre la falsilla de modelos «extranjeros»¹⁴? Estas son las preguntas típicas de las generaciones posteriores. Las hacen pensando en la estrategia seguida más tarde en Zúrich: justamente la de esperar y codificar solo cuando llegara el momento, con resultados por lo demás notables, como sabemos.

Estas preguntas no respetan el tiempo; por un lado, porque extrapolan alegremente las codificaciones de su contexto político y social, las comparan como si todas surgiesen de un mismo origen, obviamente de forma errónea. Habría bastado con recordar el *diferente* ascendiente (por savignyano) del *iter* de Zúrich para darse cuenta de ello. Por otro lado, porque ignoran que propiciando (por pronto o tarde que fuera) la elaboración de códigos, los Cantones obedecían a instancias locales y trataban de resolver problemas, reales y prácticos, cuya urgencia no permitía dilación alguna. Así lo atestigua el código civil de Berna, que entró en vigor, sorprendentemente, en los últimos años de la Restauración por iniciativa de un régimen aristocrático, pues se consideraba útil para la integración de un territorio (el Jura) agregado recientemente al viejo Cantón¹⁵. No llegó

13 Mencioné la cándida confesión del consejero nacional de Schaffhausen Joos (con ocasión del debate parlamentario de 1898) en P. Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 102-103.

14 Se plantea la pregunta, por ejemplo, A. Schmid, *Kasimir Pfyster und das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern (1831-1839)*, Bern 1960, pp. 47-48. Pero ya Bluntschli, el célebre discípulo de Savigny, reflexionando en 1844 sobre la necesidad de un código cantonal, consideró negativa la impaciencia popular y sugirió que era mejor esperar (J.C. Bluntschli, *Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, tres artículos publicados originariamente en enero de 1844 en el *Beobachter aus der östlichen Schweiz*, recogidos luego íntegramente en J.C. Bluntschli, *Das zürcherische Personen- und Familienrecht, mit Erläuterungen herausgegeben* von J.C.B., Dritte, durchgesehene Auflage, Zürich 1855, *Beilage*, pp. XI-XXVIII, el pasaje citado en p. XXV.

15 Véase al respecto U.Th. Roth, *Samuel Ludwig Schnell und das Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern von 1824-1830. Ein Beitrag zur Kodifikationsgeschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bern 1948, pp. 29 ss.; Ch. Lerch, *Gescheiterte Privat-*

ni demasiado pronto ni demasiado tarde¹⁶. Llegó cuando la sociedad (o quien en su nombre, en este caso los patricios) lo consideró idóneo para conseguir un objetivo específico (en este caso político). Solo partiendo de la atención a estos objetivos (con frecuencia distintos de un Cantón y de un período a otro) es posible y razonable disponer de una cronología de los códigos y, así, comprender también por qué Cantones contiguos y homogéneos económicamente codificaron en épocas diferentes.

3. ¿Qué modelos?

Formalmente, eran tres los códigos que aspiraban a convertirse en modelos: los que consideramos apresuradamente como «iusnaturalistas» y entre 1794 y 1811 iniciaron un nuevo periodo de la historia jurídica europea; esto es, el *ALR* prusiano (1794) el *Code civil* francés (1804) y el *ABGB* austriaco (1811). Pero uno de ellos, el prusiano, en realidad no convenció a nadie y permaneció en la sombra. Quizá porque remitía a un contexto todavía dinástico y estamental, pareció superado y por ello políticamente inaceptable a los Cantones que al codificar querían unificar el derecho también en un nivel social¹⁷. Por lo demás, ni siquiera el principado de

rechtseinheit im Kanton Bern im 19. Jahrhundert. Ein Beitrag zur bernisch-jurassischen Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, Bern 1994, pp. 4-137.

16 Sobre la costumbre, ya consolidada, de afirmar que la Confederación helvética unificó “tarde” el derecho privado, llegando una vez más, si no perdiendo el ritmo, al menos al final, véase P. Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 30, 33.

17 Es drástica pero está también cargada de sensatez la crítica demoledora de S.L. Schnell, *Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern, I. Theil Personen-Recht*. Mit Anmerkungen von S.L.S., Bern 1825, pp. V-VI: “Wer über ein Gesetzbuch ein Urtheil fällen will, muss nicht allein die allgemeine Rechtslehre, sondern er muss auch die Sitten, die ökonomischen Verhältnisse, und den Grad der Geisteskultur der Bewohner des Landes kennen, für welches dasselbe bestimmt ist. Ein Gesetzbuch ist kein Handbuch des allgemeinen Civil-Rechts: je zweckmässiger dasselbe für ein Volk ist, das sich in gegebenen Verhältnissen befindet; je unzweckmässiger muss es für ein anderes seyn, welches in anderen Verhältnissen lebt. Die Gesetze des Standes Bern sind für den Stand Unterwalden so unzweckmässig, als das preussische Gesetzbuch für den Stand Bern unzweckmässig sein würde”. Al argumentar así, ha sido fácil entender el rechazo posterior a considerar el código prusiano como un posible modelo: véase, en este sentido, J.C. Bluntschli, *Beilage 1844*, cit., pp. XIX, XXV; Huber, *Geschichte*, cit., p. 186; Roth, *S.L. Schnell*, cit., p. 81; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 292; M-B. Schönenberger, *Histoire du droit de l'adoption de la fin de l'Ancien régime au*

Neuchâtel, ligado constitucionalmente al reino de Prusia desde 1707, le otorgó mejor acogida¹⁸.

Quedaban en todo caso los otros: sancionados por regímenes políticos no precisamente unívocos, además de ser tributarios de diferentes tradiciones iusnaturalistas, obedecían a la exigencia común de simplificar el derecho, bien generalizando la capacidad jurídica, bien disponiéndolo según un sistema preciso. Por ello fueron interpretados, valorados e imitados –con admiración pero también con prudencia– por políticos y juristas que descubrieron en ellos estímulos, soluciones y respuestas útiles y compartibles en cualquier caso y, por ello, susceptibles de ser propuestas de nuevo en el ámbito local.

Si subrayo todo esto con cierto énfasis no es porque sea peculiar de la evolución suiza. Para darse cuenta de ello, bastaría con pensar en el increíble éxito que sonrió al *Code* en Italia hasta 1865 y más. Prefiero considerar los acontecimientos que siguieron y que gradualmente se concentraron en torno a los primeros códigos como una confirmación expresa de la fuerte vocación unificadora con la que se les distinguió. Es necesario reflexionar sobre su consistencia real haciendo las distinciones oportunas e incluso adelantando algunas reservas, pero no es justo ponerla en la duda.

4. ¿Para qué destinatarios?¹⁹

Desde el punto de vista de los destinatarios, los Cantones suizos se subdi-

Code civil suisse (Suisse, Allemagne, Autriche, France), Fribourg 1995, p. 10 nota 19. Por otra parte, este rechazo no excluye que algunas reglas del Código prusiano hayan sido incluidas, ocasionalmente, en leyes o códigos cantonales. Véase, por ejemplo, Schmid, *Kasimir Pflyffer*, cit., p. 35; W. Kundert, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau, unter besonderer Berücksichtigung des Familienrechts. Zugleich ein Beitrag zur Kodifikationsgeschichte (1803-1911)*, Basel/Stuttgart 1973, pp. 77, 85; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 64-65.

¹⁸ En este sentido el epílogo de las investigaciones de B. Dölemeyer, «Preussische Kodifikation und Suisse romande», en B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (eds.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Ius commune, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte núm. 75, Frankfurt am Main 1995, pp. 371-386, especialmente p. 385.

¹⁹ Detalladas informaciones al respecto en Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 277 ss.; Liver, *Einleitung*, cit., pp. 20 ss.; E. Huber/P. Mutzner, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, 2ª ed. completa revisada recientemente, vol. 1, Basel 1932-1937, pp. 93 ss.

vidieron tradicionalmente en cuatro grupos, conforme al modelo preferido y como confirmación parcial de la vocación que se acaba de mencionar. De este modo, a un cierto número de Cantones que codificaron al abrigo del *Code* de 1804²⁰ se contraponen los que se inspiraron en el Código austriaco y de los cuales habremos de ocuparnos²¹. Más tarde, en la segunda mitad del siglo XIX, se formó un tercer grupo, esta vez *autóctono* pues unía Cantones que eligieron el cómodo (y ya celebrado) modelo de Zúrich (que entró en vigor entre 1854 y 1856), y lo hicieron a veces con una increíble atracción pues lo copiaron por completo²². En un último grupo, aún más heterogéneo que los otros, están finalmente los Cantones que, por motivos muy diversos pero todos plausibles, prefirieron no codificar –o fracasaron en la empresa–. A su manera, nos recuerdan que el código no era una planta que arraigara en cualquier terreno y que, además, nunca fue la única estrategia unificadora iniciada en el siglo XIX²³.

No hace al caso poner en duda este procedimiento, convertido ya en tradicional²⁴, porque todavía presta útiles servicios a los que sería imprudente renunciar aunque no esté libre de críticas. Por ejemplo, las que remiten a las diferencias que se pueden comprobar ocasionalmente incluso entre los códigos del mismo grupo²⁵. Deberemos ocuparnos de ellos cuanto antes.

20 Vaud (1819), Tesino (1837), Friburgo (1850), Vallese (1853), Neuchâtel (1855). En el Cantón de Ginebra, que en 1804 aún era parte integrante del territorio francés y no se unió a la Confederación helvética hasta 1815, permaneció en vigor el Código francés.

21 Berna (1830), Lucerna (1839), Soleura (1847), Argovia (1855).

22 Liver, *Einleitung*, cit., pp. 24-27; Kundert, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau*, cit., pp. 36, 42-43, 197-198.

23 Liver, *Einleitung*, cit., pp. 27-28. Sobre el hecho de que la unificación legislativa pudiera conseguirse recorriendo distintos itinerarios, véase O. Müller, «Vom Zivilgesetzbuch und der Schweizerischen Rechtseinheit», en *Wissen und Leben* 16, 1922-1923, pp. 690-699; Huber/Mutzner, *System und Geschichte*, cit., I, pp. 80 ss.; Caroni, *Rechtseinheit*, cit., *passim*, especialmente pp. 10, 108-109, 115; A. Egger, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907*, Zürich 1908, pp. 8-9.

24 Lo propuso por primera vez A. von Orelli en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 16, 1868-1869, I, pp. 104-105.

25 Algunas evidencias críticas en P. Caroni, *“Privatrecht”: Eine sozialhistorische Einführung*, 2. unveränderte Auflage, Basel/Genf/München 1999, pp. 36-37.

5. En concreto: el grupo “de Berna”

Así pues, forman parte de él los cuatro Cantones que entre 1830 y 1860, pero en épocas distintas no solo cronológicamente, elaboraron códigos civiles siguiendo la huella del ejemplo establecido por el *ABGB*, y que demuestran la «recepción» en tierras helvéticas. Esta expresión, quizá algo vaga, subraya el recurso a una matriz común pero sin anticipar su naturaleza ni especificar su significado preciso, sin comprometer, por lo tanto, la cuestión de si el *ABGB* fue considerado como un fundamento, un modelo o una simple colección de propuestas cómodas porque ya estaban disponibles²⁶.

a) *Berna*²⁷

Heredero de la antigua y poderosísima ciudad-estado y aún gobernado por un gobierno aristocrático, el Cantón de Berna emprendió ya en 1817, en plena Restauración política, el camino de la codificación. No lo hizo con ánimo de protagonismo, sino obligado por la situación política. En efecto, el Congreso de Viena había compensado las importantes pérdidas territoriales inferidas a los patricios de Berna por el Acta de Mediación (1803) con la adjudicación del llamado Jura de Berna²⁸. Comprendía territorios francófonos sometidos durante mucho tiempo al príncipe-obispo de Basilea y que los franceses conquistaron en 1793. Cuando se unieron en 1815 al estado de Berna conservaron la legislación francesa que, mientras tanto, había entrado allí en vigor y que los patricios veían con odio por motivos nada inverosímiles. De ello nació inmediatamente el deseo de neutralizarla unificando el derecho del Cantón y, mejor aún, codificándolo.

Se encargó la elaboración de los correspondientes proyectos a un jurista local, profesor de la Academia, profundo y apreciado conocedor del «derecho patrio» (como se llamaba entonces la legislación local), Samuel Ludwig Schnell (1775-1849). De ideología política liberal, podía hacer peligrar fácilmente la hegemonía de los patricios con solo proponer un derecho privado vagamente refractario a las reivindicaciones estamen-

²⁶ J.C. Bluntschli, *Beilage 1844*, cit., p. XXVI, en relación con el código civil de Berna distingue entre “Grundlage” y “Vorbild”.

²⁷ Sobre esta materia, en general, Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 277-305, además de las dos monografías ya citadas de U.Th. Roth y Ch. Lerch.

²⁸ Declaración del Congreso de Viena de 20 de marzo de 1815.

tales. Por eso se apresuraron –como ya lo habían hecho en el pasado²⁹– a limitar el ámbito de su libertad como redactor. Y lo hicieron escrupulosamente, obligándole a conservar (donde fuera posible y, en cualquier caso, tras haberlo puesto al día debidamente) el viejo derecho local («das vaterländische Recht») y a atenerse, a falta de este, al código austriaco³⁰ por considerarlo también como el símbolo de una monarquía estamental que, como ellos, había luchado durante largo tiempo contra el expansionismo francés³¹. Fue necesario recordarlo para protegerse de aventuras desagradables; era algo así como preparar un pasamanos para afrontar las eventuales emergencias. En cuanto a Schnell, desde luego no se ofuscó. Admirador de Kant durante sus años de estudio académico³², el código no le disgustaba, ciertamente, aunque por motivos distintos a los aducidos por los patricios. Por eso el acuerdo resultó pronto *ambiguo*, lo mismo que el propio código –sancionado finalmente con la Restauración ya concluida– y los juicios que después se emitieron sobre él³³. Bifronte como el modelo, a unos les pareció aún estamental, a otros ya francamente burgués. Los patricios lo acusaron de haber apresurado el fin de su régimen político³⁴ y los políticos de la Regeneración lo consideraron sometido al código extranjero³⁵. Tampoco se sabe, una vez concluido y promulgado, hasta qué punto resultó realmente aplicable. En efecto, proponía una regulación ya burguesa de la propiedad, pero lo hacía bajo la permanencia de estructuras inmobiliarias aún feudales³⁶. Quería unificar, pero aceptaba ser

29 Roth, *S.L. Schnell*, cit., p. 26.

30 Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 290-292; Roth, *S.L. Schnell*, cit., pp. 41-42, 50, 80-81, 103; Ch. Lerch, *Gescheiterte Privatrechtseinheit*, cit., pp. 42-45.

31 L. Carlen, *Österreichische Einflüsse auf das Recht in der Schweiz*, Innsbruck 1977, pp. 15-18.

32 Roth, *S.L. Schnell*, cit., pp. 13, 77, 100, 106; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 295.

33 Véase, por ejemplo, Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 296-297, que subraya con argumentos compartibles el hibridismo del código de Berna.

34 Así al menos los autores citados por P. Liver, «Die staatsrechtliche und politische Bedeutung der bernischen Kodifikation des Privatrechts (1824-1830)», *ZbJV* 119, 1983, pp. 441-457, especialmente pp. 445 ss. Sobre este punto, también R. Gmür, *Der Zehnt im alten Bern*, Bern 1954, pp. 227-228. Pero esta tesis también se ha topado con sus críticos: por ejemplo, P. Liver, *ibidem*, pp. 447 ss., 457; y también *supra*, pp. 62 ss.

35 Roth, *S.L. Schnell*, cit., p. 70; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 292.

36 *Supra*, pp. 63-64.

pospuesto a las antiguas costumbres locales, contentándose incluso con una función vagamente subsidiaria³⁷. En cambio, la única certeza, una auténtica ironía, es su completo fracaso político. De hecho, al propiciar la codificación, los patricios quisieron unificar el derecho privado en el ámbito cantonal, esperando solo así eliminar los códigos franceses. Pero hicieron los cálculos sin consultar a los destinatarios de tanta solicitud. Estos se opusieron y, frente a los proyectos de Schnell, prefirieron la legislación francesa, convertida ya en símbolo de la autonomía del Jura. Así pues, el código de Berna entró en vigor solo en la parte germanófona del Cantón que, en realidad, no lo había reivindicado ni esperado. El «microcosmos helvético»³⁸ tuvo que esperar aún mucho tiempo la unidad del derecho privado, y solo la alcanzó, finalmente, en el siglo XX, esta vez gracias a la iniciativa confederada³⁹.

b) *Lucerna*⁴⁰

Contiguo al de Berna, con las mismas influencias políticas (aunque más humildes)⁴¹ y comparable también a este en el plano socio-económico, el Cantón de Lucerna decidió elaborar⁴², en los últimos años de la Restau-

37 Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 108-109. La disposición mencionada implícitamente es la del art. 3, en cuya virtud “nach der Einführung dieses Gesetzbuches verlieren alle Statutar-Rechte ihre Kraft, bis sie von uns revidirt und neuerdings bestätigt werden. Die Ortschaften, welche ihre Statuten bezubehalten wünschen, müssen bey uns für die Revision und die Bestätigung derselben nachsuchen, und die bestätigten Statuten drucken Lassen”. La aplicación de esta regla fue extremadamente laboriosa. Pero desgraciadamente debo remitir su examen a una sede más apropiada. Baste aquí, pues, con una triple remisión bibliográfica: E.M., «Wen verbinden die Statutarrechte? Zur Auslegung der Satzung 3 CGB», *Zeitschrift für vaterländisches Recht* 4, 1842, pp. 129-134; J. Leuenberger, «Rückblick auf die Statutarrechte des Kantons Bern», *ZbJV* 1, 1864-1865, pp. 65-80, 105-118; Roth, *S.L. Schnell*, cit., pp. 54-56, 81-89, 103-104, 137-139.

38 Así fue llamado varias veces el Cantón de Berna a lo largo del siglo XIX, pues, en su pluralismo (cantonal), también reflejaba el constitutivo del estado federal. Véase Caroni, *Rechtseinheit*, cit., p. 40; Lerch, *Gescheiterte Privatrechtseinheit*, cit., p. 205.

39 Véase al respecto Lerch, *Gescheiterte Privatrechtseinheit*, cit., pp. 213 ss.

40 Sobre este tema, en primer lugar Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., *passim*; además Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 306-322.

41 También Lucerna fue una ciudad-estado regida por un gobierno de patricios hasta 1798; aunque, como indico en el texto, de dimensiones territoriales muy inferiores a las del estado de Berna.

42 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 63.

ración, un código de derecho privado que respetara el derecho anterior⁴³. Pero toda la elaboración concreta, desde los primeros proyectos hasta la entrada en vigor del último libro⁴⁴, ocurrió en tiempos de la Regeneración. Fue por lo tanto obra de un gobierno liberal, producto típico del “gobierno de abogados [Advokatenregiment]” que, a partir de 1831, se propuso renovar las estructuras estatales confiriéndoles rasgos democráticos⁴⁵.

La elaboración de los proyectos se encargó a Kasimir Pfyffer, de un antiguo linaje patricio pero ardiente defensor desde siempre de los postulados de los que alardeaba la ilustración, incluida la jurídica⁴⁶. Había estudiado en Tubinga y en Heidelberg, trayendo de allí convicciones y certezas a las que permaneció fiel durante toda su vida⁴⁷: adhesión al iusnaturalismo (sobre todo a la interpretación ofrecida por Christian Wolff) y a la reflexión de Kant⁴⁸; listo a luchar para ayudar al éxito de la democracia (obviamente de la representativa) y del liberalismo⁴⁹, empleando (al menos) todas las armas que ofrecía el derecho; y, en consecuencia, con tendencia a sobrevalorar la legislación en detrimento de las otras fuentes jurídicas⁵⁰.

43 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 64. Este derecho anterior fue recogido en 1812 en un “Bürgerliches Gesetzbuch”, esto es, en una “compilación” que sería inadecuado situar en el mismo plano que los modernos códigos burgueses. Véase, sobre este tema, la aportación de un gran historiador del derecho de Lucerna, Ph.A. von Segesser, «Über das bürgerliche Gesetzbuch von 1812», *Zeitschrift der Juristischen Gesellschaft des Kantons Luzern*, 3. Lieferung, 1860, pp. 25 ss. Sobre el mismo tema, véanse también las reflexiones de Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 44-45, 54-56.

44 Esto es, desde 1831 hasta 1839 (así, Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 66-67).

45 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 13 ss.

46 A. Mattioli, «Kasimir Pfyffer oder der Historiker als Chronist seiner Zeit», en *Jahrbuch der Historischen Gesellschaft Luzern* 13, 1995, pp. 4-10, especialmente p. 5.

47 Sobre las opciones de Pfyffer en el terreno jurídico, importantes observaciones en Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 36-42.

48 Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 318; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 37-38; Th. Bühler, «Kasimir Pfyffer, ein grosser Luzerner und Schweizer Jurist des 19. Jahrhunderts», en *Jahrbuch der Historischen Gesellschaft Luzern* 13, 1995, pp. 19-27, especialmente p. 20.

49 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 12-13.

50 Quizá ahí se encuentra la raíz de la postura de Pfyffer, que se consideró ya como una expresión de positivismo y que no excluye que pudiera haber sido inspirada parcialmente por Thibaut. Véanse, al respecto, Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 39-40; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 318-319.

No es casualidad, vistas estas inclinaciones, que se le haya relacionado con Friedrich Ludwig Keller⁵¹ y Ludwig Snell⁵² que, precisamente en aquellos años, quizá sembrando vientos, profesaban ideas semejantes en las nuevas facultades de derecho de Zúrich y Berna.

Como quiera que sea, al codificar, Pfyffer lo hizo conforme a la razón, esto es, disponiendo el tejido wolffianamente y prefiriendo, de entre los modelos disponibles, el código austriaco⁵³. En él debió descubrir pronto la mano de Zeiller y por consiguiente la innegable (y compartida) inspiración kantiana. Dejó huellas visibles, no solo en cada uno de los artículos del código, sino también entre las líneas del comentario preparado sin dilación por el propio Pfyffer⁵⁴.

Más tarde se elevaron críticas, desde luego esperadas; sobre todo la de haber legislado sin atender demasiado a los estados de ánimo populares e ignorando, por lo tanto, las antiguas costumbres e incluso instituciones consolidadas en la práctica local⁵⁵. Era la crítica –moderadamente conservadora– de quien buscaba en vano en el código el «sabor del terruño» que irradiaba en cambio el de Berna. Pfyffer no se ofuscó. Estando convencido de la bondad de sus opciones, consideró haber valorado inclu-

51 El propio Pfyffer se sentía cercano a F.L. Keller (véase Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 47 nota 1), pero verdaderamente esto no nos induce necesariamente a considerar que hubiera realizado en Lucerna las mismas reformas luego puestas en marcha por Keller en Zúrich. Las opiniones al respecto son simbólicamente discrepantes: véanse A. von Orelli, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur der Schweiz. Vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Zürich 1879, pp. 69-70, 74, 87; Bühler, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 26.

52 Véase al respecto A. Kölz, «Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen», en A. Kölz, *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat*. Historische Abhandlungen, Chur/Zürich 1998, pp. 171 ss., especialmente p. 196 nota 50. Debe tenerse en cuenta además la remisión bibliográfica a este respecto en B.L. Räber, *Pfaffenherrschaft und Juristenregiment. Aloys Räber-Leu (1796-1879), Lebenserinnerungen eines Luzerner Geschäftsmannes und Politikers zwischen Helvetik und Bundesstaat*, Luzern 1998, p. 119 nota 155.

53 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 56-61, 71 ss.; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 320.

54 K. Pfyffer, *Erläuterungen zum bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Luzern*, Luzern 1832-1839. Sobre este punto, también Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 9, 38.

55 H. Bossard-Borner, «Kasimir Pfyffer. Jurist und Politiker in bewegter Zeit», en *Jahrbuch der Historischen Gesellschaft Luzern* 13, 1995, pp. 11-18, especialmente p. 18; Bühler, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 24; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 138, 47-48.

so demasiado el «derecho patrio», lo que –añadía con sarcasmo– desde luego no había sido útil para la empresa⁵⁶.

c) *Soleura*⁵⁷

Diez años más tarde fue el turno del Cantón de Soleura. El código de derecho privado fue promulgado por etapas entre 1841 y 1847. Obra de Johann Baptist Reinert (1790-1853) que en 1838 había sido designado «redactor de leyes oficial [amtlicher Gesetzesredaktor]»⁵⁸, se destaca de los dos códigos ya examinados por su marcado eclecticismo, esto es por la disponibilidad del legislador para vincularse a (y con frecuencia incluso a seguir) influencias y tendencias no demasiado homogéneas y menos aún convergentes⁵⁹. El propio Reinert había estudiado en Berlín. Atraído allí por las enseñanzas de Savigny y de Fichte y, por lo tanto, seguidor indirectamente de las teorías jurídicas profesadas por Kant⁶⁰, próximo políticamente al liberalismo del justo medio⁶¹ y partidario de una economía estimulada exclusivamente por el principio de la competencia⁶², su código asumió inevitablemente instancias a menudo inconciliables. Por ello fue reivindicado por corrientes tan distintas como incompatibles. Así pues, hubo quien lo consideró un germen de la escuela histórica⁶³, quien lo vio

56 Schmid, *Kasimir Pfyster*, cit., pp. 42 nota 4, 66, 73.

57 La investigación más profunda es la de P. Walliser, *Johann Baptist Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch 1841-1847*, Olten 1948; véase también Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 323-331.

58 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 98, 192 ss.; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 327.

59 Pero sería necesario reflexionar alguna vez *ex professo* sobre el eclecticismo de este asái como de otros seguidores de la escuela histórica para averiguar la eventual función delegada en [o asumida por] esta postura. Precisamente en aquellos años, otro “legislador” aún más conocido que Reinert, esto es, Pellegrino Rossi, se sumó en efecto a ella con convicción. Véase al respecto P. Caroni, «Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit à Genève», en *Des Libertés et des peines*. Actes du colloque P. Rossi, Genève novembre 1979, Genève 1980, pp. 15-40, especialmente 31 ss.

60 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 33, 48, 56; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 323-324.

61 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 48, 55, 77; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 325.

62 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 56 ss., 461 ss.; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 326, 331.

63 El hecho de que seguidores de la escuela histórica se adhirieran –mucho antes que Windscheid– a la estrategia codificadora sin por ello renegar de Savigny se acepta

desde la óptica del código de Berna, quien subrayó los préstamos contráidos con el *Code civil* francés⁶⁴, quien admiró la originalidad de la estructura así como la de sus reglas⁶⁵ y, finalmente, quien no excluyó la influencia concreta de la codificación austriaca⁶⁶.

Por lo que a mí respecta, me adhiero con gusto a esta última tendencia; no tanto porque de este modo impone (o sugiere) la perspectiva escogida por esta aportación, cuanto –también aquí– por la innegable presencia kantiana. Son las definiciones de Kant las que delimitan el ámbito social colmado por el código. Son ellas las que –compartidas sin demasiadas reticencias– explican la tendencia del legislador y justifican su admiración por todas las disposiciones legislativas que, de un modo u otro, sancionaban la distinción entre derecho y moral y preferían imponerle al derecho objetivo funciones formales, remitiendo para lo demás a la libertad («Willkür») individual de designar autónomamente las finalidades subyacentes tras los derechos subjetivos. Muchas de estas definiciones estaban en el ABGB, y precisamente este hecho hacía de él un modelo creíble y realmente compartido⁶⁷.

d) *Argovia*⁶⁸

Por último, según la extraña cronología ya mencionada, llegó el único cantón de nuestro grupo cuyo territorio no fue soberano durante el Antiguo Régimen, sino que estuvo subdividido (*baliaggi*) y fue súbdito de distintos dueños. No se constituyó como cantón autónomo hasta 1803 y la unificación del derecho privado se mostró muy pronto como una medida urgente e incluso satisfactoria políticamente, de la que por eso era justo esperar no solo la rápida eliminación de una fragmentación legislativa ya

hoy sin demasiados problemas. Véase, por ejemplo, *supra*, pp. 217-221. Menos convincente es, a mi parecer, Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 291-292.

64 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., p. 549.

65 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., p. 560; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 330; Blunt-schli, *Beilage* 1844, cit., pp. XXVII-XXVIII.

66 Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 548 ss.; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 329.

67 Algunos argumentos de Reinert, considerados originales por Walliser, correspondían en realidad literalmente a enseñanzas kantianas. Véase, por ejemplo, los que reproduce P. Walliser en pp. 233-234.

68 Sobre el tema, véase en primer lugar H. Geissmann, *Das ABGB*, cit., *passim*; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 331-338.

intolerable⁶⁹, sino también –precisamente en el plano político– el impulso para la integración de áreas muy dispares en el nuevo estado cantonal. Esto explica quizá la rapidez de las decisiones: ya en 1810 se realizó el encargo de preparar un primer proyecto⁷⁰. Quedó inicialmente sin respuesta y fue renovado en 1822. Su destinatario fue el gran jurista argovés Rudolf Feer, discípulo de Thibaut⁷¹, a quien la autoridad política obligó a atenerse bien al código austriaco, bien al de Vaud de 1819⁷². De ello salió el proyecto de un primer libro que comprendía el derecho de personas, sancionado por el parlamento en 1828. Luego Feer se retiró, la empresa fue confiada a otros y concluyó en 1856 con la entrada en vigor de las últimas disposiciones⁷³.

¿Pero por qué al codificar se siguieron con tanta decisión los consejos del *ABGB*⁷⁴? Entre los muchos (y no todos plausibles) motivos ya recordados en el pasado, dos merecen ser mencionados aquí explícitamente.

Por un lado, el deseo de basarse en un código –considerado ya entonces «visionario»– que anticipaba con valor las estructuras del nuevo derecho privado que convenía en aquel momento a las expectativas del estamento burgués, esto es, libre de obstáculos feudales y corporativos, y al mismo tiempo punto de partida de la autonomía privada –sobre la fal-silla ya familiar de las enseñanzas de Kant y de Zeiller–⁷⁵; por otra parte, la sorprendente convergencia entre el espíritu jurisdiccional del *ABGB* y el josefismo profesado explícitamente por la elite liberal del Cantón, que pronto reclamó en voz alta la apertura de escuelas laicas, la supresión de los conventos y la desamortización de los bienes eclesiásticos⁷⁶.

69 Véase la descripción del consejero argovés J.V. Friderich en 1808. en Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 332.

70 Este primer encargo se le confió a S. L. Schnell, quien se disponía a llevarlo a cabo ateniéndose al *Code* francés de 1804: Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 333; Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 29 ss.

71 Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 81 ss.

72 Los motivos alegados por la autoridad cantonal para insistir en estos modelos se deducen claramente del texto de la declaración oficial: lo reproduce Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 70–71. Sobre este tema, también Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 333.

73 Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 134 ss.; Elsener, *Rechtsschulen*, cit., p. 334.

74 Al respecto, Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 74–81.

75 Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 81, 151 ss.

76 Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 76–79. Por lo demás, tampoco las autoridades

6. Algunas conjeturas para concluir

Cuatro variaciones, pues, sobre un mismo tema, pero tan claramente autónomas como para ocultar la matriz común. ¿Cómo interpretarlas y qué deducir de ellas? Trato de expresarlo formulando algunas conjeturas. Aunque den fin a esta contribución, son –dada su naturaleza– provisionales.

a) Codificar ateniéndose o incluso solo inspirándose en un modelo es un modo como otro cualquiera de recibir un mensaje. Desde que el mundo es mundo, esto ocurre principalmente desde la óptica del destinatario. Si la recepción es de verdad –como cree firmemente quien esto escribe– una percepción ligada inevitablemente a la subjetividad (esto es, a la precomprensión) del receptor, carece de sentido distinguir entre recepción *correcta* y recepción *incorrecta*. No se recibe como se quiere ni tampoco como se puede, *sino como se es*⁷⁷. Desde este punto de vista, no hay que asombrarse si cuatro Cantones contiguos legislaron siguiendo la huella del mismo modelo pero con resultados –como se ha visto– nada uniformes. Bien mirado, es incluso presumible. No se puede en cambio afirmar la hipótesis contraria, propensa a «leer» la adopción del mismo modelo como un concierto de voluntades de los cuatro Cantones para promover la unificación del derecho privado en el ámbito intercantonal⁷⁸. Incluso si esto pudo confirmarse a partir de 1860, cuando el tema de la unificación surgió en el ámbito nacional⁷⁹, no se concibe cómo adelantarlo a la

del Estado de la Iglesia encargadas de elaborar el proyecto de un código civil recurrieron al modelo austriaco, dado que «se inspiraba además en ideologías altamente sospechosas para la jerarquía católica». En este sentido, M. Mombelli Castracane, *La codificazione civile nello Stato pontificio*, I, Napoli 1987, pp. XCIV ss.

77 Trato de explicar esta reflexión en P. Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003, pp. 300 ss.

78 Huber, *Geschichte*, cit., p. 193; Huber/Mutzner, *System und Geschichte*, 2ª ed., I, cit., p. 105; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 61.

79 Véase al respecto Caroni, *Rechtseinheit*, cit., pp. 15 ss. *et passim*. Presumiblemente, E. Huber vio la confirmación de su “lectura” en los propósitos de la Redacción de la *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, publicada a partir de 1864. En efecto, ya en su segundo año (1865/1866) la revista se presentó como “Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern und Aargau”. Más tarde, en su séptimo año (1871/1872), a los tres Cantones se sumó, precisamente, Soleura. Sobre este tema, también Huber/Mutzner, *System und Geschichte*, 2ª ed., I, cit., p. 26.

generación precedente mientras permanecían todas las particularidades políticas y culturales locales que acabo de intentar poner de manifiesto⁸⁰.

b) Una de ellas es digna de repetirse aquí ya que interpela al historiador del derecho más que las otras: es la que concierne a las estrategias legislativas seguidas a tenor de las circunstancias. Fueron esencialmente dos, separadas por un abismo tal como para considerarlas, más que contrarias, únicas.

La *primera* tenía aún un claro ascendiente iusnaturalista: menos atenta a los restos depositados por la historia y a cuanto seleccionaba y arrastraba lentamente la tradición, prefería expresiones abstractas y racionales y apostaba por orientar con detalle y exhaustivamente, creyendo que solo así era posible obviar el *arbitrium* judicial⁸¹, contra el cual luchaba la ilustración para sustituirlo por la certeza que deriva de la aplicación «mecánica»⁸² de la ley. Esta precisamente era ya la estrategia –que antes o después desembocaba en el positivismo⁸³– que, a lo largo de los años y más o menos deliberadamente sugirió también Thibaut a los numerosos discípulos suizos que acudieron a escucharle a Heidelberg⁸⁴. Más numerosos que los que se dirigieron a Berlín, al volver a su país se las ingeniaron, sobre todo en Lucerna y Argovia, para propiciar la elaboración de códigos asépticos y racionales porque estaban apremiados por la obsesión –completamente positivista– de ofrecer respuestas unívocas, completas y excluyentes⁸⁵.

La *otra* miraba, como un espejo, en dirección opuesta. En efecto,

80 Singularidades negadas, sorprendentemente, por Johannes Schnell, véase *infra*, nota 89.

81 Bühler, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 23; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 40, 64.

82 Esta es, como es sabido, la formulación deliberadamente provocadora de F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, pp. 5, 87, 89, etc.

83 Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 37-38.

84 Sobre la gran afluencia de estudiantes suizos en Heidelberg véanse, en particular, Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 310-311, 313, 317, 318, 336, 419-420, 425, 455; Geissmann, *Das ABGB*, cit., pp. 81 ss.; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 8-9; Kundert, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau*, cit., p. 97-101, 120; E. Vischer, *Rudolf Rachenstein und Andreas Heusler. Ein politischer Briefwechsel aus den Jahren 1839-1841*, Aarau 1951, pp. 23, 78.

85 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 39-40, 138; Bühler, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 22, 27.

se alimentaba de las certezas propagadas lentamente por el historicismo. Aunque no habían convencido a S.L. Schnell ni a K. Pfyffer⁸⁶, sonaron gratamente en los oídos de otros y determinaron su interés por la elaboración de códigos. Así lo demuestra de modo excelente el código de Soleura, más popular y concreto, incluso más consciente de sus límites y por eso sin reservas frente a la tradición⁸⁷, ni siquiera la de origen romanista –esporádica pero innegable–⁸⁸. Es para mí todavía un misterio cómo, dadas estas premisas, fue posible ordenar estos cuatro códigos y poco menos que encerrarlos en la misma jaula como tributarios del mismo modelo (y nacidos de contingencias políticas y culturales consideradas inexplicablemente como semejantes)⁸⁹. Vistas las diferencias, estoy convencido precisamente de lo contrario.

c) Incluso los caminos tradicionalmente seguidos (o quizá solo preferidos) por los autores que en el pasado reflexionaron sobre la historia de cada uno de los códigos cantonales suscitan cierta perplejidad, porque, a mi entender, no siempre nos orientan de modo fidedigno –como deberían– acerca de la naturaleza y de la consistencia de la percepción de

86 Véanse, por ejemplo, Elsener, *Rechtsschulen*, cit., pp. 295, 319; Walliser, *J. B. Reinert*, cit., p. 119 nota 65.

87 Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 138-139; Bühler, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 22, 27. En la postura de Reinert, así como en la del parlamento cantonal de Soleura profundiza con detalle Walliser, *J. B. Reinert*, cit., *passim*, en particular pp. 289 ss.

88 Sobre esta presencia, véanse las remisiones en Walliser, *J. B. Reinert*, cit., p. 589 (“Gemeines Recht”) y 598 (“Römisches Recht”). Heinrich Fick consideró esta presencia como la posible huella de F.L. Keller, consultado debidamente por Reinert (H. Fick, *Kritische Übersicht der schweizerischen Handels- und Wechselgesetzgebung*, Beilageheft zur *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, Band VI, Erlangen 1862, pp. 40-41). Pero esta hipótesis fue refutada tanto por W. Munzingert (*Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, Bern 1865, p. 467) como por Walliser, *J. B. Reinert*, cit., pp. 553-554.

89 Es la incomprensible tesis de un estudioso, por lo demás conocido y notable, a saber, J. Schnell, «Über die Aufgabe dieser Zeitschrift», *ZSR* 1, 1852, I, pp. 3-19, especialmente p. 12: “Die Gleichartigkeit dieser vier Cantonscivilrechte hatte ihren Grund nicht sowohl nur in der Gleichheit des Vorbildes, sondern wesentlich in der Übereinstimmung der civilistischen und politischen Überlieferungen, auf welchem die vier Redaktoren dieser Gesetze fussten”. Incluso A. Schmid, aún dispuesto a estar de acuerdo con Schnell, debe admitir: “[...] die politische Lage der vier Kantone war jedoch verschieden” (Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., p. 61).

una legislación externa, más o menos extranjera. Parecen útiles más bien para otras necesidades que nos resulta difícil compartir.

Generalmente seleccionan los códigos según el origen histórico de sus reglas: de una parte están las normas extraídas de la tradición local, de la otra las sacadas en peso de los modelos (o solo sugeridas por ellos). Tratan de hacerlo con la meticulosidad del contable: distinguen con cuidado, asignan, clasifican y suman⁹⁰. Y finalmente, comprueban con precisión matemática el resto deseado, el que queda a disposición del legislador, no por propia vocación, sino por la imposibilidad de ocuparlo con un sucedáneo histórico. En el caso de Berna, por ejemplo, es exactamente el cinco por ciento⁹¹.

Si estos procedimientos no siempre convencen es por una serie de motivos que quiero mencionar aquí brevemente. *En primer lugar*, porque, en principio, se contentaron con poco: les bastaba con la repetición literal de una regla, de una cualquiera, aunque fuese totalmente marginal, para inferir de ella la recepción o el influjo y determinar la dependencia del modelo. En otras palabras, domina un criterio cuantitativo y formal que me parece –respecto al problema que aquí se aborda– totalmente inadecuado porque no tiene en cuenta el diferente valor (y por ello el distinto peso) de cada uno de los artículos, ni tampoco de la función que se les asignó concretamente en el ámbito del nuevo código.

En segundo lugar, es desagradable que a los procedimientos aquí examinados se les escapen todos estos influjos que no se sirven de la transmisión más o menos literal de una regla jurídica, sino que tienen lugar siguiendo otras modalidades, menos visibles pero no menos eficaces. ¿Por qué no tener en cuenta, por ejemplo, la ayuda prestada al acto de *interpretar* y de *aplicar* las normas del código cantonal por el código-modelo, o bien por la jurisprudencia que originó, o por su contexto iusfilosófico?

En tercer lugar, no puede silenciarse lo que considero el aspecto menos convincente del método tradicional, esto es, el hecho de haber estimulado implícitamente a los autores a *asumir posiciones defensivas*,

90 Estas observaciones se refieren sobre todo a las investigaciones de U.Th. Roth y de A. Schmid sobre los códigos de Berna y de Lucerna. Prevalció para ellos la exigencia de separar las reglas inducidas desde fuera de las autóctonas y, por eso, de aislar un núcleo más o menos consistente de derecho tradicional. En este sentido, Roth, *S. L. Schnell*, cit., pp. 50, 81 ss., 106 ss.; Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 71 ss., 86 ss.

91 Roth, *S. L. Schnell*, cit., p. 113.

cuando no tradicionales o al menos localistas; o bien de haber exhortado a una actitud semejante ya preexistente. Tampoco faltan aquí los ejemplos, sobre todo el de investigaciones con resultados dados por ciertos, predisuestas a verificar «los límites de la influencia» del modelo extranjero⁹² en relación con la «resistencia»⁹³ opuesta por la tradición local al influjo de este modelo; icosas todas ellas demostradas y confirmadas con el acompañamiento de los artículos de la ley!⁹⁴

d) Si hasta ahora todo contribuía a poner de relieve la variedad y la disparidad de las adhesiones al *ABGB* y a explicarlas remitiendo a la inevitable supremacía de la perspectiva del destinatario, es igualmente oportuno añadir un hecho que no se puede olvidar: que el Código austriaco ha puesto mucho de su parte para estimular y favorecer esta abundancia de percepciones locales. Parecía incluso predestinado a prestar este “servicio” a consecuencia de su *ambivalencia* congénita y estructural, de su naturaleza casi bifronte, diría yo. Sancionado en un contexto monárquico, prefiguraba la llegada de la democracia liberal. Estamental y burgués a un tiempo⁹⁵, confirmaba el corporativismo del Antiguo Régimen sin cerrarse

92 La cita retoma parcialmente el título de una conocida aportación de J.-F. Poudret, rico por lo demás en estímulos, que he citado ya en la nota 2. En la misma línea se mueven también los títulos de otras aportaciones de discípulos de Poudret, por ejemplo: J. Haldy, «Les limites du modèle français sur les codes romands en matière de succession ab intestat», en P. Caroni (ed.), *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*, Fribourg/Suisse 1986, pp. 153-160; Ph. Conod, «Les limites du modèle français sur les codes romands de procédure civile», *ibidem*, pp. 161-173. Pero ya en este sentido, fundamentalmente, Schmid, *Kasimir Pfyffer*, cit., pp. 1, 59. Más difuminada, en cambio, es la opinión de A. y D. Cabanis, «Code Napoléon et code civil vaudois de 1819: adaptation et progrès», en *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse 1978, pp. 221-234, especialmente 224-226 ss.

93 Así, de nuevo, J.-F. Poudret, *Enquêtes sur la coutume du pays de Vaud et coutumiers vaudois à la fin du moyen âge. Contribution à l'étude des rapports entre coutume et droit écrit*, Basel/Stuttgart 1967, pp. 60-65.

94 Se trata, por ejemplo, del método seguido en la investigación (por lo demás laudable) de I. Augsburger-Bucheli, *Le code civil neuchâtelois 1853-1855. Etude de l'élaboration et de la structure d'un code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Neuchâtel 1988, *passim*, pero especialmente pp. 61-164.

95 Wilhelm Brauner ha dedicado recientemente una profunda investigación a las numerosas concesiones de naturaleza estamental. Véanse, por ejemplo: «“Allgemeines” aber nicht gleiches Recht: das ständische Recht des ABGB», en H. Hattenhauer/G. Landwehr (eds.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806*, Heidelberg 1988, pp. 23-33; «Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation», en *Festschrift für G.*

por ello al inminente orden económico liberal. Así las cosas, es lógico que desde tiempo atrás provocase comentarios de signo contrario y que recogiese a manos llenas críticas y alabanzas. Desde tiempo atrás se apreciaron su tono benévolo y casi popular así como su lenguaje preciso⁹⁶. Pero también se denunció desde siempre su racionalidad fría y generalizadora, hija predilecta de la abstracción.

¿Qué pensar de la ambigua simultaneidad de estos rasgos? ¿Y cómo valorar las razones de quienes –con argumentos nada capciosos– los consideran, al menos, parcialmente incompatibles? Ya lo he mencionado en otra sede: subrayando el *pathos* visionario del código⁹⁷ y, por ello, resignándose a admitir que las reglas más modernas del código, precisamente las de carácter burgués, no podían arraigar mientras aún permanecieran firmes las estructuras feudales. Su actuación suponía reformas constitucionales que no fueron promovidas ni realizadas hasta la segunda mitad del siglo.

Pero incluso prescindiendo de todo esto, durante todo el siglo, precisamente porque ofrecía una multiplicidad increíble de asideros, la ambivalencia del código propició adhesiones motivadas por intereses a menudo divergentes cuando no francamente contrarios. Ordenarlos, como se hace con frecuencia, sin profundizar en ellos y sin tenerlos en consideración hace pensar en un conjunto de objetivos que no tuvo respuesta alguna en la realidad.

e) Por lo tanto, será útil y oportuno subrayar, antes de concluir, un último aspecto que surge indirectamente de los temas abordados, así como de las intervenciones de los amigos y colegas que me han precedido: en las historias que aquí se han contado vibra, imperceptible, lo que querría designar como la *vocación unificadora supranacional* de los códigos del siglo XIX europeo; de los códigos de los que, en tiempos de Jhering, podía estar justificado (o al menos ser excusable) afirmar que habían descalificado la ciencia jurídica europea, reduciéndola a «jurisprudencia territorial [Landesjurisprudenz]»⁹⁸; pero de los que hoy, con otro cono-

Wesener zum 60. Geburtstag, Graz 1992, pp. 67-80. Sobre este punto, también Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., pp. 233-234.

⁹⁶ Así, por ejemplo, Bluntschli, *Beilage 1844*, cit., p. XX.

⁹⁷ Caroni, *Lecciones*, cit., pp. 75-76; Íd., *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., p. 233; Íd., *“Privatrecht”*, cit., pp. 86 ss.

⁹⁸ R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte I, 6ª ed., Leipzig 1907, p. 15.

cimiento de causa, sería absurdo repetir esta condena despiadada. De hecho, una tradición secular iniciada en 1804 por el *Code civil*⁹⁹, repetida con éxito por el *ABGB* austriaco¹⁰⁰ y confirmada finalmente por el *CCS* de 1907¹⁰¹ pone en evidencia otros itinerarios muy diferentes. Muestra más bien la *tendencia a agregar de los códigos*, su aptitud para ordenar y canalizar –sin por ello suprimir ni ahogar– tradiciones y culturas incluso dispares y heterogéneas aunque no por ello estructuralmente incompatibles. No añadido, como quizá alguno espera, que al hacerlo prefiguraran

99 J.-L. Halpérin, «L'approche historique et la problématique du jus commune», *Revue internationale de droit comparé* 2000, pp. 717-731, habla explícitamente de una “vocation multinationale” de los grandes códigos del XIX, refiriéndose ante todo, obviamente, al *Code* de 1804, que también las victorias militares exportaron a media europa pero que, en general, fue conservado incluso tras la derrota militar de Napoleón (*ibidem*, p. 729). El estudio más reciente sobre los “resultados externos” del *Code* se la debemos a A. Cabanis, «Le Code hors de la France», en Bernard Beignier (ed.), *La codification, Actes du colloque de Toulouse*, octubre 1995, Paris 1996, pp. 33-61.

100 Véase, al respecto, la amplia bibliografía citada ahora en Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., p. 217 nota 36, de la que todavía se deduce que la estrategia unificadora subyacente tras el código había tenido éxito ya antes de 1811, esto es, a partir de 1786. Sobre este punto, ahora, aunque brevemente, también Th. Mayer-Maly, «Rechtsgeschichtliche Anmerkungen zum Multikulturalismus», en G. Köbler/H. Nehlsen (eds.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, Festschrift für Karl Kröschell zum 70. Geburtstag, München 1997, pp. 707-712.

101 El Código civil suizo de 1907 fue a menudo considerado como una mediación válida entre tradiciones jurídicas diferentes y autónomas. De aquí la tendencia a considerarlo como un modelo, para seguirlo en el caso de una futura (aunque poco probable) unificación continental. Así, ante todo, el *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit*, de 28 novembre de 1896, *Schweizerisches Bundesblatt* 48, 1896, IV, pp. 733-786, en particular pp. 784-785; A. Egger, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, I, Zürich 1957, p. 233; Liver, *Einleitung*, cit., p. 70; O. Gauye, «Lettres inédites d'Eugen Huber», *ZSR NF* 81, 1962, I, pp. 91-120, especialmente p. 96 nota 1; Caroni, *Einleitungstitel*, cit., p. 45; N. Jaeger, «Il diritto e la scienza giuridica in Italia e in Svizzera nei loro rapporti reciproci», in *Atti del convegno di studi per i rapporti scientifici e culturali italo-svizzeri*, 4-6 maggio 1956, Milano 1956, pp. 28-39, especialmente p. 32. Pero se añade quizá que Eugen Huber, ya en 1883, consideró el Código federal de obligaciones que entró en vigor precisamente ese año como “eine Vorarbeit für ein allgemeines europäisches Recht” (sobre este punto, véase A. Kaufmann, «Das Schweizerische Obligationenrecht und Eugen Huber», en P. Caroni (ed.), *Das Obligationenrecht 1883-1983*, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, p. 69-106, especialmente p. 79).

la unidad del futuro derecho privado europeo, pues de todos modos no lo pienso y me parecería incluso ridículo concluir reflexiones históricas con esta profecía, tan fácil como frágil. La dejo gustoso para otros. En cambio, prefiero señalar, siguiendo el flujo de las comprobaciones desarrolladas hasta ahora, la urgencia de reflexionar en el futuro con mayor diligencia sobre un concepto que citamos a menudo pero apresuradamente y en los contextos más diversos: el de la *unidad del derecho*¹⁰². Según las circunstancias, habremos de situarlo concretamente en el tiempo y ceñirnos a su contenido de un modo más preciso, para comprobar a qué ámbito debe referirse (el de la ciencia, la enseñanza, la legislación o la jurisprudencia), para confrontarlo a la universalidad jurídica y para descubrir las relaciones que, eventualmente, mantiene con usos, tradiciones y reglas jurídicas de extracción local. Y, por consiguiente, para comprender también qué sentido puede tener pensar en la *unidad* en un mundo –el prerrevolucionario– que a menudo hemos considerado, en cambio, como caracterizado por el *pluralismo* jurídico¹⁰³. Finalmente, si reflexionásemos con menos precipitación sobre todo esto, estaríamos en condiciones, si no de anticipar el futuro, sí al menos de juzgar con mayor justicia el pasado, distribuyendo luces y sombras con mayor serenidad. Después de todo, a un historiador debería bastarle.

102 Una rápida alusión a esta exigencia ya en Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., pp. 217-218. Primeros avances útiles, por ejemplo, en J. Taupitz, *Europäische Privatrechts-Vereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen 1993, pp. 2-8; K. Kröschell, «Universales und partikulares Recht in der europäischen Rechtsgeschichte», en K. Kröschell/A. Cordes (eds.), *Vom nationalen zum transnationalen Recht*, Heidelberg 1995, pp. 265-278; P.L. Nève, «(Europäisches) Ius Commune und (nationales) Gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen?», en G. Köbler/H. Nehlsen (eds.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur*. Festschrift für K. Kröschell zum 70. Geburtstag, München 1997, pp. 871-884, así como en el volumen misceláneo editado por C. Peterson, *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992, Lund 1993.

103 La complejidad de los problemas que deben ser abordados si se quiere profundizar en el tema se manifiesta de modo ejemplar en la aportación de W. Brauner, «Frühneuzeitliches Recht im Rauriser Alpental. “Europäisches Privatrecht” im 16. Jahrhundert», *ZNR* 24, 2002, pp. 3-18; o bien, bajo un aspecto de vista distinto, en la obra de N. Rouland, *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris 1995, y en la discusión que ha provocado (véase, por ejemplo, M. Bellabarba, «Antropología giuridica e storia delle istituzioni. Bellabarba legge Rouland», *Storica* 1996, n° 6, pp. 173-179).

Nota de edición

Los títulos y los lugares de publicación originaria de estos ensayos son los siguientes:

1. *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 9, 1980, pp. 69-111.
2. *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede, en Universität Bern. Jahresbericht zum Studienjahr 1987/88, vorgelegt zum Dies Academicus 3. Dezember 1988, Bern 1988, pp. 7-28; versión italiana *Costituzione liberale e codice civile nel XIX secolo*, en Repertorio di giurisprudenza patria 122, 1989, pp. 61-82; versión abreviada en castellano *Codificación y constitutionalismo*, en Fundación Claudio Sánchez-Albornoz, *Memoria 1989-1999*, Ávila 1990, pp. 45-56.
3. *Das entzauberte Gesetzbuch*, Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 41, 1991, pp. 249-273; primera versión en castellano *La codificación desencantada*, en P. CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, pp. 109-137; versión italiana *Il codice disincantato*, en P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 99-134.
4. *Grundanliegen bürgerlicher Privatrechtskodifikationen*, en B. DÖLEMEYER/D. KLIPPEL (eds.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, Zeitschrift für historische Forschung, Beiheft 22, Berlin 1998, pp. 249-273; versión italiana *Le codificazioni del diritto privato ed i loro postulati di fondo*, en P. CARONI, *Saggi*, cit., pp. 135-164.

5. *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?*, en P. CARONI/G. DILCHER (eds.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?/Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln/Weimar/Wien 1998, pp. 77-108.

6. *La storia della codificazione e quella del codice*, Index. Quaderni camerti di studi romanistici 29, 2001, pp. 55-81; primera versión en castellano *La historia de la codificación y la historia del código*, en *Initium. Revista catalana d'història del dret* 5 (2000), pp. 403-431; versión alemana *Die Geschichte der Kodifikation und jene des Gesetzbuches*, en P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003, pp. 201-237.

7. *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, en P. CAPPELLINI/B. SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'Incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, pp. 263-307; versión alemana *Das vertagte Gesetzbuch. Zu den Widerständen gegen die Ausarbeitung und Ausbreitung des kodifikatorischen Konzeptes*, en P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., p. 239-288.

8. *Per una storia finalmente sociale del codice*, en AA. VV., *Tavolarotonda 1. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea*, Milano 2004, pp. 25-49; versión alemana *Gesetzbücher. Einmal in einer sozialhistorischen Perspektive*, en P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., pp. 289-313.

9. *Quando si esaurisce il ciclo delle 'redazioni': l'emersione del codice nel XIX secolo*, en A. IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El dret comú i Catalunya*. Actes del XI Simposi Internacional, Barcelona 20-22 de maig de 2004. En honor de la profesora Adriana Campitelli, Barcelona 2005, pp. 283-301.

10. *Codificare rinviando al diritto comune. Come leggere l'art. 5 del Codice civile ticinese del 1837*, en G. MARGARINI/F. PANZERA/A. SARGENTI (eds.), *La ricerca e la passione come metodo. Omaggio a Romano Brogini*, Verbanus 26, 2005, pp. 119-130.

11. *Codificare sui due versanti: quello civile e quello penale. Riflessioni sul mito del codice-guida*, en E.C. TAVILLA (ed.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*. Atti del Convegno internazionale di studi, Mirandola-Modena 19-20 ottobre 2006, Quaderni dell'Archivio Storico XXV, Modena 2009, pp. 337-363.

12. *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, en P. CARONI/E. DEZZA (eds.), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Atti del Convegno Internazionale, Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006, pp. 497-524.

Por motivos técnicos no se han incluido los tres textos siguientes:

Der 'demokratische' code unique. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie, en P. CARONI (ed.), *Das Obligationenrecht 1883-1983*. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, pp. 19-68.

Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen, aber nicht systemwidrigen Privatrechts, en R. HERZOG (ed.), *Zentrum und Peripherie*. Festschrift für Richard Bäumlin zum 65. Geburtstag, Chur/Zürich 1992, pp. 107-133 (versión actualizada en P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch*, cit., p. 165-200).

(De)Kodifikation: Wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten, en K.V. MALÝ/P. CARONI (eds.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung/Kodificace a dekodifikace soukromého práva v dnešním právním vývoji*, Praha 1998, pp. 31-47.

Índice

Quizás un epílogo	xi
1. En busca de una metáfora	xi
2. Una historia social de la codificación	xii
3. ¿Y la historia <i>jurídica</i> ?	xv
4. ¿Cuántas historias?	xviii
5. Codificar para cambiar	xxii
6. Las razones de este libro	xxiv
1. La codificación en la obra de Savigny	1
1. Un preámbulo	1
2. Partiendo de un ensayo de 1969	1
3. El concepto savignyano de codificación	3
4. Los motivos del gran rechazo	9
5. ¿La desmitificación de la <i>Volksgeistlehre</i> ?	13
6. El valor jurídico-político del rechazo	16
7. El impacto en la sociedad y la falta de organización de la tradición escolástica	19
8. Sobre el presunto cosmopolitismo de la escuela	24
9. Los elementos de la alternativa científica	27
10. La alternativa en la práctica	33
11. El relativo carácter alternativo de la propuesta savignyana	37
12. Las opciones kantianas de un conservador	40
2. Constitución liberal y código civil en el siglo XIX	45
I. Introducción	45
1. Un episodio local	45
2. Una tesis	46
3. Dos conceptos	47

II. Constitución y codificación en el siglo XIX	48
1. Derechos fundamentales y sociedad burguesa	48
2. La codificación como postulado del Estado de derecho	51
3. Una estrategia igualitaria común	53
4. El derecho privado como complemento de la autonomía política	55
5. El derecho privado del movimiento democrático	56
6. De la jerarquía entre constitución y codificación	57
III. Algunos ejemplos en contra	59
1. Constitución autoritaria y codificación burguesa	59
2. Constitución feudal y codificación burguesa	60
3. El caso de Berna	62
IV. Un vistazo a las evoluciones posteriores	65
1. La posterior inversión de la gradación	65
2. La decadencia del código	66
3. La realización de los derechos fundamentales en el derecho privado	68
4. Conclusión	70
3. El código desencantado	71
I. Introducción	71
II. Las respuestas tradicionales	73
1. El resultado de una discusión erudita	73
2. Las consecuencias de la ambicionada completitud material	75
3. La relación con la Historia	76
4. La codificación y la ciencia jurídica	78
5. La codificación como elaboración teórica	78
III. La aparición de un nuevo punto de vista	79
1. Ampliación, consumación y desencanto	79
2. El contexto político	80
3. El contexto social y económico en particular	82
4. El contenido y la forma: exterioridad y abstracción	84
5. La “realidad” de la codificación	85
6. Un plan de origen burgués	88
IV. Una explicación resumida	89
V. Indicaciones bibliográficas	90
1. Una transformación a escala europea	90
2. Transformaciones en miniatura	92

VI. La lógica y los motivos del desencanto	94
1. Introducción o la inevitabilidad del rodeo	94
2. El sacrificio de la libertad contractual: la vuelta a lo social	95
3. Una cuestión social irresoluta: la vuelta a lo político	96
4. La época de la descodificación	98
5. La abstracción regresiva	100
6. Sobre el retraso helvético	101
VII. Consideraciones finales	103
4. Las codificaciones del derecho privado y sus postulados fundamen- tales	107
1. Por qué las codificaciones burguesas no pueden considerarse la culminación de la producción legislativa del absolutismo	107
2. Cómo puede deducirse de la unidad la idea de una sociedad “igualitaria” en abs- tracto	111
3. Los cambios en la materia determinados por el carácter de la subjetividad del ordenamiento de derecho privado	113
4. El desplazamiento como reestructuración interna del derecho. Para una historia de los conceptos: Kant y Puchta	115
5. La contribución del derecho a la circulación de bienes. En particular: de la ge- neralización de la capacidad jurídica a la obligación general de usar la auto- nomía privada de manera eficiente. Los condicionamientos impuestos por las “desigualdades”	117
6. La igualdad formal al servicio de la desigualdad material: el derecho privado bur- gués se despoja de su máscara igualitaria	120
7. Los sueños que las codificaciones burguesas permitieron realizar: los de los histo- riadores del derecho, los de la burguesía y los de los enemigos de la burguesía	122
8. Cómo incluso el derecho privado imperativo apuntaba a las dependencias exter- nas al código	125
9. Las cuestiones tradicionales de la historia de la codificación: a) igualdad y des- igualdad; b) la parte y el todo; c) entre estatalismo y garantismo	126
10. La codificación del derecho privado: ¿paradigma o caso único?	130
11. ¿Qué tipo de continuidad para la historia de la codificación?	131
5. ¿Qué tipo de historia para un derecho atrapado por el código?	137
I. Una historia previsible pero irreal	137

II. Una historia imprevisible pero real	141
1. La inesperada derrota de la “contemplación”	141
2. Reglas para domesticar la transición	144
3. La continuidad larvada	151
4. La inesperada llegada de las “hipertrofias”	153
III. ¿Por qué la continuidad?	155
IV. Pro futuro: ¿cómo y qué enseñar?	158
1. Una pregunta final	158
2. La codificación que confirma y la que renueva	160
3. La dualidad de la escuela histórica	162
4. Las invasiones de la dualidad	164
5. La insuficiencia epistemológica de la dualidad	165
6. La obsolescencia de la dualidad	167
6. La historia de la codificación y la historia del código	171
1. El nacimiento de una nueva sociedad	171
2. Sus reivindicaciones jurídicas	175
3. ¿Un programa realmente nuevo?	177
4. La herencia iusromanista	179
5. Alguna perplejidad	183
6. La herencia estatutaria	188
7. La herencia consuetudinaria	193
8. Una historia previsible	195
9. La historia de una incógnita	198
10. La única historia que confluye en el presente	203
7. El código aplazado. Resistencias europeas a la elaboración y a la difusión del modelo codificador	205
I. Introducción	205
1. Pasar página, ¿pero cómo?	205
2. La “tercera” historia de la codificación	207
3. La perspectiva de los protagonistas	209
4. El archipiélago	209
II. La escuela histórica (esto es: las resistencias dogmáticas)	210
1. Los ortodoxos (y por ellos, obviamente F.C. von Savigny)	210
2. Los infieles (cuando no verdaderos herejes)	217

III. Las resistencias larvadas (o soterradas)	221
1. Introducción	221
2. Los códigos “subsidiarios”	222
3. La subsidiariedad del derecho común	226
4. Algunas conclusiones	230
IV. Cómo convertirse en enemigo del código	232
1. Introducción	232
2. La sociedad feudal y sus amigos	233
3. Pero también: la sociedad democrática y sus amigos	238
V. Algunas reflexiones para concluir	242
1. ¿Por qué hablar de un código “aplazado”?	242
2. ¿Un signo de clarividencia?	243
3. La normal coexistencia de elementos heterogéneos	244
4. ¿Existe la “historia de la codificación”?	245
8. Por fin una historia social del código	249
1. Introducción	249
2. Las dos historias	250
3. Afloran las primeras perplejidades	252
4. Un bricolaje poco hábil (por antihistórico)	255
5. ¿Cómo recibir el mensaje de la codificación?	259
6. Unas conclusiones ahora ya obvias	263
7. Una aplicación concreta	264
8. El tiempo que pasa	267
9. Cuando se agota el ciclo de las compilaciones: la llegada del código en el siglo XIX	271
1. Aclaraciones preliminares	271
2. Las viejas reglas	272
3. Las nuevas reglas	273
4. Una mediación infructuosa	274
5. El código como “charte exclusive du droit”	275
6. Ampliar los valores: ejemplos	276
7. Una vez más: las dos historias	280
Nota bibliográfica	281

10. Codificar remitiendo al derecho común. Cómo entender el art. 5 del Código civil del Tesino de 1837	287
1. La pregunta	287
2. El debate parlamentario	288
3. El solo de Stefano Franscini	292
4. Domesticar la transición	294
5. Para concluir	298
11. Codificar en dos ámbitos: el civil y el penal. Reflexiones sobre el mito del código-guía	301
1. Introducción	301
2. La cronología	303
3. ¿Y si el código penal <i>precediese</i> al civil?	306
4. Las fuentes de un mito	310
5. El mito al asalto de la constitución	313
6. Código civil versus código penal	317
7. Oponerse a una tendencia	321
8. Pero ¿cómo?	326
9. Una pregunta insidiosa ¿qué código preferir?	332
12. <i>Receptio duplex vel multiplex</i> . El AGB en el contexto suizo	335
1. Reflexionar sobre un modelo legislativo	335
2. La Suiza decimonónica. Algunas premisas necesarias	337
3. ¿Qué modelos?	343
4. ¿Para qué destinatarios?	344
5. En concreto: el grupo “de Berna”	346
6. Algunas conjeturas para concluir	354
Nota de edición	363
Índice general	367

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes 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>