

SOBRE LA PREHISTORIA DE LA CODIFICACION: LA DISCUSION EN TORNO A LA CODIFICACION EN LOS SIGLOS XVII Y XVIII *

por

Helmut Coing

I

Para los juristas continentales de hoy la codificación es la forma lógica de manifestación de su derecho. En el Derecho Comparado la codificación es la característica del llamado "Civil Law". Según la opinión común, se cree que en el fondo siempre ha sido así, porque el derecho continental ha estado marcado decisivamente por el Derecho Romano, es decir, por la "codificación" justiniana. Este parecer recibe una cierta ratificación en el lenguaje usual de los historiadores del derecho, que se han acostumbrado a utilizar el término "codificación" en un sentido amplio y poco diferenciado; están habituados a hablar no sólo de la codificación justiniana, sino que también incluyen ocasionalmente bajo el concepto de codificación obras como las Doce Tablas del antiguo Derecho Romano.

Trabajos recientes, como los de Wieacker, Arnaud, Wilhelm y Tarello¹, nos han hecho conscientes de que la moderna codificación posee características por las que al menos no es conveniente caracterizarla, como hasta ahora era usual, con el concepto muy general de codificación. Más bien me parece que es necesario precisar el uso de los términos y eventualmente indicar con qué características uno quiere definir la expresión. Si uno trata de hacer este intento, encontrará en seguida que entran en consideración puntos de vista muy diferentes. Me refiero, por ejemplo, al Derecho Comparado, a la vigencia exclusiva, a la construcción sistemática y al empleo de principios en vez de la casuística y, finalmente, al propósito de reforma social. Si uno tiene en cuenta estas diversas posibilidades, quedará claro que, según el criterio que uno elija, bajo este concepto se pueden recoger fenómenos muy diferentes del desarrollo jurídico. En particular queda de manifiesto que de ningún modo el Corpus Iuris Civilis llena todos esos criterios. Se puede calificar de codificación si ésta se limita a la unificación o fijación del derecho, así como al propósito de vigencia absoluta (derogar el derecho anterior, prohibir toda interpretación). No puede ser calificado de codificación si se elige como criterio la forma interna o el propósito de reforma social.

Precisamente si uno quiere elaborar las características históricas de la moderna codificación, es importante llevar a cabo un análisis más detallado del Corpus Iuris Civilis desde el punto de vista de los mencionados criterios. Pues

* Texto de una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 31 de marzo de 1980.

¹ WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*; Arnaud,

Les origines doctrinales du Code Civil Français; Wilhelm, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, "Jus commune" 1, 1967, pp. 241-270; Tarello, *Le ideologia della codificazione nel secolo XVIII*.

aunque por desgracia nos falte todavía una historia de la influencia del Corpus Iuris como forma de legislación, sin embargo, mucho habla a favor de que en el Continente fue considerado como el modelo de una legislación amplia, hasta que se desarrolló la nueva forma de la codificación moderna. Con todas las reservas necesarias que requiere el estado defectuoso de nuestros conocimientos con respecto a la técnica legislativa en Europa entre los siglos XIII y XVIII, se podría aventurar la tesis de que el Corpus Iuris proporcionó a los juristas de ese tiempo el modelo de una legislación amplia. Si, como es necesario, se excluye a la codificación moderna, entonces sólo queda el modelo, o mejor dicho, los modelos que ofrece el Corpus Iuris Civilis. Son tres, si no me equivoco: el Codex, en el cual las leyes y decisiones están ordenadas según un sistema ensayado previamente; las quinquaginta decisiones, con las cuales el legislador decide autoritativamente cuestiones litigiosas; y las Instituciones, es decir, el manual de enseñanza provisto de fuerza legal. Todas las tres formas han tenido una eficacia histórica significativa. El Codex fue el modelo de las Decretales de Gregorio IX y del Liber Augustalis del emperador Federico II y, probablemente, también de las recopilaciones españolas de la Edad Moderna. Las quinquagintas decisiones puede uno ponerlas en relación con las Leyes españolas de Toro y con las Constituciones sajonas de 1572.

El libro de texto con fuerza legal, finalmente, es una forma que nos encontramos con frecuencia en la Edad Media. Recuerdo las Siete Partidas; para precisar si en ellas hay una conexión histórica con las Instituciones, ciertamente sería necesaria una investigación más detallada; se encuentra ante todo en la historia del desarrollo de la misma codificación moderna, ya que los primeros intentos de realizar tales codificaciones, como es sabido, condujeron a proyectos que tenían la forma de manuales de enseñanza. Cito, por ejemplo, el Codex Maximilianeus Bavaricus (1756), el Corpus Iuris Fridericianus de 1750 y finalmente el Codex Theresianus en Austria (1766).

Todavía no se ha escrito la historia de la influencia de estos modelos. Pero en todo caso se trata de algo completamente distinto a la moderna codificación. Esta es más bien el resultado de una larga discusión, tenida en toda Europa, que al fin condujo a una teoría perfecta de la legislación. Como uno de los autores que formuló esta teoría, cito a Filangieri; pero es importante indicar de antemano, que tanto en la discusión como en la formulación de la teoría, no sólo participó el Continente, sino que también intervino Inglaterra. Bentham es el autor más importante que habría que mencionar a este respecto.

Si uno echa una mirada a las discusiones que al fin condujeron a la teoría de la codificación, entonces distinguirá tres elementos: la crítica al Derecho Romano, que se hace presente desde el siglo XVI; las teorías iusnaturalistas, en particular la teoría del Derecho Natural de Locke, y, finalmente, aquellas doctrinas que conciben el Derecho como un elemento de la cultura general, como han sido expresadas ante todo en la obra de Montesquieu "De l'Esprit des lois". En la rápida visión de estos tres elementos que quisiera hacer aquí, se debe tratar sobre todo el primero, la crítica al Derecho Romano, que se integra en una crítica al Corpus Iuris mismo y en una crítica a las situaciones jurídicas obtenidas con su recepción.

II

1. La crítica al Derecho Romano comienza con el Humanismo; es la expresión de la relativación que ha sufrido la autoridad del Derecho Romano por la comprensión histórica del Humanismo. Posteriormente se acentuó a

finales del siglo XVII bajo el influjo del Racionalismo. Hazard nos ha mostrado claramente que en esta época la autoridad en general perdió toda su importancia y que frente a ella se utilizó como norma en todas partes la razón de la época. Como es sabido, el Derecho Romano no escapó a esta suerte. Si hasta entonces había sido considerado en amplias zonas de Europa como la "ratio scripta", en adelante cayó también bajo la crítica de la razón.

Los argumentos de la crítica humanística se encuentran recogidos en el famoso Antitriboniano de Hotman, escrito en 1587. Hotman resalta en primer lugar la personalidad de Justiniano y Triboniano. Para ello puede basarse en las "Anécdotas" de Procopio. Además, califica el Corpus Iuris como una obra de época tardía. Advierte que sus autores eran juristas tardíos y de provincias, como por ejemplo el sirio Ulpiano, y que dieron preferencia a los juristas africanos, frente a los verdaderos juristas romanos antiguos, como sería el caso de Catón (cap. XI). Hotman señala, además, las numerosas obscuridades y contradicciones de esta colección de derecho, "male cohaerent omnia" (cap. XI). Además critica el carácter casuista de esta obra legal, ya que contiene demasiadas respuestas, rescriptos y controversias.

Esta crítica se agudiza hacia el 1700, cuando triunfa la nueva ideología racionalista, que tiene su primera gran expresión en la filosofía de Descartes. Los nuevos puntos de vista críticos destacan ante todo en Domat y en Leibniz.

Domat, en la introducción a su famosa obra "Les Lois Civiles dans l'ordre naturel", censura ante todo el sistema defectuoso del Corpus Iuris. Su propósito era el exponer el Derecho Romano, según un orden natural claro, pues esté Derecho, aunque en general justo y equitativo, era difícil de conocer por el modo sistemático de su presentación. La realización de la obra sobrepasa, sin embargo, como es sabido, la nueva ordenación. Domat formula las normas del Derecho Romano no sólo en francés, sino, además, en principios y normas que él mismo formula. Las fuentes en las que se basa, particularmente los casos del Digesto, las detalla en las notas de pie de página. Con ello supera a la vez la casuística, que Hotman había achacado al Derecho Romano. No se puede acentuar suficientemente la importancia que tuvo la gran obra de Domat. Ya sus contemporáneos la recibieron como un cambio fundamental en la presentación del Derecho Romano. Strahan, su traductor inglés, resalta esto en el prólogo de su traducción y ciertamente no es casual el que de esta traducción aparecieran tres ediciones en Inglaterra en el espacio de 30 años.

En Leibniz, el Corpus Iuris es objeto de un ataque teóricamente más preciso, el contener demasiada casuística y pocos principios. En su "Epistola ad amicum de naevis et emendatione Jurisprudentiae Romanae", que publicó en las Acta Eruditorum, Pars 23², detalla que la casuística no es materia del legislador. La decisión de los casos particulares corresponde a la interpretación. Si el Derecho Romano contiene tanta casuística, eso quiere decir que ha fracasado en su cometido de verdadera legislación, pues ésta debe expresarse por medio de principios.

Finalmente, a fines del siglo XVII y en el siglo XVIII se resalta un punto de vista en la crítica contra el Derecho Romano, que ya Justiniano había dirigido contra el Derecho Romano clásico, a saber, su excesiva "subtilitas". Este argumento, que aparece también en Tomasio y en Pothier, se refiere ahora ante todo a las instituciones del Derecho Romano históricamente casuales, que se han de entender no en sí mismas, sino en su desarrollo histórico, particularmente la vestimenta procesal de muchas normas materiales, el esquema de las acciones y excepciones.

² Reproducido en *Opera Omnia* (Ginebra, 1768), IV.

Con todo esto, en la crítica al Derecho Romano aparecen también ya puntos de vista de la técnica de la codificación; puntos de vista que fácilmente se pueden convertir en su formulación positiva en una teoría de la legislación adecuada.

2. Junto a la crítica contra el Derecho Romano mismo, aparece también la crítica a la situación jurídica que se había producido con su recepción.

El resultado de la recepción en los diversos países de Europa es relativamente similar, a pesar de que sea diferente en cada país la base en que se apoya la vigencia del Derecho Romano. El Derecho Romano rigió como derecho común subsidiario. El derecho particular, territorial y corporativo, tenía primacía, así como también, naturalmente, las nuevas normas dictadas en cada uno de los territorios. Lo mismo se puede decir del Imperio Germánico; la teoría de la recepción total del Derecho Romano no debe llevarnos a pensar que la situación jurídica práctica en el Imperio Germánico era algo fundamentalmente distinto de la situación en el Sur o en el Norte de Italia o en Francia. Por todas partes surgió más bien un pluralismo jurídico difícilmente desenmarañable.

Si esto ya de por sí significaba que era difícil averiguar cuál era el derecho aplicable en cada caso, a esto se añadió la carencia de un desarrollo jurídico unitario, por lo que al Derecho común se refería. La teoría medieval trató de superar esta dificultad por medio de la doctrina de la validez de la "communis opinio doctorum". Pero precisamente esta teoría había manifestado claramente cómo con frecuencia en vez de una "communis opinio" lo que se produjo fue un desarrollo de controversias, cuya importancia todavía hoy es difícil de apreciar. Desde el siglo XVI se ponía la esperanza en la jurisprudencia. Esta esperanza aparece expresada en una obra como la del inglés Duck, "De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum", en un análisis detallado de las relaciones entre la autoridad de la teoría y la autoridad de las sentencias. Pero desde fines del siglo XVII se comenzó a observar que en vista de la dispersión de Estados y territorios, y consiguientemente de la jurisprudencia, no se podía esperar de ésta una solución real de las numerosas cuestiones dudosas que tenía el Derecho común. Por eso se empezó a dirigir la atención a la legislación.

Finalmente, en la práctica del derecho, cada vez fue más perceptible que el Derecho Romano era un derecho que procedía de una cultura extraña.

Todo esto se manifiesta también en la crítica. Mucho de ello es ya recogido por Hotman. Repetidamente se alude a la inseguridad jurídica ocasionada por las numerosas controversias. Muratori, en su obra "Dei Difetti della Giurisprudenza" (1742), ataca además la base misma de la doctrina de la "communis opinio doctorum". Plantea el problema de cómo fue posible que los doctores llegaran a dictar leyes sin que nadie los hubiera hecho legisladores.

Con respecto a la validez del Derecho Romano, se censura además que mucho de su contenido era sobrepasado o no adaptado a las circunstancias culturales existentes. Ya Hotman había dicho compendiosamente que de las reglas del Corpus Iuris sólo una vigésima parte era aplicable (cap. 3-8 del Antitriboniano). Entre tanto se había visto mucho más claramente la aplicabilidad o no aplicabilidad de cada una de las partes del Corpus Iuris. Se escribieron una serie de obras que abordaban en particular cada uno de estos problemas. Menciono, por ejemplo, la obra del holandés Groenwegen, "Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandis vicinisque regionibus".

De los humanistas procedía también el argumento de que no existía un texto auténtico del Corpus Iuris, que pudiera servir de base para una praxis segura. Esta idea aparece ya en Hotman (cap. 14). Pero en el siglo XVII esta

idea ganó más peso, ya que a fin de cuentas los esfuerzos de los humanistas no habían conducido a un texto auténtico, por mucha autoridad que alcanzara la edición de Gothofredo.

Reiteradamente se recuerda, además, el hecho de que el *Corpus Iuris* fue escrito en latín y por consiguiente es extraño al pueblo. Pero la crítica de la situación jurídica de entonces se refiere no sólo a la influencia de la recepción del Derecho Romano, sino que también, ya en Hotman pero también en Conring, se indica reiteradamente la inseguridad y diversidad local del derecho consuetudinario y del derecho estatutario, imposible de abarcar.

Como resultado de estos defectos se indica el número exagerado de procesos, su larga duración y el resultado imprevisible de los mismos. Este fue sobre todo el argumento que en el siglo XVIII influyó en el legislador para que se decidiera a llevar a cabo la reforma del derecho por medio de la codificación.

3. Todos estos argumentos, en parte contra el *Corpus Iuris* mismo y en parte contra la praxis que en él se basa, en el curso del siglo XVII fueron presentados en un nuevo género literario. Ya Conring en su obra "*De origine Iuris Germanici*", escrita en 1634, puede citar todo un cúmulo de literatura sobre esta cuestión (cap. 34). Se puede decir que la crítica al *Corpus Iuris* y al Derecho común aplicado en la práctica ahora es ya un género literario especial. Menciono algunos de los ejemplos de esta literatura:

Del siglo XVII:

Conring: "*De origine Iuris Germanici*" (1634); Leibniz: "*Ratio corporis iuris reconcinandi*"; "*epistola (1667) praefatio novi codicis*";
Domat: "*Les Lois Civiles dans l'ordre naturel*", Prólogo;

Del siglo XVIII hay que mencionar:

Muratori: "*Dei Difetti della Giurisprudenza*" (1742);

Del siglo XIX hay que citar ante todo:

Thibaut: "*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*" (1814), en la que en forma muy patética se resumen una vez más todos los argumentos contra el Derecho común vigente, tanto de origen romanista como germanista. Es digno de indicar que en los escritos de Jeremy Bentham se encuentra una crítica contra el Common Law que puede compararse con la que hacen los continentales a su ordenamiento jurídico. Menciono una sátira tan mordaz como "*Truth Versus Ashhurst*", un escrito en el que se ridiculizan de modo grosero las teorías básicas del Common Law.

III

De la crítica a la situación jurídica vigente se pasa desde el principio a la exigencia de una nueva legislación. Las concepciones sobre cómo tenía que ser la legislación al principio son francamente vagas. Esto vale, por ejemplo, para Hotman que en su *Antitriboniano* exige una legislación escueta y amplia, que incluya particularmente el derecho público, que tiene que tener como base una colección de las principales normas sacadas del *Corpus Iuris*, de los antiguos filósofos, de la Biblia y finalmente de la práctica judicial en Francia. Igualmente difusas son las propuestas que, por ejemplo, Conring desarrolla en el cap. 35 de su obra.

Muratori, por el contrario, se expresa más precisamente cuando propone elaborar un extracto del *Corpus Iuris*, que comprenda todo lo que todavía está realmente vigente del *Corpus Iuris* y a este extracto añadirle una solución autoritativa de las controversias existentes. Toda la obra debe estar redactada en vulgata, es decir, en la lengua del pueblo. Estas propuestas en particular todavía recuerdan en muchos aspectos a la redacción del *Codex* y especialmente a las quinquaginta decisiones. Así, pues, estas propuestas se relacionaban todavía con el antiguo modelo que había ofrecido el *Corpus Iuris*.

Así mismo Leibniz, como es sabido, propuso al principio sólo una nueva ordenación, un *Corpus Iuris Reconcinatum*. Propone conservar el texto del *Corpus Iuris* por encima de todo, pero sin embargo, cada uno de los textos del *Corpus Iuris* deben ser ordenados de acuerdo con un sistema de materias nuevamente redactado y dentro de cada una de las secciones deben colocarse al principio los correspondientes principios que la casuística debe seguir. Incluso partes del *Corpus Iuris*, cuya vigencia es dudosa, no deben sin más ser excluidas, pues Leibniz indica que tales partes quizás tengan todavía vigencia en otros países europeos. Consiguientemente Leibniz quiere llegar a una nueva ordenación sistemática del *Corpus Iuris* de modo distinto al de Domat, conservando especialmente el texto original.

Sin embargo, este plan relativamente conservador fue abandonado posteriormente por Leibniz. Ya en el prefacio a su *Codex Leopoldinus* (1678) propone hacer una nueva ley, que debe tener vigencia exclusiva, es decir, debía sustituir por completo al derecho de entonces, incluso al Derecho Romano. Esa nueva ley, según Leibniz debe ser completa, construida sistemáticamente y evitar la formulación casuística, es decir, estar expresada en principios. Además la ley debe ser breve, clara y equitativa ("brevitas claritas aequitas"). Leibniz quiere asegurar la exclusividad de su vigencia por medio de preceptos rigurosos. Todas las normas del derecho antiguo, en lo que difieran de la ley, incluso los estatutos y el derecho consuetudinario deben ser derogadas. Las dudas que surjan sobre la interpretación de la ley no deben ser aclaradas por los tribunales, sino que deberán ser decididas por los gobernantes sobre la base de las preguntas que se les hagan.

Los ejemplos mencionados muestran cómo la crítica al *Corpus Iuris* y a la situación jurídica bajo el dominio del Derecho común tienen un aspecto positivo y conducen a desarrollar determinadas exigencias de la técnica de la legislación. Con leyes que respondan a esas exigencias técnicas se espera poder superar los defectos de la justicia de la época, particularmente la larga duración de los procesos.

IV

Si la discusión tratada hasta aquí, tanto en su crítica como en sus propuestas positivas, puede calificarse de específicamente jurídica o como crítica de la justicia, en la que a pesar de las agudezas ocasionales de su argumentación falta, sin embargo, todo elemento crítico social, esta situación cambia con el siglo XVIII bajo el influjo de la Ilustración.

En el marco de esta conferencia es naturalmente imposible describir en particular el desarrollo del Derecho Natural racional de la Ilustración. Permítaseme recordar aunque sólo sea brevemente los fundamentos de la doctrina del Derecho Natural. Lo que busca es una teoría racional de las relaciones estatales y sociales. Estas relaciones quiere explicarlas, justificarlas en cuanto son racionales, pero también criticarlas en cuanto no corresponden a las exi-

gencias de la razón. El punto de partida es el pensamiento de los derechos naturales propios del estado de naturaleza: libertad, igualdad y propiedad. Para proteger estos derechos se ha organizado la sociedad estatalmente por medio del contrato social. Con ello la doctrina del contrato social puede utilizarse como la norma para juzgar las circunstancias estatales existentes. Es al mismo tiempo instrumento tanto de la explicación científica como de la crítica científica.

Como es sabido a base de este principio se desarrollaron muy diversas doctrinas en su contenido. Por lo que a nosotros nos interesa hay que indicar ante todo la diferencia del Derecho Natural continental, tal como lo representan Pufendorf y Tomasio, y el fundado por Locke en Inglaterra. Mientras Pufendorf y Tomasio desarrollan la doctrina del Estado absolutista ilustrado, del Despotismo ilustrado, que posteriormente fue puesto en práctica en Austria por José II y en Prusia por Federico el Grande, Locke, partiendo de las mismas bases, desarrolló la teoría del Estado de Derecho en sus famosos "Two Treatises on Government" (1690).

Esta teoría fue de gran importancia en nuestro contexto. Según la doctrina de Locke el Derecho Natural es sustituido en el contrato social por las leyes positivas (nr. 134). Por eso las leyes sirven para el mismo fin que el contrato social, para la protección de la libertad, de la propiedad y de la igualdad (cf. nr. 124, 134). Ellas desarrollan en cierto modo el contrato social (nr. 134).

De esta base resultan exigencias completamente determinadas en su cualidad. Las leyes deben ser duraderas, pues solamente así pueden proteger realmente la libertad. La libertad en la sociedad exige según Locke "A standing rule to live by" (nr. 22). Bajo leyes continuamente cambiantes no puede darse la libertad. Y naturalmente las leyes deben ser publicadas reglamentariamente (nr. 131). Deben además ser iguales para todos (nr. 142): "For the favorite at court and the contryman at the plough". Finalmente, deben ser aprobadas por el Parlamento y aplicadas por jueces independientes (nr. 131, 134). Con ello están desarrolladas las ideas básicas del Estado de Derecho, el modelo de una sociedad en la que las leyes dominan en lugar de las personas.

Esta teoría que se difunde en el Continente, y particularmente en Francia, con la filosofía inglesa a mediados del siglo XVIII, es de persistente importancia para la teoría de la codificación. A través de ella recibe la teoría técnica jurídica de la legislación un contenido de reforma social. Exagerando un poco se puede decir que bajo el influjo del Derecho Natural de Locke la codificación recibe el cometido de poner en práctica el contrato social.

Si a estos componentes iusnaturalistas se les añade el carácter necesariamente muy abstracto de la ley, se tiene en líneas generales el ideal de una legislación que más o menos debe ser válida para todos los tiempos y pueblos —un pensamiento que posteriormente expresará particularmente Bentham—. Esta doctrina experimentó un fuerte relativismo histórico mediante la concepción de la cultura de Montesquieu. Su gran aportación a la doctrina de la legislación radica en la visión de que toda la legislación debe estar integrada en la totalidad de la cultura de un Estado y de una época. Tanto admiró Montesquieu la constitución inglesa, de la que tomó la teoría de la división de poderes, tanto se dejó influir de las ideas de los filósofos ingleses y de la política inglesa, tanto se impregnó de ella, que una buena legislación debe insertarse en la cultura general, como es determinada por el clima y la historia, por la forma estatal y el sentido económico.

Permítaseme mostrar con un ejemplo la importancia que tuvo para el desarrollo de la codificación la exigencia aquí establecida. Tocqueville, como es sabido, calificó el derecho territorial general prusiano como el relicto de la

sociedad del Antiguo Régimen. En realidad, de las grandes obras legislativas del siglo XVIII, es sin duda la que más se adecua al orden social del Antiguo Régimen. De esta adecuación eran conscientes sus autores y el gran canciller Carmer la fundamentó en una carta a un abogado del Parlamento de París en el año 1785, indicando que las leyes debían ser adecuadas a la eventual constitución política y cultural de un pueblo³. El ejemplo muestra hasta qué punto podía llevar el pensamiento de Montesquieu del contrato social abstracto.

V

1. A base de estos elementos fundamentales, la crítica al Corpus Iuris, el Derecho Natural acuñado por Locke y las ideas de Montesquieu, se desarrolla en el siglo XVIII una abundante literatura sobre la teoría de la legislación, que refleja una discusión viva que tuvo lugar en toda Europa sobre cómo se deben hacer las leyes y que, aceptada finalmente por los gobernantes en la segunda mitad del siglo, llevó a la forma moderna de nuestras leyes, a la codificación. Permítaseme también aquí mencionar una selección de títulos, que deben servir ante todo para calificar el carácter europeo de esta discusión.

De Francia cito "De l'Esprit des Lois" de Montesquieu, ante todo el famoso capítulo 16 del libro 29 (1748), así como "De la Législation ou Principes des lois" (1776) de Mably; de Italia el famoso tratado de Beccaria "Dei Delitti e delle Pene" (1764), así como el trabajo ya citado de Filangieri, muerto en 1788, "La scienza della Legislazione". De Alemania quisiera citar el escrito de Schlosser, suegro de Goethe: "Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuchs" (1777). En Inglaterra hay que mencionar ante todo a Bentham que recogió en sus escritos los resultados de toda la discusión aquí tratada. Sus doctrinas fueron resumidas por el suizo Dumont, su discípulo, en los "Traité de Législation Civile et Pénale" (1802), que se basan en las obras de Bentham "A fragment on Government" y "An Introduction to the Principals of Morals and Legislation". A través de Dumont se difundieron en el Continente las ideas de Bentham y fueron acogidas en los programas legislativos de los liberales del siglo XIX. En el género literario de la teoría de la legislación en el siglo XVIII hay que incluir también una serie de manifestaciones oficiales y casi oficiales de juristas y políticos, que sobre todo en la segunda mitad del siglo contribuyeron también al origen de la codificación. Menciono en primer lugar las "Instructions adressées par sa majesté l'Imperatrice de toutes les Russies à la commission établie pour travailler à l'exécution du projet d'un nouveau code des lois" (1767), instrucción muy citada de Catalina II para la redacción de una nueva legislación en Rusia; además en Austria el discurso de Zeiller ante la comisión legislativa austríaca el 21.12.1801 y en Prusia la conferencia de Suárez: "¿Pueden ser breves las leyes?".

2. El programa sobre la codificación ensayado en esta literatura contiene en primer lugar determinados objetivos materiales.

a) Lo mismo que el contrato social, también la codificación debía estar al servicio de las ideas de la libertad, de la igualdad ante el derecho y de la protección de la propiedad, de la "Pursuit of Happiness". Por eso la codifica-

³ Cf. STÖLZEL, SUAREZ, pp. 158 y 159.

ción, como observó Zeiller, no debe contener ninguna limitación a la libertad "sin necesidad". Y Mably pudo decir: Il y a une épreuve infaillible pour juger de la sagesse d'une loi; elle consiste à se demander si la loi proposée tend à mettre plus d'égalité entre les citoyens".

La codificación debía ser además la expresión de la humanidad y de la moderación del legislador. Esto valía sobre todo para el procedimiento criminal y el derecho penal material. "L'esprit de modération doit être celui du législateur"⁴.

b) La codificación debe estar también al servicio de la libertad del ciudadano, dándole a conocer los límites de su libertad, dentro de los cuales se puede mover libremente. Debe ser aquella "standing rule to libe by", que Locke tenía como elemento indispensable de la libertad jurídica.

La codificación únicamente podrá cumplir esta función si es conocida por los ciudadanos. Aquí la teoría de la legislación del siglo XVIII entra en la esfera de la pedagogía jurídica. La codificación debe ser la base de una enseñanza general del derecho. Es sabido cuán caro fue este pensamiento de la enseñanza jurídica en general a Condorcet, el organizador de la enseñanza en la Primera República Francesa. En su plan de enseñanza tiene un papel importante tanto la enseñanza del derecho en la escuela, como la discusión de los derechos fundamentales en asambleas de vecinos. Pero el mismo cuidado movió a Suárez, autor del derecho territorial general en la Prusia absolutista. Volvire sobre este particular.

c) Esta educación jurídica a la vez debía servir a otro ideal de la Ilustración. El ciudadano debe conocer la codificación, debía ser mayor de edad en el mundo del derecho. En el caso ideal no debían ser necesarios en adelante los abogados. Este pensamiento era sobre todo caro a Bentham. "Every man his own lawyer" fue su slogan electoral⁵. También resuena este mismo pensamiento en el citado discurso de Zeiller.

Si la codificación sirve a la protección de la libertad, a la igualdad, a la equiparación ante la ley y a la propiedad y es la "standing rule" según la cual uno puede regirse, entonces debe ser a la vez el instrumento con el que se realiza el Estado de Derecho. Tanto los codificadores austríacos como los prusianos, pusieron sumo interés en que a la codificación estuvieran también sometidos los monarcas, el llamado poder decisorio, es decir, quedaban prohibidas por la codificación las decisiones particulares del monarca en asuntos jurídicos fuera del derecho escrito⁶. Así pues, la codificación debe asumir como la función de una constitución y no debemos olvidar a este respecto que la Constitución americana es también una codificación.

d) Al mismo pensamiento del Estado de Derecho corresponde el que la teoría de la codificación en general exige una vinculación estricta del juez a la ley. Es conocido el parecer de Montesquieu de que el fallo judicial es sólo el "texte précis de la loi". En Beccaria este pensamiento recibe su fundamentación en la teoría del Estado. Sólo el soberano puede dictar leyes, no los jueces: por ello el juez debe deducir su sentencia a base de la ley.

Con esto entran en conexión otras dos consecuencias. Si el juez sentencia no sobre la base de su plenitud de poder sino que únicamente ejecuta la ley, entonces eso debe aparecer claro al exterior. Es decir, debe fundamentar su senten-

⁴ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 29, cap. 1.

⁵ Cf. la edición de sus obras por Bowring, IV, p. 490.

⁶ Se contiene tanto en el proyecto de derecho territorial general como en el Código civil general de Martini (1796); cf. p. II,13.

cia. A la teoría de la legislación del siglo XVIII debemos el que dominen estas ideas que hoy nos parecen más que lógicas. Los motivos de la sentencia deben mostrar cómo la decisión del juez se deriva de la ley. La ley francesa que estableció la "Cour de Cassation", es la que más claramente expresó esta idea al disponer que el juez debe mencionar el artículo de la ley en el que basa su decisión. Pero este pensamiento es general. Aparece en las Instrucciones de Catalina II (nr. 120) y aparece también, por ejemplo, en Mably. La segunda consecuencia es que deja un espacio muy estrecho para la interpretación de la ley. La interpretación no debe remontarse a la "ratio legis", sino que, como expresó Catalina II, debe aplicar la ley "a la lettre" (Instrucciones nr. 143).

No deja de ser interesante para el contexto del pensamiento jurídico europeo indicar que precisamente el hecho de que el juez inglés no estuviera vinculado a leyes precisas, sino, según el parecer de Bentham, sólo al supuesto ordenamiento jurídico previo del Common Law, dio pie a Bentham a hacer una crítica aguda del sistema jurídico inglés, al que califica de derecho de perros, como "Dog Law", ya que primero uno es castigado para que a través del castigo llegue a conocer lo que es el derecho mismo.

Finalmente, entre los fines objetivos de la codificación debe contarse la exigencia, desarrollada en primer lugar particularmente por Montesquieu, de que la codificación debe adaptarse a las circunstancias del país en el que deba introducirse. En las instrucciones de Catalina II se contiene esta exigencia bajo la forma de "Que les lois s'accordent le mieux avec la nature du peuple" (nr. 5). Zeiller habla de la "adecuación de la ley al país al que se debe dar".

3. A estas exigencias de contenido de la codificación se añaden otras más técnico-jurídicas, que se habían desarrollado originariamente en la crítica al Derecho Romano. Su cumplimiento, según Zeiller, constituye "la bondad externa" de una codificación bien lograda.

a) La ley debe ser completa y duradera. Para poder satisfacer esta exigencia, la ley se debe limitar a regular las cuestiones fundamentales y a formular los principios principales. Por el contrario, no debe preocuparse de las particularidades ni de los problemas transitorios.

El optimismo de la Ilustración se manifiesta en que creía que sin grandes dificultades se podía conseguir una regulación que, a la vez, fuera amplia y duradera. Bentham, refiriéndose como siempre a una posición extrema, se dejó llevar de la idea de que en una codificación bien lograda, en general sólo cada 100 años, sería necesaria una modificación lingüística para recoger los cambios que se hubieran llevado a cabo entretanto en la lengua popular⁷.

A estos pensamientos se remonta una diferenciación teórica que tuvo un gran papel en la práctica jurídica del siglo XIX y a la que en nuestra época, por ejemplo, el legislador francés ha recurrido, la diferencia entre la regla legal duradera y la ley ocasional para una situación o acontecimientos determinados pasajeros. Esta diferenciación está detallada claramente, por ejemplo, en las Instrucciones de Catalina II (nr. 425/426). Siempre se resalta que la codificación, con estas limitaciones, debía ser completa. Los codificadores mismos, por ejemplo Zeiller y Suárez, hablan en este sentido.

b) La codificación se debe mantener alejada de la casuística. Debe hablar en principios, como corresponde al legislador. Para esta tendencia hay que citar quizás el trabajo anteriormente mencionado de Schlosser. En él,

⁷ Cf. *Gesammelte Werke*, edición de Bowring, III, pp. 209-210.

Schlosser trata de traducir en el lenguaje de la codificación, a base de principios, dos títulos del Digesto, que se refieren al derecho de compra. Por lo demás, el legislador de Prusia hizo también una contraprueba en el proyecto del derecho territorial general. Se comprobó si todas las reglas y decisiones que se encontraban en el Corpus Iuris podían ser decididas con las normas del derecho territorial general prusiano.

Ya vimos que éste fue también un punto de vista que jugó un papel importante en la crítica al Derecho Romano. Como punto de vista general aparece, por ejemplo, en Montesquieu, quien en "De l'Esprit des Lois" critica duramente la práctica rescriptal de los emperadores romanos y la práctica de las decretales de los papas en la Edad Media.

c) La codificación debe estar construida sistemáticamente. También esta idea nos la encontramos ya en la crítica al Corpus Iuris justiniano. Está formulada de modo general, por ejemplo, en Mably: "Les lois sont leurs ordre que le législateur doit se garder d'intervenir".

d) La función pedagógica y garantizadora de la libertad de la codificación se cumple si se trata de que la ley contenga un lenguaje claro y sencillo y emplee conceptos unívocos. "Le style en doit être concis", dice Montesquieu⁸. "Clearness in respect of its language", exige Bentham⁹. Naturalmente la codificación debe estar escrita no en latín sino en la lengua del pueblo.

e) Las disposiciones acordadas, lo mismo que el lenguaje, deben ser fáciles. Se deben evitar las subtilidades, dice Montesquieu¹⁰, y recomienda hablar como "la raison simple d'un père de famille".

4. En la teoría del siglo XVIII se pensó también en el procedimiento para la elaboración de la codificación. Se discutieron diversos caminos. Bentham era partidario de que la elaboración de la codificación se debía encargar a ser posible a un solo hombre, mejor a un extranjero que no estuviera implicado en la contraposición de intereses locales. Recomienda elegir a este legislador por medio de una especie de concurso.

Filangieri, por el contrario, recomienda encargar la elaboración de la codificación a una comisión. En todo caso el resultado, es decir, el proyecto, debe ser puesto a la discusión pública, de tal manera que la publicidad literaria pueda tomar posición. Esta vía se siguió en Prusia. Aquí incluso se organizó un premio para el mejor juicio crítico del proyecto de derecho territorial prusiano. Pero la gran codificación civil de Suiza muestra que, aunque después, también se siguió el primer camino.

5. Todo el que siga con atención los fines que se propone la teoría de la codificación debe observar que por lo menos es difícil alcanzar todos estos fines a la vez; que en muchos puntos más bien se trata, para expresarlo en términos modernos, de conflictos de fines. Esto no escapó tampoco a la época.

a) Tal conflicto, en primer lugar, puede existir entre la exigencia de la igualdad, por un lado, y la libertad y propiedad, por otro. Se trata de un conflicto a base de cuyo compendio se podría escribir la historia de Europa desde la Revolución Francesa. Pero esto ya lo vieron los teóricos y legisladores de la Ilustración. Martini opinaba que en caso de duda se había de dar preferen-

⁸ Libro 29, cap. 16.

⁹ BOWRING, IV, p. 480.

¹⁰ De l'Esprit des Lois, 29, cap. 16.

cia a la libertad, y Bentham exponía en forma aguda la exigencia de que la seguridad debe preceder a la igualdad, es decir, la protección de los derechos bien adquiridos está antes que el pensamiento de la igualdad ¹¹.

b) Ya hemos aludido a un segundo conflicto: el existente entre las exigencias abstractas del Derecho Natural y la situación cultural real y la estructura política de cada uno de los Estados. Ya vimos que Montesquieu dio gran importancia al segundo elemento. Sería sugestivo tratar de comparar entre sí las codificaciones que nacieron de la discusión del siglo XVIII, examinando a qué exigencia dieron la preferencia a este respecto. Está muy claro que el derecho territorial general de Prusia fue muy allá en la adaptación a las circunstancias dadas. Esto tuvo lugar, como observó Carmer en la carta ya citada a un abogado del Parlamento de París, para adaptar la ley a la constitución del país.

c) Por lo que se refiere a la técnica de la legislación, existe ciertamente un conflicto entre el pensamiento de que la ley debe expresarse en principios, evitando la casuística, y la exigencia de que el juez debe estar vinculado estrictamente a la ley y sólo puede expresar el pensamiento de la ley ante el caso concreto.

Es natural que una ley, que se formula en principios, conceda lógicamente al juez una esfera considerable de decisión. Nadie ha expresado esto más claramente que Portalis, uno de los autores del Code civil francés.

La teoría de la época sopesó las diversas posibilidades de solución. Suárez, en el discurso arriba mencionado, desarrolló el pensamiento de que fundamentalmente se debían hacer dos libros legales. Uno redactado brevemente, en forma de catecismo, que sirviera para la enseñanza de los ciudadanos y sólo contuviera los principios de la ley; y un segundo, en el que los principios se desarrollaran hasta sus últimas consecuencias en consideración a los casos presentados y que pudiera servir al juez como base de su decisión.

Bentham propuso que junto a las reglas redactadas brevemente, en forma de principios, se añadiera un comentario auténtico, un "rationale". El texto legal propio sirve para el conocimiento jurídico del ciudadano, mientras el juez, por medio de la interpretación auténtica, está en la situación de decidir en cada caso según el sentido de la ley.

Otros legisladores de la época, por el contrario, desconfían de ese tipo de tutelaje del juez. A éstos pertenecen, como acabo de indicar, Portalis y también Zeiller, en Austria.

VI

El programa teórico de una determinada legislación que acabamos de describir pertenece a los proyectos humanos que se han desarrollado en la realidad. La mayoría de los Estados, en todo caso los de la Europa continental, han codificado su derecho en el curso del siglo XIX. Este proceso de codificación no puede ser aquí tratado; únicamente quisiera resaltar que el factor más importante en los primeros intentos de la realización de este programa está en la monarquía ilustrada y en sus funcionarios ilustrados. Me parece característico que los primeros intentos en esta dirección se llevaron a cabo

¹¹ *Principles of a Civil Code*, Bowring I, p. 311.

en los Estados todavía relativamente jóvenes, como Piamonte, Austria y Prusia. Mucho más problemática me parece la conexión de la realización de estas ideas con la revolución industrial. Contra tal conexión me parece hablar claramente la conexión temporal. El programa de la codificación en líneas generales estaba ya listo cuando empezó en Inglaterra la revolución industrial. Y no pertenece Inglaterra a los Estados que emprendieron la realización de este programa, sino que fueron más bien ambos Estados alemanes, que en la terminología moderna todavía no eran países desarrollados industrialmente.

En la codificación, como en muchas empresas grandes del hombre, los resultados reales fueron en muchos puntos distintos de como se los había figurado la teoría. Las cuestiones que con esto se plantean son hoy reiteradamente objeto de la discusión político-jurídica. El seguirlas no pertenece ya a mi tema. Permítaseme concluir con la comprobación de que en la discusión sobre la codificación en todo caso se consiguió algo que ha permanecido y que permanecerá, una gran forma espiritual en el campo del Derecho.