

Razón y codificación

Por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO,

Abogado

INTRODUCCION

El proceso de la codificación constituye una de las concreciones culturales y políticas más importantes del pensamiento de la modernidad. A su configuración histórica concurren elementos e influencias diversas que se insertan en el contexto más amplio de la Epoca de la Razón y, dentro de la misma, de la compleja génesis y consolidación del Estado Moderno. Si se tiene en cuenta el hecho, tantas veces señalado por la historiografía contemporánea, de que la evolución de la estructura política de nuestro tiempo es, al mismo tiempo, el proceso de su paulatina racionalización, el papel que en el mismo cumple la codificación otorga el máximo interés a nuestro tema. Como pieza fundamental de la teoría jurídico-política del Iluminismo, la misma está orientada a la formulación en lenguaje legislativo de la empresa de modificación revolucionaria de la sociedad. Para muchos —y ciertamente para sus protagonistas— en ello reside, precisamente, su justificación histórica. Indagar en el sentido ideológico y político de la Codificación implica, pues, penetrar en la concepción del mundo y de la vida de toda una época de la historia moderna de Occidente.

Las dificultades de una empresa como la propuesta no pueden subestimarse. Y sobre todo en el campo de la historia y la filosofía del derecho, donde los importantes logros con que se cuenta hasta el momento distan mucho de haberse consolidado en resultados definitivos. Con todo, los mismos permiten aventurar un esquema como el que nos proponemos desarrollar. A nuestro juicio, la codificación implica el momento principal y final del Iluminismo en su aspecto jurídico. La historia de su afirmación, entre fines del siglo XVIII y fines del XIX con repercusiones que llegan tal vez hasta nuestros días, es, a la vez, la historia de la quiebra de una tradición científica y el nacimiento de un nuevo concepto de ciencia y saber acerca del derecho. Codificación, razón y dogmática se suponen mutuamente y entrelazan sus desarrollos respectivos de manera problemática y compleja. Abordemos, pues, los temas propuestos, desde la doble perspectiva de la historia y la filosofía del derecho.

Podría decirse, con Cattaneo (1), que una consideración del trasfondo histórico a que hemos aludido presenta esencialmente cuatro problemas.

El primero es de carácter *político* y se refiere al significado político del Iluminismo jurídico en sus diversos momentos de evolución. Se vería en este punto cómo tal concepción del derecho y el Estado estuvo unida en un principio al Absolutismo Iluminado, para pasar luego a una fase liberal y democrática —de la cual es expresión radical la Revolución Francesa—, y culminar finalmente, en una fase de “retorno”, de liberalismo moderado o conservadurismo burgués que operará una síntesis de elementos tradicionales y reformistas sobre las que se basará la Codificación.

Un segundo problema es de carácter *filosófico*, y atañe a la explicación de las relaciones profundas que ligan a la doctrina jurídica iluminista con sus premisas de fondo en el orden filosófico. Como cuestión fundamental en este nivel, nos preocupa determinar los lazos que unen a la filosofía del “retorno a la naturaleza” y al naturalismo progresista con la construcción jurídica del legalismo formalista. Su confluencia sin contradicciones es, tal vez, el dato básico de la filosofía política de la modernidad.

Un tercer problema es específicamente *filosófico jurídico* y, como tal, depende esencialmente del anterior. Conciérne a las relaciones históricamente determinadas que existen entre el iluminismo jurídico, el positivismo y la codificación. El objeto del estudio es aquí la determinación del concepto del derecho que subyace a la construcción jurídica moderna, y en sus múltiples alcances, nos llevaría a considerar el nacimiento y los supuestos de la moderna ciencia del derecho.

Pero con ello arribamos directamente a un cuarto problema, de carácter *jurídico*, que se refiere a la determinación de la teoría y metodología de la codificación, analizada en sus supuestos y resultados principales.

Con todo, puede decirse que estos cuatro problemas se confunden e interpenetran íntimamente, hasta el punto de hacer imposible un estudio singular y aislado. Si pudieran fundirse en una única problemática global, podría decirse que todos ellos plantean, en el fondo, el problema más vasto y general del *formalismo* en el pensamiento jurídico y en el derecho moderno. El auge y la crisis del Iluminismo jurídico es, para nosotros, el auge y crisis del formalismo. Las reacciones contra la escuela de la exégesis y el culto al *Code* son, en su diversidad, formas de una misma actitud *antiformalista* en el terreno jurídico. Como momento fundacional de la reacción contra la escuela de los Comentaristas suelen fijarse la década del 80 (2) y si se repara en todos los movimientos posteriores, como, por ejemplo, las sistematizaciones de Gèny, Duguit, Hauriou o Jèze se verá que la crisis del racio-

(1) CATTANEO, M.: *Iluminismo e legislazione*. Milán, 1966, p. 10.

(2) BONNECASE, J.: *La science du droit privé en France au début du XIX^e siècle*. París, 1914, pp. 348-349, y, en general, ARNAUD, A.-J.: *La paix bourgeoise*, en *Quaderni Fiorentini*, 2, Milán, 1973, p. 163.

nalismo filosófico guarda un correlato fundamental con la crisis del formalismo en el derecho.

Es por ello que en nuestro estudio enfocaremos de manera específica el tema de la incidencia del formalismo jurídico en la codificación, dejando de lado por el momento algunos de los aspectos que hemos señalado, en la convicción de que las dificultades y ambigüedades que presenta el objeto de estudio justifican suficientemente los límites propuestos. En rigor, el estudio de los supuestos básicos del formalismo jurídico sólo ha suscitado el interés de los estudiosos en épocas relativamente recientes y, como señala acertadamente González Vicen, sería un error creer que hoy poseemos una idea clara y definitiva de la estructura ideal, de los motivos y de la función de esta gran corriente metódica que durante más de un siglo ha dominado y domina aún en gran parte al pensamiento jurídico (3).

Históricamente, el formalismo y la ciencia del derecho en su sentido más estricto reconocen en la codificación no sólo una concreción técnica sino, sobre todo, una ocasión y una fuente de inspiraciones decisivas. No debe olvidarse el hecho de que la ciencia del derecho nace de la compleja sistematización de influencias y corrientes de ideas que se opera en la obra de Savigny y especialmente su alegato en contra de la codificación general para Alemania. Diríamos que en los términos de la célebre polémica están ya planteados y desarrollados los supuestos esenciales de la dogmática y de la moderna ciencia del derecho. Reafirmados o negados, estos serán los cauces por los que inevitablemente deberán discurrir los esfuerzos de la reflexión científica acerca del derecho hasta nuestros días. Como concepto histórico, la ciencia del derecho europea fue fundada por la Escuela Histórica sobre dos ejes de sustentación: el Derecho positivo y el método dogmático (4). Ambos se encuentran

(3) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en "AFD", VIII, 1961, p. 47.

(4) Cfr. sobre esto, GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía del derecho como concepto histórico*, en "AFD", XIV, 1969, p. 63, y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Meditación sobre los saberes acerca del derecho*, publicado como epílogo a su *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid, 1973, III, p. 404. "Desde la escuela histórica—escribe Koschaker—, data el frecuente uso de la expresión Ciencia del Derecho y sus múltiples derivados, que ha dado lugar a no pequeñas confusiones". *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, 1955, p. 477. Nuestra afirmación debe ser entendida en el sentido de que la Escuela Histórica sienta las bases de la moderna ciencia del derecho, en su vertiente dogmática, tal como fueran expuestas a partir de los escritos de Savigny en torno al problema de la Codificación y luego en los del primer Ihering. Lo cual no significa ignorar el hecho de que la constitución de un saber científico—en el sentido moderno—acerca del Derecho, hunde sus raíces en el proceso de sustitución del pensamiento escolástico clásico por el idealismo racionalista. Como bien dice Franz Wieacker, refiriéndose a la historia del Derecho privado en la edad moderna, ésta "surge del camino realizado por la especulación jurídica hacia la ciencia: la creación de un *Studium* secular jurídico en Lombardía y en Francia, y la difusión de ese sistema por Europa". Cfr. su *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*. Madrid, 1957, p. 7. A partir de esta conciencia de la *unidad* del proceso de constitución teórica y metodológica de la ciencia del Derecho, podrá reconocerse como hitos funda-

esencialmente unidos al fenómeno de la Codificación y reconocen asimismo clarísimos antecedentes en el iusnaturalismo racionalista y en el paradigma epistemológico de las ciencias de la naturaleza. La superación de la crisis de crecimiento que parece experimentar hoy la ciencia del derecho impone, pues, ante todo, una comprensión del proceso de su gestación y de los supuestos que le sirvieron de base y de inspiración. Entre éstos, tal vez quepa subrayar por de pronto a uno, que a pesar de su importancia decisiva debe quedar pospuesto en nuestra consideración: la ciencia del derecho, tal como hoy se la concibe y practica hoy por parte de los juristas, nació de una negación expresa de la filosofía. La evolución experimentada por un Ihering es una demostración de que los "artesanos" de la nueva visión científica no estaban aún absolutamente desconectados de la tradición filosófica. Pero aún así, la actitud básica es clara. Y difícilmente pueda soslayarse la consideración —o reconsideración— del papel que quepa a la ausencia de una verdadera dimensión metafísica, en el proceso de crisis del saber jurídico. Ello parece absolutamente necesario para todo intento de restauración renovada de la ciencia del derecho. Y el hablar de "restauración" ya nos pone en el camino de una consideración histórica y, sobre todo, de la búsqueda de una tradición científica aún no totalmente perdida, a pesar de los avatares de la ciencia y el derecho frente a los condicionamientos de la Revolución.

I

MODERNIDAD Y DERECHO

Al abordar el tema de la modernidad como momento en la evolución del pensamiento jurídico es menester, ante todo, evitar ciertos equívocos y simplificaciones bastantes frecuentes, provenientes, sobre todo, de una actitud ideológica que busca en el evolucionismo dialéctico y en la contraposición esquemática de momentos históricos la clave íntima del acontecer. El momento intelectual y político de la modernidad es un universo complejo de factores que se entrecruzan

mentales al *mos italicus* de los siglos XII al XVI, al Derecho Natural Racionalista del siglo XVII y al naturalismo jurídico de fines del XIX y principios del XX. En el trasfondo, debe tenerse en cuenta que esta evolución histórica es el resultado de la repercusión del movimiento científico jurídico sobre la realidad del Estado y la Sociedad, movimiento que siempre se consume con necesidad absoluta —como lo señalara el mismo Wieacker—, "debido a la característica europea del predominio del conocimiento sobre el acontecer histórico". Es fundamental a este respecto reparar en la génesis e historia de la teoría de la interpretación, respecto a la cual la doctrina moderna ha realizado avances notables en los últimos años, detectando sus orígenes en el humanismo y superando así las posiciones que atribuían al pensamiento romántico la fundación de la teoría hermenéutica. Sobre este aspecto básico que se confunde en su desarrollo con la ciencia jurídica misma, cfr. PLACHY, A.: *La teoria della interpretazione*. Milán, 1974, y KISCH, G.: *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*, Berlín, 1969. Son de capital importancia las reflexiones sobre este tema de AJELLO, R.: *Arcana Iuris. Diritto e Politica nel Settecento Italiano*. Nápoles, 1976, pp. 3-23 y 111-148.

e implican mutuamente. Lo político, lo social, lo cultural o lo intelectual son aspectos difícilmente analizables en su singularidad. Como bien ha notado Michel Villey, no existe una filosofía moderna, ni tampoco un sistema jurídico moderno (5). Lo que existe es más bien una pluralidad de formas y de climas intelectuales, diferentes y aun contrapuestos entre sí. En este contexto, el sentido profundo del Derecho guarda relación con el esquema sociocultural existente y resulta, en consecuencia, inapresable en los cuadros de una cronología y unas categorías precisas y definidas. Despegándose de la ruptura nominalista con la tradición escolástica, racionalismo, empirismo, voluntarismo y positivismo configuran momentos parciales de un mismo momento general de la historia del pensamiento. Hacia el siglo XVIII la pluralidad de corrientes filosóficas de la modernidad confluirán en la filosofía de las Luces. En el terreno del derecho, el iluminismo jurídico se caracterizará por una actitud racionalista hacia el Derecho natural y una actitud voluntarista hacia el Derecho positivo, expresadas ambas en la tendencia universal hacia la unificación del Poder político y del sistema de fuentes del Derecho. Racionalización y unidad serán así las dos ideas básicas que presiden la conformación del Estado moderno. Al cabo de un proceso evolutivo que reconoce sus precursores en el empirismo inglés —Bacon, Hobbes y Locke—, el proceso de gestación del pensamiento jurídico moderno se confunde con la historia de la concepción racionalista del Derecho natural y de su afirmación política a través de la Revolución. Hobbes será el “profeta por excelencia del espíritu jurídico moderno” (6) y en su afirmación del monismo legislativo en materia de fuente del derecho, sostenido polémicamente contra Coke, marcará el paso de la concepción objetiva del Derecho natural a la afirmación subjetivista de los derechos del hombre. En su pensamiento queda prefigurada la paradoja central de la cosmovisión moderna: la coexistencia de la afirmación racionalista del Derecho natural con la afirmación voluntarista del Derecho positivo como única fuente posible de normatividad estatalmente reconocida. Junto al aspecto *absolutista* del pensamiento hobbesiano, es posible apreciar otro aspecto “iluminado”, “legal” o “liberal” del sistema, producto de la afirmación de la certeza y la seguridad como fundamentos del sistema político y jurídico (7). Y ambos aspectos de un mismo cuerpo de pensamiento explicarán en buena parte la evolución interna del iluminismo jurídico, en su paso desde el despotismo ilustrado hasta el liberalismo democrático que desemboca en la doctrina de la voluntad general y en la Revolución Francesa. Así es posible entender cómo el iluminismo absolutista de

(5) VILLEY, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*. París, 4.^a ed., 1975, p. 150.

(6) VILLEY, M.: *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. París, 1962, p. 56, y, en general, CATTANEO, M.: *Illuminismo e legislazione*, cit., páginas 17 y ss.

(7) Así, CATTANEO, M.: *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 20, y BOBIO, N.: *Il positivismo giuridico*. Turin, 1961, p. 30.

Hobbes y el iluminismo liberal de Locke, al tiempo que difieren en cuanto a su concepción del poder legislativo, coinciden sustancialmente al considerarlo como la potestad suprema del Estado y fundan así las bases del positivismo legalista consagrado en la etapa posrevolucionaria, "liberal-conservadora" de la Codificación. Iusnaturalismo racionalista y positivismo no sólo no se oponen, sino que se encuentran íntimamente compenetrados entre sí, como aspectos diferentes de una misma concepción acerca del derecho (8). Existe, pues, un ligamen profundo entre los diversos sectores o aspectos del pensamiento jurídico iluminista, que contribuye a explicar el hecho de que paradojas tales como la coexistencia del iusnaturalismo racionalista con el positivismo, del naturalismo optimista con la exaltación de la primacía de la ley como producto de la razón, no sean en verdad tales, sino, muy por el contrario, aspectos complementarios de una misma filosofía, presentes en el seno de la obra de cada uno de los pensadores de la época, y concurrentes, en definitiva, en el proceso de formación del moderno Estado de Derecho liberal-burgués. Las Constituciones y los Códigos serán productos de una etapa de concreciones políticas, caracterizada por el compromiso entre tradición y revolución como nota fundamental, explicable históricamente por la inexorable presencia de la realidad ante las formas intelectuales.

Por sobre la diversidad de corrientes intelectuales, de fenómenos políticos, la modernidad presenta ciertos rasgos fundamentales, comunes a todas sus manifestaciones y etapas evolutivas, entre los cuales nos interesa especialmente señalar por lo menos algunos.

a) En primer lugar, el *immanentismo*. La vida social, jurídica, política y económica del mundo burgués se erige en confrontación a la cosmovisión religiosa de la Edad Media. El derecho moderno se opone al de la Alta Edad Media precisamente en todo lo que éste tiene

(8) Cfr. a este respecto CATTANEO, M.: *Iluminismo e legislazione*, cit., página 24, ANDRE-VINCENT, Ph.-I.: *La notion moderne de droit naturel (De Vitoria et Suárez a Rousseau)*, en "APD", VI, 1961, y VILLEY, M.: *Les fondateurs de l'école du Droit Naturel au XVII siècle*, en "APD", VI, 1961, páginas 73 y ss. En función de esta interpretación cobra especial relieve la intuición de Wicacker en el sentido de que "Este 'Derecho natural racionalista' fundamenta el nuevo Derecho internacional de la comunidad europea de naciones tras la secesión religiosa; adquiere influjo sobre las teorías constitucionales del mundo político recién aparecido, tanto sobre los principios absolutos como sobre las repúblicas estamentales del Occidente europeo y, finalmente, sobre la formación conceptual y sistemática del Derecho privado. Uniéndose luego con la reforma de vida y modo de pensar propios de la época europea de la ilustración, se introduce sobre todo en Alemania, con los poderosos medios del Despotismo Ilustrado en la legislación y en la aplicación del Derecho. El proceso hízose no menos significativo para la Historia del Derecho privado que para la sociedad y constitución europeas, y sus efectos llegan hasta la actualidad"... "Como teoría liberó para siempre a la jurisprudencia especializada de las autoridades medievales, la dotó de un sistema y de un nuevo método dogmático: la construcción de conceptos. Como exigencia práctica dio primero a la crítica jurídica y más tarde a la legislación de la Ilustración, reglas éticas definidas y unívocas". *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, cit., pp. 12 y 226.

de sacral y de referente a la trascendencia de las estructuras terrenas. Como ha señalado Casirer, el derecho nuevo tenía que afirmar su radicalidad y su independencia espiritual frente al dogma teológico y sustraerse de su peligrosa captación, de la misma manera que tenía que demarcar y determinar claramente la pura esfera del derecho frente a la esfera estatal y protegerla en su peculiaridad y en su valor frente al absolutismo del Estado. La lucha para fundamentar el moderno Derecho natural se lleva a cabo en este doble frente. Lucha que tiene que enderezarse contra la concepción teocrática, contra la derivación del derecho de una voluntad divina, en definitiva irracional, inaccesible e impenetrable para la razón humana, y contra el "Estado Leviathan" (9). Desligada de toda referencia trascendente, la vida individual y social tiene fines y cauces normativos perfectamente autónomos y autosuficientes. La razón natural hace abstracción de la fe y del dato revelado para proceder a la construcción de un nuevo orden social basado en la idea central de la naturaleza racional del hombre, concebida como individualidad sustantiva e incommunicable. Desde esta nueva perspectiva, el sistema de fuentes del derecho se modifica radicalmente y el antiguo pluralismo del iusnaturalismo clásico, concretado en el *Decreto* de Graciano o las *Decretales*, imbuido de una visión trascendente del fenómeno político y jurídico pasará a ser reemplazado por el monismo regalista que consagrará definitivamente la Revolución. Con todo, señala Villey, sería un error considerar al laicismo jurídico como una forma de irreligiosidad. En los sistemas de todos los grandes filósofos de la época hay una manifiesta inquietud por adecuar sus construcciones a la verdad cristiana. Y esta línea, representada por figuras como Suárez, Grocio, Locke, Pufendorf o Spinoza sólo se vio alterada con las direcciones protestantes que adoptaron en este punto una actitud más libre, a través de la recusación del principio de autoridad. La preocupación por guardar la ortodoxia cristiana no desaparecerá hasta una vez avanzado el pensamiento francés del siglo XVIII, o en el empirismo inglés y, en general, en el cientificismo (10). En realidad, la laicización definitiva del pensamiento jurídico acontece con la afirmación del pensamiento protestante, y su separación metódica del derecho con respecto a las demás esferas de la normatividad. Como ha indicado Legaz Lacambra, las *Disputaciones Metafísicas* de Suárez preparan ya este camino, configurando el primer ensayo, desde Aristóteles, de hacer de la metafísica un cuerpo de doctrina filosófica independiente,

(9) CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*. México, ed. 1975, pp. 265-266, y, asimismo, GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los códigos europeos* (II), en "Revista de Estudios Políticos", 60, 1951, reproducido en "Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado". Madrid, 1962, pp. 467-509, espec. 494-496, GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía del Derecho...* cit., página 24.

(10) VILLEY, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., páginas 151-153, y FASSO, G.: *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello Stato*, en "Rivista Trimestrale de Diritto e della Procedura Civile", 1962, p. 813.

aun cuando su *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador* mantenga aún una relación formal con la Teología. Con la desaparición del concepto católico de justicia como mediación entre Dios y el hombre, en el pensamiento de Lutero, se abre el proceso de escisión entre las categorías jurídicas y el orden de la Revelación y la laicización general y definitiva del sentido y la ciencia del Derecho (11).

Las consecuencias de la inmanentización o "mundanización" del pensamiento jurídico serán la escisión del Derecho con respecto a la religión de la moral, la afirmación de su autonomía absoluta y la correlativa ontologización del Derecho positivo. De esta manera el iusnaturalismo protestante cumple así un proceso que lo lleva del formalismo al positivismo, cuya comprensión resulta de importancia crucial para el estudio de la concepción jurídica de la modernidad. El Estado moderno afirmará el imperio exclusivo y excluyente de la ley positiva, desligada de toda referencia normativa trascendente. Por otra parte, es necesario reparar que este intento de construir la sociedad y el derecho desde sí mismos, con prescindencia de datos trascendentes, se encuentra en una correlación profunda con la imagen de la naturaleza en la física moderna. Hay una creencia en la legalidad inmanente del sistema de relaciones y fenómenos, en el que la materia pasará a ocupar el lugar ontológico del Dios creador y legislador (12).

b) En segundo lugar, nos interesa destacar otra de las notas esenciales de la modernidad: el *individualismo*. La ética moderna —afirma Piovani— nace de la muerte y transfiguración del antiguo Derecho natural. Es el fruto de la afirmación de la individualidad libre, riesgosa y responsablemente autónoma. En esa transfiguración ya no cabe una teoría del Derecho natural, sino teorías de los derechos naturales, entendidos subjetivamente como afirmación reivindicativa de esferas de actividad libre de los individuos frente a los demás y frente al Estado (13). La necesidad de positivización de los derechos natu-

(11) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed. Barcelona, 1975, página 23, y, en general, bibliografía citada en nota 8.

(12) FUEYO, J.: *El sentido del Derecho y el Estado Moderno*, en "AFD", I, 1953, reproducido en *La mentalidad moderna*. Madrid, 1967, pp. 135 y ss. La *lógica* del Derecho positivo en cuanto confiere validez a una norma desde otra dentro del ordenamiento jurídico, cuya constitución cerrada es tan enérgica que, ¡hasta prevé sus propias lagunas y calcula de antemano sus propios errores!, participa de la misma *forma mentis* que la física clásica, para la que el universo está escrito en lengua matemática, de la misma magia de la razón que induce al hombre a la fijación *racional* de los *dogmas* de una *religión natural* entre las religiones positivas; del mismo espíritu que confiere a las leyes estructurales de la moderna economía capitalista un rigor de *bronce*, del mismo estilo que otorga valoración positiva y exalta como *progreso* todo artefacto, capaz de desatar una mayor energía física sin hacerse cuestión de los efectos de esta nueva fuerza sobre la vida humana, de la misma nostalgia matemática que expulsa del *globus intellectualis* todo saber incapaz de estructurarse y formalizarse como una cadena de corolarios, cualquiera que sea el sentido de sus postulados y sus supuestos" (p. 136).

(13) PIOVANI, P.: *Giusnaturalismo ed ética moderna*. Bari, 1961, p. 112, y, en general, el excelente cap. VI.

rales en Cartas, Constituciones y Códigos es el resultado de la pérdida de aquel sentido de seguridad que caracterizara al mundo medieval, como consecuencia de la noción de la presencia divina en el orden del Universo. Cortada toda referencia con lo trascendente, el orden jurídico sólo se sostiene a través de su voluntaria autoafirmación. Y en este sentido será concebido como orden autoritario y vinculante de la convivencia en libertad de los individuos. Refiriéndose al sistema hobbesiano, en el que quedan fijadas estas líneas fundamentales que caracterizarán al pensamiento jurídico y político moderno en general, dice Brufau Prats: "Hay en Hobbes un entrecruzamiento de racionalismo iusnaturalista y voluntarismo y un intento de fundamentación del Derecho positivo mediante el Derecho natural. Las bases empiristas y mecanicistas del pensamiento hobbesiano, desligadas de todo apoyo trascendente, impulsaban al convencionalismo ético y jurídico. Su racionalismo metódico, moviéndose sobre apoyatura materialístico-sensista, cae de lleno en un patente nominalismo: los conceptos son puros "nomina", puras "voces", elegidos de una manera arbitraria, aunque con un cierto fundamento; nombres que corresponden a representaciones sensibles, quedando el pensamiento reducido al ámbito del juego de adición y substración sobre bases sensistas" (14). Los orígenes del individualismo propio de la modernidad son complejos y su estudio escapa a los límites que hemos impuesto a este trabajo. Baste por el momento recordar que en el comienzo de la elaboración ideológica del individualismo debe situarse a la crisis nominalista y su ruptura de la perspectiva metafísica, la independización de la política con respecto a la ética, la autonomización del Derecho positivo humano con respecto al divino y al natural, el idealismo filosófico y su aislamiento de la *res cogitans* con respecto a la *res extensa*, el trasvasamiento de las categorías metodológicas analítico-sintéticas desde el campo de las ciencias naturales al de las realidades espirituales, la doctrina de la soberanía en el ámbito político, el Derecho natural racionalista de la tradición protestante y el positivismo jurídico (15). Desde perspectivas y puntos de vista muy diversos, toda una serie de corrientes intelectuales contribuyen a la fundamentación teórica de una concepción del hombre como individuo aislado y de la sociedad como una convención artificial. Las Declaraciones de Derechos de la etapa revolucionaria o los Códigos civiles posteriores no harán otra cosa que consagrar legislativamente, bajo la forma de preceptos obligatorios, una concepción del derecho basada en el individualismo. Al designio de neutralidad valorativa y de contemplación teórica del orden racional de la naturaleza humana, seguirá la actitud constructivista. A partir de la descomposición del todo social en sus componentes individuales,

(14) BRUFAU PRATS, J.: *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la "Disciplina iuris naturalis"*. Madrid, 1968, pp. 37-38.

(15) Para un estudio detallado, Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Los pactistas del siglo XVIII: Hobbes y Locke*, en "Verbo", núms. 119-120, páginas 914-918; WOLF, E.: *El problema del Derecho natural*. Barcelona, 1960, cap. II, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado*, cit., 3.^a parte.

la Razón operará una síntesis utópica y homogeneizadora, consagrada en las Declaraciones de Derechos e impuesta a través de la victoria revolucionaria contra los restos del Antiguo Régimen.

Con lo dicho precedentemente, puede caracterizarse sumariamente la actitud moderna frente al derecho y a la realidad política. Sobre esta base se edificará el Estado moderno y la ciencia del Derecho. Una dialéctica permanente entre Poder y Razón afirmará a la *racionalización* creciente de todo lo social como forma y como designio del Estado. La legislación no será sino una de las formas en que este proceso general se manifiesta, y la ciencia del derecho su instrumento más importante. Como bien indica Gómez Arboleya, la ciencia jurídica moderna se construye de forma paralela al Estado moderno, y va unida sustancialmente a tres grandes acontecimientos: la recepción del Derecho romano, a recepción del Derecho constitucional inglés y la teoría del Derecho natural racionalista (16).

En lo que se refiere al proceso de incorporación del Derecho romano, Gómez Arboleya subraya que el mismo no se debió a razones pertenecientes exclusivamente al terreno del Derecho privado, sino que reconoce, ante todo, una línea condicionante de carácter político. Es el Estado, el orden del derecho público, el que operó la recepción como instrumento de sustitución de la constitución judicial y la organización procesal medieval, soportes ambas de un orden social que se juzgaba agonizante (17). Frente a los materiales del Derecho ro-

(16) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en "Rev. de Estudios Políticos", núm. 54, 1950, págs. 57-76, reproducido en sus *Estudios...*, *cit.*, págs. 411 y ss.

(17) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...*, *cit.*, pág. 416. El tema de la "recepción" debe quedar fuera de nuestro estudio por exceder los límites que hemos fijado al mismo. Ello no implica soslayar la importancia decisiva que reviste en el proceso ideológico e histórico de formación de la ciencia jurídica moderna. Los estudios sobre la recepción no han alcanzado aún posiciones definitivas. Mientras que para algunos "La contribución del Derecho justinianeo al conjunto de la cultura europea no estribó, pues, en modo alguno en la "calidad" o "justicia" de sus normas e instituciones, sino en la disciplina metódica de un pensamiento jurídico autónomo y en la inferencia de la decisión de la virtud intelectual del concepto; es decir, en el predominio de la ciencia sobre la vida y, finalmente, en las reservas de ética jurídica realmente vivida atesoradas en las obras de los grandes juristas romanos..." (WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado...*, *cit.*, página 111 y, en general, 1.^a, 7). Para otros, los aspectos científicos ocuparían un segundo plano frente a la importancia de los aspectos estrictamente políticos: "... el Derecho romano no fue objeto de la recepción por sus intrínsecas cualidades, sino por ser el derecho del *imperium romanum*, cuya idea pervive en el imperio alemán y en la cultura europea", "... la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La receptibilidad de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el derecho que se recibe, condicionada, además, a la circunstancia de que el sistema jurídico que se adopta haya sido al propio tiempo creado por un gran poder político que exista todavía en la actualidad como tal, o cuyo recuerdo, así como la cultura que representa, se mantengan todavía vivos. Podemos

mano, el jurista burgués imbuido de la revolución intelectual operada en el orden del pensamiento tomará una actitud radicalmente diferente a la del jurista clásico: de la actitud de investigación de lo justo en el caso concreto según las peculiaridades de la circunstancia y de acuerdo a las pautas del orden natural, el legista moderno pasará a convertirse en un observador neutral del material normativo general contenido en los textos clásicos. De alguna manera, se encuentran aquí prefiguradas las notas esenciales de la moderna actitud científica hacia el derecho: abandono del carácter práctico de la ciencia del derecho, actitud de neutralidad frente al problema valorativo y frente a las necesidades de justicia concreta, vocación estrictamente descriptivista de la tarea científica, adoración dogmática del texto legal y confusión entre las realidades de la ley y del derecho.

La recepción del Derecho romano siguió, pues, las vías teóricas y metodológicas del racionalismo. Es que en el fondo, el proceso obedecía a determinaciones políticas insoslayables, referidas a la gestación misma del Estado moderno. La recepción era, indudablemente, un instrumento de unificación política y jurídica. Es el Estado mismo, como totalidad organizada y definida, el que reivindica para sí el monopolio de la ley y la jurisdicción, a través de la unificación de la legislación y la interpretación. La nueva ciencia une al descriptivismo metódico su vocación constructivista y el legista pasa de teórico a legislador. La ciencia y la ley serán los arietes destinados a resquebrajar el orden tradicional y su resistencia aún viva frente al naciente Estado burgués. Los conceptos acuñados por la tradición romana serán absolutizados hasta convertirse en verdaderas categorías lógicas universales, destinadas por un lado a posibilitar la sistematización científica según los cánones de la nueva ciencia y, por otro lado, a concretar la tarea política de unificar y homogeneizar la estructura del poder a través del derecho.

La revolución metodológica del formalismo científico encontró un

decir, por tanto, que la recepción de un sistema de derecho extraño es un fenómeno que tiene su raíz en la autoridad que emana de este sistema o, cuando menos, en la que se le atribuye todavía" (KOSCHAKER, P.: *Europa y el Derecho romano...*, pág. 209). La tesis expuestas se refieren a aspectos en realidad complementarios —lo cual resulta especialmente claro en el planteo mucho más amplio de Wieacker—. El fenómeno de recepción de un ordenamiento jurídico por parte de un determinado ámbito no es nunca un fenómeno pasivo y en la mayor parte de los casos, no implica otra cosa que la culminación de un proceso de asimilación de formas culturales, espirituales y políticas más complejas, con lo que el Derecho receptado no llega a ser, en rigor de verdad, un fenómeno totalmente "extraño". Esta circunstancia realza especialmente la incidencia de los aspectos espirituales y científicos como base del "prestigio" del ordenamiento que es objeto de recepción. Un ejemplo claro de nuestra afirmación lo constituye el proceso de la Codificación en Hispanoamérica, donde la primacía indudable del modelo francés llega a constituir un típico caso de "recepción", en el que el aspecto "político-imperial" resaltado por Koschaker es prácticamente irrelevante. Cfr. HERNÁNDEZ GIL-A. CIENFUEGOS, A., y ZULETA PUCEIRO, E.: *El tratamiento de la costumbre en la codificación; civil hispanoamericana*. Madrid, 1976, pp. 15-49.

correlato sustancial en el constructivismo racionalista del Derecho natural. En el iusnaturalismo protestante, la Razón no sólo desborda el orden de lo real, sino que se proyecta hacia una vocación dominadora y constructora sin límites.

En el pensamiento político del Iluminismo, la idea de Estado de Naturaleza desempeñará el mismo papel funcional que en el orden filosófico correspondiera al *cogito* cartesiano. Y si por una parte el iusnaturalismo racionalista se aparta de las estructuras de la realidad, por otro, se liga cada vez más al Poder político, y en la Revolución Francesa esta dialéctica de mutua complicación entre Razón y Poder recibe su consagración expresa: la Revolución no es sino la instauración de un nuevo orden fundado en la Razón como instancia redentora. “De este modo —escribe Gómez Arboleya—, el despliegue del racionalismo jurídico moderno va a reforzar la línea anterior en el sentido y con las finalidades del mundo burgués. El Derecho se aprecia así como el resultado de una razón formal que regula la sociedad, aspirando a trazar un sector acotado frente a la moral y a la política, en donde se instituya la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad; sector donde, en tercer lugar, se aspira a suprimir todo lo que pueda ir en contra de la voluntad general de la concordia entre los ciudadanos; en suma, de la unidad del Estado implícitamente afirmado como Estado nacional” (18). Formalismo jurídico, racionalismo e individualismo iusnaturalista y consolidación totalitaria del Estado moderno muestran así su íntima y esencial compenetración ideológica y práctica. La recepción de las formas de organización constitucional anglosajona no será otra cosa que el correlato en el Derecho público del proceso acontecido con el Derecho romano en el Derecho privado.

La presencia de elementos científicos y doctrinales en la elaboración del nuevo derecho debe ser subrayada de manera especial. Como han notado las obras ya clásicas de Hazard Mornet y, más recientemente, Arnaud, entre mediados del siglo xvii y el fin del reinado de Luis XV, los estudios científicos acerca del derecho experimentaron un florecimiento extraordinario. De alguna manera, la concepción revolucionaria acerca del papel del derecho frente al orden social que portaba consigo el racionalismo iluminista, vino a liberar a la doctrina de la tarea agobiante de adecuar el profuso material del derecho intermedio a las necesidades de una sociedad en trance de acelerada expansión económica y social (19). Las profundas modificaciones que muestra el derecho del Antiguo Régimen al ser incorporado a los sistemas de la Codificación tienen un evidente sello doctrinal e ideo-

(18) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...* cit., p. 434.

(19) Cfr. TOCQUEVILLE, A. de: *L'Ancien Régime et la Révolution*. París, 1866; HAZARD, P.: *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*. París, 1932; MORNET, D.: *Les origines intellectuelles de la Révolution Française (1715-1787)*. París, 5.^a ed., 1954, y ARNAUD, A.-J.: *Les origines doctrinales du Code Civil Française*. París, 1969, p. 6. Es también de gran importancia el reciente TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I. *Assolutismo e codificazione del Diritto*. Bolonia, 1976.

lógico que permiten hablar de un verdadero *Juristenrecht* o derecho de los juristas y los profesores. Los edictos, declaraciones u ordenanzas emanadas del poder real en la época prerrevolucionaria fijaban, sobre todo, puntos esencialmente técnicos, y a tal título son recogidos en la codificación, de forma casi textual. Pero el ordenamiento en su conjunto es más bien una resultante de procesos y construcciones doctrinales, ideológicamente condicionadas (20).

Es que, como señala Gómez Arboleya, la Razón constructiva, principio y fin de la época, operaba en un doble orden: por un lado, utópicamente, mediante la doctrina de un Derecho natural laicizado y formalista; por otro, prácticamente, mediante la afirmación de la Razón del Estado, encargada de justificar y consolidar el edificio institucional en que se apoyaría la vigencia de las declaraciones abstractas de los derechos del hombre (21). Es éste el soporte ideológico y político del Constitucionalismo y la codificación.

Esta primacía de los condicionamientos políticos era señalada ya por Savigny en su célebre opúsculo polémico sobre la Codificación. "En el *Code* —escribía—, han tenido mayor influencia los elementos políticos de la legislación que los elementos técnicos, debido a lo cual ha modificado más el derecho existente que los códigos alemanes...". "La Revolución había aniquilado, al mismo tiempo que la antigua constitución, una gran parte del Derecho civil, llevada en ambos casos más por un impulso contra lo existente y por la expectativa extravagante e insensata de un futuro incierto que por la ilusión de alcanzar una situación determinada, considerada digna de ello" (22). Y al comparar las situaciones de Francia y Alemania, respectivamente, agregaba: "Pero para Alemania, que no había sido alcanzada por la desbandada de esta revolución, el *Code* (que en Francia había significado retroceder una parte del camino) era más bien un paso hacia la situación revolucionaria y, por tanto, más nocivo y funesto que para la misma Francia" (23). Para Savigny, que recogía una línea interpretativa iniciada por los autores del Código Napoleón, la codificación francesa había implicado una especie de transacción entre elementos tradicionales y elementos técnicos nuevos; entre el derecho preexistente, en parte romano y en parte francés (*Coutumes*), y las construcciones doctrinales del iluminismo jurídico y la Revolución. En su opinión, el *Code* aparecía más bien como una mezcla mecánica de elementos que, aun considerados en su singularidad, resultaban absolutamente heterogéneos. Su alegato contra la Codificación era, al mismo tiempo, una fundamentación integral de la naciente ciencia sis-

(20) ARNAUD, A.-J.: *Les origines doctrinales...* cit., p. 5.

(21) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...* cit., p. 447, y *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en "Revista de Estudios Políticos", número 60, 1951, p. 33, reproducido en sus *Estudios...* cit., p. 467.

(22) SAVIGNY, F. C. v.: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Ed. española incluida en el volumen THIBAUT-SAVIGNY: *La codificación*. Madrid, 1970, pp. 87-88.

(23) SAVIGNY, F. C. v.: *De la vocación ...cit.* pp. 89 y 103.

temática del derecho, que reconoce en este preciso momento histórico su punto de partida (24). La polémica acerca de la Codificación en Alemania marca, en realidad, la contraposición de dos aspectos diferentes, aunque hasta cierto punto complementarios, de un mismo fenómeno intelectual y político: el iluminismo jurídico. En Savigny, el Derecho romano queda elevado al plano de la construcción intemporal y absoluta, y sus contenidos serán el objeto de conocimiento de una ciencia rigurosamente fundada en la lógica científica de la época. De alguna manera, es la Razón misma la que avanza un paso más en el proceso de absorción integral de la realidad jurídica, desplazando la dimensión voluntarista del legalismo, para dar paso al conceptualismo del cientificismo (25).

Lo dicho permite afirmar la evidente relación de interdependencia existente entre los aspectos doctrinales y políticos del momento previo a la empresa codificadora. Favorecido por un clima preparado por la laicización del pensamiento jurídico, el individualismo de raíz hobbesiana, la duda cartesiana y jansenista, el protestantismo y el racionalismo filosófico, el Estado moderno estará preparado, hacia las últimas décadas del siglo XVIII para producir una profunda revolución, pacífica y brutal, según los casos, que en el campo de lo jurídico se concretará en la unificación de las fuentes del derecho, en el triunfo del método lógico-sistemático en el conocimiento, exposición e interpretación y en la adaptación del orden jurídico a las necesidades económicas y sociales del nuevo orden burgués. Con la teoría jurídica y política afirmada en la Revolución Francesa, el iluminismo jurídico supera de manera definitiva su fase de absolutismo ilustrado para entrar en la fase democrática. La teoría de los derechos humanos y la teoría de la ley como expresión de la voluntad general son tal vez sus expresiones máximas, y marcarán con un sello indeleble a los desa-

(24) Al menos tal como, en líneas generales, se la concibe hoy o, al menos, se la presupone en los trabajos dogmáticos de los juristas. Cfr. al respecto HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid, 1971, volumen I; *El estado actual de la ciencia del Derecho*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Chile, 1973; *La situación científica y cultural del Derecho*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación". Madrid, I, 1973; *Meditación sobre los saberes acerca del Derecho*, en "Metodología..." *cit.*, III, pp. 395-425, y *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid, 1976. La delimitación histórica expuesta no puede llevarse, sin embargo, al exceso de desconocer la cientificidad del pensamiento jurídico occidental precedente. Incluso aceptando el moderno concepto de ciencia, es evidente que el esfuerzo de constitución de la ciencia del Derecho reconoce su génesis en épocas muy anteriores, resultando poco satisfactorio todo intento de precisión cronológico que no se efectúe en los límites de algún sector temático en particular. Un ejemplo claro es el origen de la hermenéutica o teoría de la interpretación, situado por los más modernos estudios en el clima intelectual del Humanismo. Cfr. al respecto PLACHY, A.: *La teoria della interpretazione*, *cit.* y su intento de demostrar la existencia de una tradición científica plurisecular en la que se fundarían posteriormente los esfuerzos sistematizadores de la Escuela Histórica y de la Dogmática.

(25) AJELLO, R.: *Formalismo e storia del diritto moderno*, en "Quaderni Fiorentini, I, Milán, 1972, p. 185.

rrillos posteriores de la ciencia jurídica. Las sucesivas constituciones revolucionarias consagrarán el principio de la certeza del derecho, en sus Declaraciones generales, y reformarán profundamente el papel de la jurisdicción en la interpretación del derecho. Las leyes revolucionarias impondrán la sujeción del juez a la ley y la obligación de decisión y motivación de las sentencias. La obligación inexcusable de decisión no serán otra cosa que la implementación práctica del postulado de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, cuyas proyecciones serán también decisivas para la ciencia jurídica en gestación. Claridad y certeza en el derecho, unificación del esquema de fuentes, garantía de los derechos naturales del Ciudadano e instauración de la igualdad radical de los individuos serán, pues, principios generales de la ideología revolucionaria y puntos de partida de la empresa codificadora (26).

Esto no será tan evidente en el proceso de gestación del Código prusiano como en el Código Napoleón, y la diferencia reside precisamente en el hecho de que el primero es un fruto típico del iluminismo jurídico en su fase absolutista, en tanto que el segundo, verdadero molde para todo el desarrollo posterior de la Codificación, lo es de la fase democrática. Puede apreciarse inclusive las rápidas variaciones que fue experimentando la filosofía inspiradora de los diversos proyectos de Códigos civiles que se fueron sucediendo durante el curso de las diversas etapas de la Revolución Francesa. Para Cattaneo, las fases *políticas* de la Codificación francesa son tres: el período republicano-jacobino, el período termidoriano-directorial y el período napoleónico. En el primero se presentaron dos proyectos, en el segundo uno y en el tercero se llevó a cabo la redacción del Código definitivo. El primero representa el momento de primacía de las ideas jurídicas iluminístico-revolucionarias, en tanto que los otros dos marcan momentos sucesivos de un retorno a la tradición, un compromiso entre las posiciones del iluminismo jurídico y de la conservación de los elementos doctrinales, políticos y jurídicos precedentes. Podría decirse, inclusive, que a la reacción antijacobina en el campo político acompañó, en el campo jurídico, una reacción contra las formas extremadamente politizadas del iluminismo que primara en la etapa jacobina (27). Con Portalis cobra especial relieve la imagen del jurista conservador que reacciona contra los excesos de la Revolución, operando la síntesis entre racionalismo revolucionario y tradición que exigían las circunstancias políticas del momento. El título de una de sus obras más importantes, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, define suficientemente los matices profundamente doctrinales de la reacción a que hacemos referencia. En el autor de la Exposición preliminar al *Code*, no sólo hay una recepción de aspectos meramente técnicos del derecho tradicional, sino que hay una recusa-

(26) CATTANEO, M.: *Iluminismo... cit.*, pp. 99 y 115 y ss.

(27) Cfr. al respecto CATTANEO, M.: *Iluminismo... cit.*, pp. 118-119, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado... cit.*, p. 317.

ción del abuso de “espíritu filosófico” que caracterizará, a su juicio, a las etapas más duras de la Revolución. Portalis reconoce la obra codificadora del despotismo ilustrado, rechaza el espíritu de sistema de los ideólogos franceses, rechaza las líneas fundamentales de la filosofía rousseauiana, la teoría del estado de naturaleza, la visión contractualista de la sociedad y el derecho y las exageraciones del igualitarismo (28).

Las fases a que hacemos referencia están lejos de presentar una contraposición nítida y absoluta: ambas representan dos variantes de concreción sucesiva de un mismo designio de organización de la realidad social según las premisas del iluminismo jurídico. “De este modo —subraya Cattaneo—, el iluminismo jurídico resulta expresión de los ideales revolucionarios del *citoyen*, en tanto que la filosofía del Código Napoleón aparece más bien como la expresión de la consolidación de los intereses del *bourgeois*...”. “Nos encontramos frente a dos fases que corresponden a dos tendencias, dos mentalidades, dos modos de entender la Revolución misma. De un lado, la tendencia a considerar a la Revolución como un acto de liberación de la Humanidad, como una regeneración moral de la sociedad, y a evitar que la misma se limite a la sustitución de una clase por otra en el poder...; de otro lado, una consideración clasista, la consideración de la Revolución como el movimiento que ha llevado al poder a la clase burguesa, la tendencia a conservar y consolidar ciertas conquistas económicas y sociales de la Revolución misma...” (29).

Más allá de la intención originaria de sus autores intelectuales y políticos, las codificaciones del Derecho privado que reconocen en el *Code* una inspiración determinante fueron, ante todo, un reflejo del clima ideológico de la época. Al estudiar las proyecciones del iluminismo jurídico en el terreno de la interpretación del derecho. Recaséns Siches ha indicado acertadamente que “la transposición de aquel espíritu de culto a lo general al campo de la interpretación y aplicación de las leyes positivas constituye un tremendo salto mortal, que ha tenido fatales resultados en el siglo XIX y aun en parte del siglo XX...”. “Hay que advertir, en justicia, que no fueron tanto los redactores del Código civil francés quienes asumieron esa actitud—pues ellos se mostraron bastante discretos y circunspectos—, sino más bien la serie

(28) Sobre Portalis, el ya citado CATTANEO, M.: *Iluminismo...* cit., páginas 121 y ss.

(29) CATTANEO, M.: *Iluminismo...* cit., p. 137. Por nuestra parte, insistimos en la necesidad de relativizar la aludida contraposición, en función de que las fases de referencia configuran más bien aspectos complementarios—por sobre sus diferencias evidentes—, de una misma actitud frente al cambio revolucionario de la sociedad. Los aspectos diferenciales resultan en realidad no tanto posiciones doctrinales propias de los protagonistas, sino repuestas a la nuevas circunstancias pláticas que advienen con la reacción terminodoriana. La utilización de la categorías de *citoyen* y *bourgeois*—tan cara a la historiografía de inspiración marxista—encierra problemas y ambigüedades que nos impulsan a reproducirla con carácter provisorio, y al solo efecto de ilustrar esquemáticamente el sentido de nuestra tesis.

de jurisconsultos de las generaciones siguientes, encargados de aplicar aquellos textos" (30). La codificación napoleónica ha de ser considerada, pues, no tanto como un acto de voluntad legislativa o una respuesta a circunstancias políticas concretas—que lo fue sin duda—, sino como la expresión legislativa, afirmada estatalmente, del Derecho natural, del Código de la Razón, frente a las imperfecciones de la historia.

Como es bien sabido, la opinión generalizada de la doctrina civilística francesa, apoyada en textos muy claros de los redactores del *Code*, ha considerado al mismo como el resultado de una "transacción" entre influencias y materiales diversos: una corriente empírica, positivista, reaccionaria, sostenida por un cierto jansenismo jurídico, y otra corriente jusnaturalista, filosóficamente originada en el racionalismo moderno. Esta idea de la transacción fue receptada por Savigny y a través de él pasó a constituir uno de los dogmas básicos de la moderna ciencia del derecho. A la luz del proceso que hemos expuesto, la tesis no carece de asidero, por cuanto da cuenta de la diversidad de aspectos que conforman a esa vasta corriente de ideas que hemos denominado "iluminismo jurídico". Sin embargo, de acuerdo a los resultados obtenidos por la crítica de fuentes en el curso del presente siglo, debería subrayarse el aspecto doctrinal de manera muy especial.

Para toda una línea interpretativa que reconoce como sostenedores a figuras como Koschacker, Coing, Wieacker, Fechner, Thieme, Verdross en Alemania; Bobbio, Solari, Cattaneo, en Italia, Michel Villey y Arnaud en Francia (8), los códigos modernos son el resultado de la introducción del espíritu y el sistema filosófico de la escuela racionalista del Derecho natural del siglo XVIII en el ámbito de la legislación. La Codificación es el resultado de los principios de arquitectura social adoptados por la Revolución (31). Las ideas de estado de naturaleza, contrato social, voluntad general, derechos del ciudadano, reconocen en el contexto del Iluminismo jurídico, una dialéctica íntima que recibe en la Codificación una de sus concreciones más importantes. En esta perspectiva, cobrará luces definitivas el estudio del fenómeno central y básico de la ciencia moderna del derecho: el *formalismo* jurídico.

(30) RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, 2.^a ed., 1973, p. 153; cfr., asimismo, OLGIATTI, F.: *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*. Milán, 1950, 2.^a ed., cap. I.

(31) Cfr. respecto a este punto el desarrollo de GROETHUYSEN, B.: *Philosophie de la Revolution Française*. París, ed. Gonthier, 1956, cap. VII.

II

FORMALISMO Y DERECHO

Por sobre sus posible ambigüedades y dificultades interpretativas, el término *formalismo* permite una conceptualización unitaria del proceso intelectual que hemos venido analizando. Como actitud y respuesta frente al problema del saber jurídico, el formalismo supera el marco histórico del pensamiento moderno, para extenderse hasta nuestros días, configurando una verdadera *forma mentis* universal, común a la mayoría de las orientaciones doctrinales. De una manera u otra todas las posiciones teóricas y metodológicas de este siglo pueden ser ubicadas en uno u otro de los polos de la tensión formalismo-antiformalismo, o bien en los innumerables intentos de conciliación. Es por ello que una profundización en el sentido y la actitud de la moderna ciencia del derecho frente a la cuestión del concepto y la función del derecho pasa, necesariamente, por un estudio de los supuestos intelectuales, orígenes y proyecciones del formalismo en el campo jurídico.

Ante todo, es necesario evitar los peligros a que lleva un concepto excesivamente estrecho de lo que por "formalismo" debe entenderse en el derecho. Para ello, el acento de la investigación debe recaer en los aspectos histórico-evolutivos antes que en los lógico-sistemáticos, reparando en el hecho de que el significado de la expresión cobra significados extremadamente diversos según los diferentes contextos históricos y temáticos que se consideren.

En un trabajo ya clásico, N. Bobbio ha afirmado que la expresión formalismo significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras inevitables, hasta el punto de que una polémica general o genérica contra el formalismo termina por ser una fuente de confusiones, equívocos, incomprensiones, discusiones inútiles y exclusiones injustificadas, razón por la cual propone el análisis de por lo menos cuatro significaciones diversas de la expresión "formalismo" (32).

En una primera acepción, cabe entender por formalismo a una concepción acerca de la justicia, según la cual el acto justo es aquel que se conforma a la regla general. El juicio ético o jurídico es un juicio de conformidad de un acto a la norma o al modelo normativo establecido. En cuanto parte de una concepción legalista de la justicia, puede ser llamado *legalismo* o formalismo legalista (33).

Una segunda acepción se presenta en el terreno de lo jurídico y, más concretamente, en el problema de la conceptualización misma de la juridicidad. En este sentido específicamente jurídico, sería "formalista aquella concepción que presenta al derecho como una *forma* —ge-

(32) BOBBIO, N.: *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán, 1972, páginas 79 y ss., y su *Formalismo giuridico e formalismo etico*, en "Studi sulla teoria generale del diritto". Torino, 1955, pp. 145-162, y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...* cit., III, cap. I, pp. 19-104.

(33) BOBBIO, N.: *Giustnaturalismo...* cit., p. 81.

neralmente constante—, respecto a un contenido —generalmente variable—. Es la forma adoptada por determinada realidad humana la que determina su carácter jurídico o extrajurídico. La variante más generalizada en el pensamiento actual es la que concibe al derecho como *norma* y que permite hablar, en consecuencia, de un formalismo normativista o, lisa y llanamente, de un *normativismo*. De acuerdo a esto, un hecho será jurídico cuando sea tomado en consideración por una norma que le atribuye ciertas consecuencias, reputadas como “jurídicas”. Lo característico de la teoría normativa —dice Bobbio—, el reenviar el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma, de su contenido —social, económico o moral— a su forma, por la cual no puede ser sino ordenado, prohibido o permitido (34). En rigor, la teoría del derecho como norma debe distinguirse, sin embargo, del normativismo, que no es sino una de sus posibles variantes.

Una tercera acepción se encuentra estrechamente ligada a la anterior, y se refiere a una concepción no ya del objeto, sino del saber jurídico, de la ciencia jurídica como una ciencia *formal*. En tal sentido, junto a un formalismo ético y a un formalismo jurídico, es posible distinguir un formalismo científico, que parte de considerar a la ciencia del derecho como una forma de saber que no tiene por objeto de conocimiento hechos del mundo físico o del mundo humano, sino calificaciones normativas de hechos, y cuyo cometido no es la explicación —propia de las ciencias naturales—, sino la *construcción* y, en última instancia, el *sistema*. La relación que guarda el formalismo científico con el normativismo es evidente, si se tiene en cuenta que para esta última posición, el derecho aparece como un conjunto de calificaciones normativas de comportamientos, en tanto que para la primera, la tarea científica acerca del derecho se reduce a “una reconducción de los comportamientos a la estructura y a una continua constitución y reconstitución de la estructura misma” (35). Para el formalismo científico, los datos de la investigación cobran sentido en tanto son susceptibles de sentido en el marco de las interrelaciones existentes en el seno de una estructura sistemática. Y la formalización del objeto está lógicamente relacionada con la formalización de la ciencia que lo estudia, razón por la cual cabe hablar de formalismo en el sentido de *conceptualismo*.

En un cuarto significado, que es tal vez el de uso más generalizado en la polémica formalismo-antiformalismo, la expresión se considera en el contexto de la teoría de la interpretación. Y en este sentido, pueden distinguirse aún varias subespecies. Respecto al *método*, por ejemplo, se consideran como formalistas aquellas posiciones que acentúan los aspectos formales y sistemáticos por sobre los materiales y teleológicos de la tarea interpretativa. Respecto a la *función* de la interpretación, se consideran formalistas las orientaciones doctrinales que atribuyen al juzgador un papel meramente declarativo del dere-

(34) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo... cit.*, pp. 85 y 88.

(35) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo... cit.*, pp. 89 y 91.

cho vigente, negando toda dimensión creativa a la decisión. Las actitudes formalistas respecto al método y a la función se encuentran sólidamente vinculadas entre sí, aunque resultan distinguibles por ser respuestas a problemas diversos (36).

El cuadro suministrado por Bobbio nos pone ante la rica diversidad de sentidos que cobra la expresión “formalismo” al ser analizada desde la cuádruple perspectiva de la justicia, el derecho, la ciencia jurídica y la teoría de la interpretación. Las cuatro concepciones expuestas por Bobbio tienen una vinculación entre sí que resulta de su preocupación por dar respuesta al derecho tal como éste se ha manifestado a partir de la modernidad, pero de ninguna manera se implican necesariamente entre sí. “Un nexo estrecho existe solamente entre la segunda y la tercera, pero no entre la primera y la segunda, ni entre la segunda (o la tercera) y la cuarta” —dice Bobbio— (37). Para el filósofo italiano, la utilización de la palabra “forma” en estas diversas concepciones acerca de lo jurídico obedece a una urgencia común: la de afirmar la *función estabilizadora* del derecho como determinación de un orden que permanece por sobre la infinita variedad de formas en que se expresa el comportamiento del hombre. Y en este sentido acierta Bobbio al decir que la “tendencia al formalismo de los juristas emerge, pues, de la naturaleza misma y de la función del derecho en la sociedad” (38). Y si ello pudo no ser evidente en ciertas épocas de la historia, lo es, evidentemente, a partir de la ruptura crítica de la modernidad, con su puesta en tela de juicio del orden real dado y manifestado a través de la tradición, y su afirmación del primado de la razón en la tarea de construcción del orden social. Es precisamente el problema que subyace a la tensión formalismo-antiformalismo, y que obliga a adoptar un concepto de “formalismo” lo suficientemente amplio como para subsumir en él la pluralidad de sentidos a que hemos hecho referencia, habida cuenta del hecho de que la polémica aludida transcurre por derroteros tan inciertos que la tornan poco menos que inútil.

El punto en que los posibles sentidos de la expresión “formalismo” se unen sólo puede ser apreciado desde la misma perspectiva histórico-evolutiva que hemos venido adoptando para nuestro análisis y, más particularmente, a partir del análisis de los supuestos filosóficos que, conscientes o no, condicionan el desarrollo de los diversos matices del formalismo. Este fundamento filosófico común consiste en el idealismo de raíz kantiana. Como ha indicado Ferrer Arellano, Kant consideró el derecho como una relación de equilibrio entre arbitrios externos, lograda a través del ejercicio de un mínimo de coacción. Y la novedad de su planteo radica en el nuevo modo de entender las relaciones jurídicas: éstas no consisten ya en categorías ontológicas. Ni siquiera aparecen como un mero correlato mental fundado en la realidad. La

(36) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo... cit.*, p. 94.

(37) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo... cit.*, p. 97.

(38) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo... cit.*, p. 99.

relación jurídica es, en Kant, una forma pura *a priori* que unifica a todo contenido posible de la experiencia y que opera, en consecuencia, como una de las condiciones formales de la experiencia misma (39). Aun cuando esta postura de base experimentara modificaciones profundas en los planteamientos posteriores de las escuelas neokantianas, la misma continuará condicionando filosóficamente a la ciencia del derecho y a la teoría general desde el siglo XIX hasta nuestros días. Paralelamente, el concepto moderno de ciencia, como un saber universal y necesario en función de categorías trascendentales *a priori*, que arriba a conocimientos sistemáticos, en los que las proposiciones científicas cobran sentido en función de su inserción en la totalidad del sistema, según las leyes propias del mismo, se impone sobre el concepto clásico de saber causal o por las causas de la realidad objeto de conocimiento. Con ello, estará abierto el camino del *formalismo* y, a través de éste, del *positivismo*, en su versión formalista.

Para Hernández Gil, la moderna metodología de la ciencia del derecho se organiza bajo el signo del positivismo jurídico, del cual el formalismo es la expresión avanzada. Sobre tales bases, la metodología reconocerá los siguientes supuestos: 1) Consideración de la realidad jurídica como realidad autónoma, desconectada de la moral y de todo orden o principio normativo superior; 2) *Estatismo*, o consideración de la voluntad estatal como única fuente posible de normatividad jurídica; 3) *Normativismo*, o sobreestimación de la norma jurídica positiva en el momento de su formulación; 4) *Legalismo*, o sobreestimación de la norma tal como en concreto se expresa a través de la ley; 5) Vinculación absoluta del jurista a la ley o, en general, a la normatividad; 6) *Dogmatismo*, o consideración de la ciencia jurídica como una ciencia puramente descriptiva, reproductora y ordenadora de la realidad, a través de un método inductivo-deductivo, integrador de conceptos y ordenamientos sistemáticos de normas; 7) Renuncia de la ciencia jurídica a toda tarea de valoración ética o inquisición de los contenidos reales del material normativo (40).

“Con una generalidad y una consecuencia sin precedentes en ninguna época del pasado —ha afirmado F. González Vicen—, la gnosología de los últimos cien años ha elevado a dogma el principio de que es imposible el conocimiento “científico” del Derecho como realidad histórica concreta; que lo único que es posible conocer de él con validez universal es su “forma”, una forma entendida, según las direcciones, bien como “principios superiores”, bien como “sistema conceptual”, bien como “formas puras de la conciencia”, para no mencionar más que unas pocas de sus acepciones” (41).

(39) FERRER ARELLANO, J.: *La superación del formalismo jurídico mediante una apertura a la filosofía del Derecho*, en “AFD”, XIII, 1967-1968, pp. 81-82.

(40) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...* cit., I, pp. 401 y ss.

(41) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en “AFD”, VIII, 1961, p. 47. Sobre el tema, cfr., del mismo autor: *El positivismo en la filosofía del De-*

En rigor, la afirmación de que la ciencia del derecho moderna nace con el positivismo no debe entenderse en todo el alcance de su literalidad. Ya el trabajo de los glosadores, muy anterior en el tiempo, constituía una tarea científica que esbozaba ya los futuros cánones metodológicos (42) y que, de alguna manera respondía al impulso de la ruptura nominalista de la metafísica y a sus repercusiones en el campo de la ciencia. La exigencia de neutralismo axiológico es el resultado de una actitud filosófica integral, a la que no es ajena la penetración de la metodología de las ciencias naturales en campos del pensamiento tradicionalmente diversos, y la nueva lógica que nace a partir del Renacimiento.

En algunos de sus estudios sobre este tema, ha indicado Cassirer que esta nueva forma de pensamiento lógico ya no se satisface con *clasificar* y ordenar el saber dado, sino que aspira a convertirse en el *instrumento* mismo del saber: en una lógica *inventionis* (43). La definición, por ejemplo, aparecerá, en esta nueva perspectiva, como un medio de obtener nuevos contenidos conceptuales, de crearlos constructivamente, superando los marcos del género próximo y la diferencia específica. La gran construcción del siglo XVII en el terreno de la lógica es, precisamente, la definición *genética* o causal, a partir de la cual se edificará una ciencia para la que aquellos sectores de la realidad que resultan imposibles de elaborar constructivamente desaparecen del campo de posibilidades de un conocimiento racional. La lógica, la metodología y la ciencia, avanzan sobre su objeto de conocimiento a través de una descomposición del todo en sus elementos y átomos constitutivos, procurando el conocimiento de sus aspectos singulares y de las relaciones lógicas que explican su unidad. Conocer es, de alguna manera, desarticular, aislar, para luego reconstruir racionalmente. Como en el laboratorio experimental de las ciencias naturales, el investigador induce para deducir.

El reflejo de las nuevas premisas filosóficas y científicas en las ciencias sociales será inmediato. La teoría del contrato social como hipótesis científica para explicar racionalmente la relación entre dominación y sometimiento es, tal vez, el centro y la culminación de toda una visión de la sociedad que parte de un análisis descompositivo-compositivo en el que la lógica científica "construye" a su objeto, una vez que éste ha sido desontologizado y convertido en una categoría o forma *a priori*. El contrato social es la hipótesis básica que explica el hecho de la sociabilidad y sus proyecciones en la vida política y jurídica. La vinculación que ello supone respecto a la voluntad general

recho contemporáneo, en "Revista de Estudios Políticos", números 51 y 52, 1950, y *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, en "AFD", XIV, 1969, p. 15; LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Madrid, 1975, páginas 22 y ss.

(42) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 26 y 27.

(43) Son esenciales en este punto las reflexiones de su *Filosofía de la Ilustración*, cit., especialmente pp. 281 y ss., y, asimismo, su *El problema del conocimiento*. México, ed., 1974, cap. II, dedicado al pensamiento de Leibniz.

busca la conciliación entre naturaleza y sociedad, entre individuo y colectividad. La Razón unifica la experiencia a través de su construcción científica. “La teoría del Estado —escribe Cassirer—, permanece dentro de la filosofía en la medida en que se acomoda por completo a sus métodos universales; ni puede ni pretende ser otra cosa que la aplicación de estos métodos a un objeto especial. También el Estado es un cuerpo y, por tanto, tampoco puede ser comprendido de otra manera que reduciéndolo a sus últimos elementos constitutivos y recomponiéndolo de esta manera. Para llegar a una ciencia real del Estado no necesitamos de otra cosa que del método resolutivo y compositivo que Galileo hizo valer en la física y que ahora se aplica a la política” (44).

En el pasaje del iusnaturalismo racionalista al positivismo o científicismo positivista hay, pues, una transformación radical de la actitud filosófica ante la realidad y del método en el derecho. El problema de la posibilidad de un conocimiento de lo general y universal —es decir, científico— obtenido a partir de los materiales históricamente contingentes de los derechos positivos —juzgados como única fuente válida de experiencia—, no podía menos que plantear problemas epistemológicos que, por permanentes que fueran en la tradición del pensamiento occidental, no eran en absoluto conocidos por el racionalismo constructivista y apriorista de la Escuela Moderna del derecho natural. La solución positivista es conocida: la nueva actitud científica —escribe González Vicen—, “no trata, en efecto, de fundamentar una nueva noética, ni de llegar a nuevas categorías que hagan posible este conocimiento...: su respuesta al problema del conocimiento del derecho, en tanto que objetivación histórica, va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al Derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporarse la gnoseología de aquél y va tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del derecho” (45).

El racionalismo filosófico opera así como supuesto filosófico latente, no obstante la negativa a una recepción explícita, y su signo es el reduccionismo metódico de la nueva actitud científica: la realidad queda reducida a meros contenidos de conciencia del sujeto cognoscente, la verdad, consecuentemente, a mera conexión lógica de representaciones mentales; la objetividad a su estructura lógico-formal y a sus principios y leyes inspiradoras y la ciencia a la explicación de tales relaciones abstractas. Sólo es científico el conocimiento de la “forma”, el saber “formal”. Con la afirmación del formalismo como actitud científica primordial y básica, el problema básico del positivismo, o sea, el de la posibilidad de un conocimiento científico del Derecho positivo, pasará a plantearse en términos diferentes: ¿Cómo será posible

(44) CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*, cit., p. 283.

(45) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos...* cit., p. 51.

el conocimiento científico del Derecho positivo, *desde los supuestos metódicos del racionalismo formalista?* (46). El giro copernicano está cumplido: ¿Cómo hay que pensar al Derecho positivo para tornarlo asequible al método formalista? El principio del realismo metafísico clásico de que el objeto determina el método de conocimiento que le es propio quedará así invertido, y es el método el que determina, ya no sólo epistemológicamente, sino ontológicamente, a su objeto. Queda así abierto el camino para que el idealismo filosófico desemboque en la justificación teórica del voluntarismo: la norma puede ser manipulada, ya que su función es la de servir de herramienta de modificación de la realidad; su estructura no viene fijada por el orden de la realidad en que se inserta, sino por el designio del racionalismo constructivista de orientar y determinar el cambio social hacia el modelo abstracto de la nueva sociedad. En la segunda mitad del siglo XIX, Windscheid expresará la nueva actitud científica en palabras que resumen los esfuerzos de Savigny e Ihering: “Lo decisivo es desintegrar los conceptos en sus partes integrantes, poner de manifiesto sus elementos abstractos...”. Y es que, en efecto, la aprehensión exhaustiva del contenido de los conceptos implícitos en las proposiciones jurídicas depende no sólo de la comprensión total del derecho, sino también de la seguridad de su aplicación... La decisión última es el resultado de una operación de cálculo, en la que los factores son los conceptos jurídicos” (47).

Con todo, los esfuerzos sistematizantes impulsados por la nueva actitud filosófica y doctrinal reconocían también incentivos de carácter práctico: Frente a la extremada diversidad normativa del derecho intermedio, el Derecho romano aparecía como el modelo superior y total, que permitía reducir la pluralidad de costumbres, legislaciones, dominaciones, etc., a la unidad de un sistema único de valor casi universal. La exigencia de un nuevo derecho, inspirado en los cánones científicos de una certeza absoluta, era precisamente uno de los imperativos de la acción revolucionaria de destrucción del Antiguo Régimen. El formalismo “constituye la expresión (aun cuando no es preciso que, subjetivamente, sea una expresión consciente) de un pensamiento y una actitud política. No se trata sólo del hecho banal de que el formalismo haya nacido como teoría del Estado liberal, sino que implica constitutivamente una vivencia subjetiva del liberalismo” (48). En el momento histórico que estamos analizando, previo al esfuerzo Codificador, se trata del liberalismo en el sentido democrático-revolucionario y el sentido conservador que le es cronológicamente posterior, unidos ambos por su raigambre en iluminismo jurídico.

Al margen de las circunstancias políticas e históricas que rodean a su aparición, la Codificación es el fruto típico de las premisas filo-

(46) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos... cit.*, pp. 52-53.

(47) WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, 5 Aufl., Frankfurt, 1882, p. 64, cit. por GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos... cit.*, p. 68.

(48) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, cit. p. 136.

sóficas y de la actitud científica que hemos venido analizando. El Código Napoleón de 1804 será un exponente típico de un momento de síntesis ideológica en el que son aún fuertes las notas típicas de la actitud revolucionaria. En el Código alemán de 1900 se han decantado ya las posiciones y limado las aristas, y junto con el designio político unificador—connatural—a todo esfuerzo legislativo aparece ya el depurado aporte científico de la dogmática. Pero como elemento común a todos los intentos, y por sobre sus enormes diferencias, es posible apreciar, junto a la exigencia revolucionaria de construir una nueva sociedad a partir de una nueva legalidad, la actitud científica de un saber jurídico que parte de la desintegración y reinterpretación sucesiva de su objeto, tal como quedara propuesto por el Iluminismo jurídico y por su fruto tardío, el formalismo:

III

LA CODIFICACION

El concepto de “Código” ha experimentado una larga evolución en la historia del pensamiento jurídico occidental, cuyos perfiles escapan al propósito de este trabajo (49). A través de dicha evolución, el concepto ha cobrado una amplia carga significativa, y sus acepciones abarcan los campos más diversos. A nuestros fines interesa destacar tan sólo uno de dichos sentidos: el que se encuentra históricamente determinado y circunscripto por el proceso de la Codificación que se inicia hacia fines del siglo XVIII y se continúa durante todo el siglo XIX, y que reconoce sus supuestos intelectuales en el iluminismo jurídico y en sus proyecciones sobre la moderna ciencia del derecho. Como hemos dicho, la Ilustración proyecta a la Razón en el campo de la praxis bajo dos formas; la utopía y la práctica transformadora de la realidad. En el terreno de la utopía, la Razón se proyecta a través de la teoría del Derecho natural y de sus consecuencias en el orden de la teoría política y del derecho. En la práctica transformadora, a través de la Razón de Estado y su afirmación en las estructuras del Estado Moderno. La idea del Progreso sirve de conjunción a ambos factores, a la vez que sienta las bases del evolucionismo dialéctico que bajo todas las diversas formas posibles caracteriza a la concepción moderna de la Historia (50).

Los Códigos son el producto más elocuente de este clima intelectual, y la herramienta de la racionalización integral de lo político ope-

(49) Para un estudio detallado del tema remitimos al completo estudio de VANDERLINDEN, J.: *Le concept de code en Europe Occidentale, du 13e au 19e siècle. Essai de définition*. Bruselas, 1967. Cfr. asimismo Díez PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona, 1973, cap. VII, y TARELLO, G.: *L'Idée della Codificazione*, en RODOTA, S.: *Il sistema del diritto privato moderno*, 1969. Es útil también el esquema de WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado... cit.*, pp. 292 y ss.

(50) Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico... cit.*, p. 467.

rada por el Estado Moderno que se consolida. Con la codificación, el poder y la ciencia operan una síntesis constructiva que aspira a consolidar el triunfo de la sociedad burguesa al cabo del proceso revolucionario, a través de la implantación de los principios de la razón natural, y la defensa de los derechos del individuo.

En el orden doctrinal, los Códigos son concreción de la actitud formalista y su pretensión reductora de la experiencia. La unificación de las fuentes del derecho responde en el fondo y en la forma a la necesidad científica de sistematizar lógicamente el orden normativo y, paralelamente, de adecuar el orden jurídico a las necesidades de cambio social ideológicamente proclamadas. Es el momento preciso en que, como dice Gómez Arboleya, "lógica iusnaturalista y voluntad legal se encuentran en una zona crepuscular que permitirá pasar del Derecho natural a los códigos modernos y que logrará que el legislador y el jurista se instalen en el ámbito del poder con todos los instrumentos de la razón" (51). Las herramientas metodológicas elaboradas durante el proceso de recepción del Derecho romano servirán para afirmar este espíritu general y así, en el momento de las concreciones legislativas, iusnaturalismo racionalista, voluntarismo y ciencia del derecho se encuentran ya maduros para una síntesis.

En el orden político, las exigencias de la naciente sociedad burguesa imponen una racionalización de la vida jurídica. Es evidente la identidad de actitud existente entre el espíritu mercantil de la burguesía y el designio unificador de la ciencia jurídica de la época. "La burguesía —dice Gómez Arboleya—, nace del comercio y de la ciencia. El comercio se apoya en el cálculo racional objetivo, manifestado en el cambio, que determina las relaciones entre los productos mediante el dinero, como instancia neutral. Pero todo ello descansa en base más profunda: en la voluntad abstracta común de la norma que delimita las atribuciones particulares dentro de un elemento unitario. Y se refuerza por la razón científica considerada como un todo objetivo en que pueden encontrarse los hombres" (52). Evitando caer en el simplismo de las explicaciones unilaterales, podemos decir que el Estado Moderno, fundado en la figura protagónica del burgués como sujeto del orden económico del capitalismo individualista exigía el mecanismo de definiciones y seguridades que presiden el orden jurídico consagrado por la Codificación. Pero no en el sentido de que la forma económica instaurada por sistema capitalista en consolidación impusiera como correlato necesario en el orden jurídico a los sistemas codificados, sino como veremos más adelante, en el de que la mentalidad revolucionaria contó con una idea del cambio de las condiciones socio-políticas imperantes y de las herramientas necesarias a tal fin. Los Códigos son, pues, herramientas de cambio revolucionario de la sociedad. A través de los mismos, la Revolución extiende y proyecta el nuevo orden propugnado en el campo de las construcciones doctri-

(51) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico... cit.*, p. 474.

(52) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico... cit.*, p. 469.

nales al nivel de la organización concreta de las relaciones sociales. La promulgación de un Código es, en el fondo, un acto de suprema voluntad revolucionaria, a través del cual se impone no sólo un nuevo orden de categorías de organización de la sociedad, sino, y por sobre todo, una concepción general del hombre y del Estado. El Código es la expresión de un designio homogeneizador y cumple un triple objetivo de revolución, disciplina y pedagogía social. Enfrenta al Antiguo Régimen y a su pluralidad de tradiciones, costumbres, estamentos y privilegios, y lo hace de una manera rigurosamente revolucionaria: sustituye su principio de legitimidad. Al Antiguo Orden, fundado en la noción de un orden trascendente a la voluntad individual o social que daba razón y justificación al Poder, se opone la Razón y la ley como su expresión soberana. La racionalización del poder político, elemento de fondo del proceso de consolidación del Estado Moderno, reconoce en la Codificación uno de sus instrumentos decisivos. La ruptura revolucionaria impone la necesidad de la ley como momento de concreción del hecho de poder en que se funda y como elemento de afirmación ideológica de carácter general. Como todo acto revolucionario, la Revolución moderna impone una disciplina y una pedagogía a través de la ley. La legislación revolucionaria se concreta finalmente en los Códigos, y con ellos la ley se convierte, de alguna manera, en un medio universal de arquitectura social a través del cual se concretan los derechos reivindicados por los hombres, de forma absolutamente igual para todos y en todo lugar (53). Con ello, las ciencias cumplen el papel salvacional que reivindicaban para sí a partir de la modernidad: son el medio de llevar a los hombres hacia la Justicia y el Bien, de erradicar sus prejuicios y falsas idolatrías, de fundar una convivencia perfecta de todos en la Razón y en estructuras acordes con su naturaleza. La Razón, sistemáticamente escéptica respecto a sus conclusiones y resultados materiales es, sin embargo, el único criterio salvador del hombre y de su convivencia. Y el Código, su expresión escrita, la consagración de un nuevo orden social (54).

Junto a la finalidad revolucionaria, la codificación cumple otra tarea política de importancia fundamental al coadyuvar a la unificación del Estado Moderno. La unidad legislativa es, para los Estados que buscan entidad definitiva a través de la Revolución, un camino hacia la unidad nacional, iniciado ya durante el Antiguo Régimen por las monarquías ilustradas mediante la recopilación y generalización de las costumbres locales. La pluralidad normativa es sustituida por el sis-

(53) GROETHUYSEN, B.: *Philosophie... cit.*, p. 184.

(54) Sobre la importancia del *Code* en la vida jurídica y académica de la Francia postrevolucionaria, puede consultarse HUSSON, L.: *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, en "Arch. de Phil du Droit", XVII, 1972, p. 121, reproducido en sus *Nouvelles Etudes sur la Pensée Juridique*. París, 1974, páginas 173 y ss., de entre los cuales interesa también el respecto su *Réflexions d'un Philosophe sur un revirement de Jurisprudence*, pp. 57-119. Para un estudio del tema en el campo del Derecho público, es de interés GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid, 1972.

tema unitario, que posibilita, en la intención de los codificadores, el conocimiento inmediato y directo de la normatividad vigente por parte de todos los ciudadanos. Todo hombre, en cuanto tal, puede ser intérprete de una ley que responde a su naturaleza. El carácter sistemático de los nuevos cuerpos legislativos no sólo es susceptible de conocimiento, interpretación y manipulación no especializada, sino que se convierte en objeto de estudio. “El derecho codificado —escribe Díez Picazo—, es ante todo el derecho que se hace objeto de estudio. Constituye lo que es el tema del aprendizaje del derecho” (55). Es que el derecho codificado es “derecho de los juristas”, “derecho de los profesores”, en su génesis y en sus resultados. Al propugnar la Codificación general del Derecho civil para Alemania, exclamaba Thibaut: “; Consideréense tan sólo las partes singulares del Derecho civil. Muchas de ellas constituyen, por así decirlo, una especie de matemática jurídica pura, con arreglo a la cual ninguna localización puede tener influencia decisiva” (56).

Junto a este propósito de sistematización técnica, el código es transmisor de ideales de vida, de criterios de valor y herramienta unificadora y consolidadora del proceso político. Como tal, resalta su proyección “docente” o pedagógica, puesta ya de manifiesto por los aspectos lingüísticos mismos. Como ha puesto de relieve agudamente Villey, el Código parece contener no tanto las “normas” jurídicas mismas, como una especie de presentación doctrinal del contenido de dichas normas: “...el Código sería un *metalenguaje*, no las normas, sino un discurso *sobre* las normas” (57). En esta perspectiva, el Código aparece más bien como una obra de carácter doctrinal, cuya función es la descripción de las normas, tal como resulta de la utilización predominante que hace del modo indicativo (58).

Como complemento de los aspectos estudiados, un estudio de los supuestos de la Codificación impone analizar uno de los temas que mayor interés suscitan en la actualidad y al cual hemos hecho ya referencia, aunque de una manera tangencial: la vinculación del movimiento codificador con la dialéctica íntima de constitución de la sociedad burguesa.

El planteamiento y la solución que se dé a esta cuestión está ne-

(55) Díez PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas...*, cit., p. 153. Sobre las proyecciones de la introducción de la idea filosófica de sistema en el terreno de la ciencia del Derecho, cfr. RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva Filosofía...* cit., p. 159; COING, H.: *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*. México, 1959, y HUSSON, L.: *Définition et systematisation dans les sciences juridiques*, en “Nouvelles études... cit.”, pp. 253 y ss.

(56) Cit. por Díez PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas...* cit., p. 154.

(57) VILLEY, M.: *De l'Indicatif juridique*, en “Arch. de Phil. du Droit”, XIX, 1974, p. 37. Cfr. asimismo, del mismo autor, su *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, en “La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno” (Actas del Encuentro de Estudio celebrado en Florencia, entre el 16 y el 19 de octubre de 1972, a cargo de P. GROSSI). Milán, 1973, p. 57.

(58) VILLEY, M.: *De l'Indicatif juridique*, cit., p. 41.

cesariamente inserto en el marco de la concepción que se posea acerca de la vinculación entre ideología y política, entre el fenómeno jurídico en general y el desarrollo social y económico de la estructura política. Parece oportuno, por ello, afirmar que en nuestra opinión deben descartarse las consideraciones unilaterales del problema, rechazando la reducción del mismo a uno solo de sus términos. Tal es, por ejemplo, el caso del materialismo dialéctico, al cual se deben la mayoría de los esfuerzos en la materia. Como todo fenómeno del espíritu, el Derecho —y la Codificación es un ejemplo— es el producto de un vasto complejo de circunstancias y factores de la más variada índole. Sólo las simplificaciones del análisis científico pueden llevar a aislar alguno de estos elementos, pero siempre con el riesgo de amputar la realidad y, a la postre, de distorsionarla. La realidad de los procesos políticos y jurídicos posee una irreductible complejidad y todos los intentos de reducirla a una explicación totalizadora a partir de uno de los factores en juego está de antemano condenada al fracaso. Sus resultados podrán tener, en ciertos casos, una aguzada eficacia política, pero serán seguramente inútiles para comprender la profundidad y el alcance del fenómeno.

El actual tratamiento del tema de las posibles vinculaciones entre la Codificación y la consolidación del sistema económico capitalista es una buena muestra de estas dificultades historiográficas (59).

El problema central a este respecto es el de determinar la relación de implicación existente entre superestructura jurídica e infraestructura económica. En el caso del movimiento codificador, el esquematismo de la interpretación economicista plantea problemas casi insolubles. Así, por ejemplo, opina Maillot que si se considera que la codificación

(59) Al ya citado trabajo de ARNAUD sobre los orígenes doctrinales del Código Civil francés, deben agregarse otros del mismo autor, como su importante *Essai d'analyse structurale du Code Civil française*. París, 1973 (cuyo subtítulo —*Las reglas del juego de la Paz Burguesa*— ilustra acabadamente acerca del sentido de su tesis básicas, fundadas en un cierto revisionista de las formulaciones marxistas acerca de la relación existente entre el Derecho, como superestructura ideológica, y las condiciones infraestructurales, subyacentes y determinantes); *La paix bourgeoise*, cit.; *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, en "Arch. de Phil. du Droit", XVII, 1972, pp. 165 y ss., y *Regards marxistes français sur le droit actuel*, en el volumen cit. de "A. P. D.", pp. 473 y ss. Es de gran interés, asimismo, la bibliografía publicada por el mismo ARNAUD bajo el título *Elements de bibliographie récente en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne*, publicada sucesivamente en los volúmenes I (1972) y II (1973) de los "Quaderni Fiorentini", que puede ser complementada eficazmente en lo que al ámbito español se refiere por la no tan completa de PÉREZ PRENDES, J. M.: *Bibliografía del pensamiento jurídico español moderno*, en "Quaderni Fiorentini", I, 1972, pp. 449 y ss. Además puede verse, para diversos aspectos conexos, MAILLET, J.: *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, en "Quaderni Fiorentini", II, 1973, pp. 111 y ss.; AJELLO, R.: *Formalismo e storia...* cit., pp. 177 y ss.; CATTANEO, M.: *Illuminismo e legislazione* cit.; D'AMELIO, G.: *Illuminismo e scienza del diritto*. Milán, 1965, y NEGRI, A.: *Alle origine del formalismo giuridico*. Padova, 1962.

francesa de comienzos del siglo XIX *consagra* un sistema a la vez completo, coherente y durable, que por su orientación fundamental, sus principios generales, la organización de sus instituciones y sus reglas de detalle, representa el sistema jurídico típico de una sociedad capitalista, y si, por ótra parte, se contempla el hecho de que en Francia el régimen capitalista no se encuentra realmente formado hasta avanzado el siglo XIX en sus aspectos económicos y sociales, puede llegarse a pensar que, en este caso particular, la evolución jurídica ha sido de una notable “precocidad”. Más aún —se pregunta el autor—, ¿no cabría incluso hablar de una suerte de “anticipación” de la evolución jurídica en relación a la evolución general de la sociedad francesa? (60).

La cuestión propuesta nos parece viciada desde su mismo planteamiento. Supone, en el punto de partida del razonamiento, una determinada concepción de la Historia, afirmada de manera apriorística, ya sea en abstracto o a partir de una versión simplificada del acontecer real. Elaborada la hipótesis, se procura su verificación y constatación en la realidad. El resultado —por ahora en el caso que nos ocupa— es negativo, pero la previa afirmación de principio, lleva a descalificar el valor de la verificación y a afirmar, en consecuencia, que el fenómeno examinado configura una excepción a la legalidad inmanente de la Historia. Ubicado el problema en tales términos, la investigación y la polémica carecen en realidad de sentido, ya que sean cuáles sean los resultados, sólo servirán para confirmar —de manera directa o, en su caso, *a contrario sensu*— la afirmación dogmática de la que se parte.

Si la óptica es, por el contrario, la de la realidad, el planteamiento cambia radicalmente. La historia real muestra más bien el encadenamiento y entrecruzamiento de factores diversos que se condicionan entre sí, que resaltan o se desvanecen en los diversos momentos históricos. En ciertas épocas, los factores políticos y económicos inciden con especial fuerza y llegan a condicionar el desarrollo de los movimientos intelectuales. Pero si se repara en el sentido profundo de los fenómenos sociopolíticos, se ve que son las ideas las que proporcionan las metas y las direcciones del cambio. Esto es especialmente en las épocas revolucionarias como la que sirve de marco a la codificación. En el ámbito europeo, hay ciertos casos en los que la codificación aparece claramente como un proceso de afirmación, consolidación y maduración política e ideológica. Pero, como hemos visto, las ideas fundamentales no nacen en esa fase de orientación “conservadora”, sino en el momento “revolucionario” que la precede. Las ideas del iusnaturalismo racionalista y del Iluminismo jurídico preparan una concepción de la sociedad y el Derecho que cristalizará en la Codificación. Y es este caudal ideológico el que va a nutrir el esquema intelectual del jurista moderno, sea cuál sea la fase histórica en que se inserte su acción.

(60) MAILLET, J.: *Codifications napoléoniennes... cit.*, pp. 111-112.

Una consideración somera del caso hispanoamericano abona especialmente nuestra tesis. En Hispanoamérica, el fenómeno codificador precede en décadas al sistema económico y a las relaciones de producción capitalistas. A un punto tal que resultaría aventurado afirmar sin más el condicionamiento absoluto de la estructura económica sobre la formación del derecho privado. En América, la Codificación es un ejemplo típico de "recepción" doctrinal y jurídica, cuyas causas son de orden ideológico y político antes que económico. Para el Iluminismo mitigado de Hispanoamérica—en el estilo peculiar en que se manifestara la Ilustración en España—, la Codificación presenta un carácter acentuadamente revolucionario: su justificación consiste en consolidar el triunfo político del liberalismo a través de las relaciones jurídicas privadas. Y si bien es cierto que en tal actitud hay matices profundos—desde la importación servil del modelo francés en el caso del Código para Bolivia de 1831, hasta los desarrollos originales y no sectarios de Bello y Vélez en Argentina y Chile—, puede decirse que es ese nuevo orden conquistado en el terreno de las luchas por la independencia y la organización de las naciones, el que opera como idea fuerza y justificación histórica. Hacia mediados del siglo XIX, la Ilustración americana ha perdido ya el carácter de armoniosa conciliación entre tradición y reforma que la caracterizara hasta la época de la emancipación, y asumida por las élites revolucionarias, avanza contra la tradición hispánica y contra la influencia de los antiguos factores de poder como la Iglesia. En el orden pedagógico, procura la afirmación de un nuevo modelo de hombre y de sociedad, impuesto por la fuerza de las armas en las guerras de la primera mitad del siglo XIX y elevado a la veneración a través de la legislación, las constituciones y los códigos.

Una de las demostraciones más claras de la primacía del ideologismo revolucionario sobre los condicionamientos económicos es el hecho de la manifiesta inadecuación de las instituciones de la etapa de promulgación de los Códigos en relación con las necesidades de los cambios sociales y económicos, que produjo el comienzo de un proceso de reforma desde el momento mismo de la sanción legislativa. Con todo, es necesario repetir una vez más que los Códigos no marcaron el triunfo decisivo y final del individualismo y el laicismo racionalista. Ello no ocurriría sino con la afirmación del positivismo hacia la última década del XIX americano, y con la aparición de la generación de juristas y políticos que sucedieron a los codificadores—hombres de transición entre tradición y revolución como Bello o Vélez Sarfield—. Y esta primacía de los factores ideológicos en la Codificación queda corroborado con la suerte posterior de los Códigos, sometidos a un constante proceso de adaptación a los condicionamientos ideológicos y políticos, prácticamente hasta nuestros días, en el que han primado más bien los elementos doctrinales y técnicos importados de modelos europeos que las necesidades concretas de sociedades que han desarrollado su estructura económica y social a espaldas

de los Códigos en sectores esenciales para la misma ideología codificadora.

Buena parte de las confusiones y discusiones existentes en torno al tema de las relaciones entre la Codificación y la consolidación de la sociedad burguesa provienen de una cierta confusión entre lo que se refiere al pensamiento y la actitud moderna frente al derecho y el llamado "orden burgués". Este es, a lo más —y salvando por el momento las ambigüedades que el término ofrece a la consideración del historiador y el científico—, tan sólo uno de los momentos de toda una época que en su amplitud precede y continúa en el tiempo al auge y a la decadencia del sistema económico del capitalismo individualista. Lo que resulta evidente es que la Codificación aparece como concreción de una serie de valores, ideales y soluciones técnicas propias del espíritu y el pensamiento moderno que en manera alguna pueden ser reducidas a los límites estrechos de la "sociedad burguesa". El laicismo, el individualismo, las transformaciones del sentido del trabajo, el igualitarismo, la idea de la sociedad como un sistema artificial —convencional— de equilibrio y concurrencia de individuos iguales y soberanos, las declaraciones generales del derechos del hombre, la primacía del cálculo racional en la articulación social, la crisis de las jerarquías, el economicismo, el subjetivismo, el legalismo estatalista, el formalismo positivista son, ciertamente, componentes de la actitud de toda una época, cuyos límites vastos y difusos rechazan el reduccionismo estrecho que tiende a concebirlos en función de uno solo de los elementos a considerar: la estructura y el modo de las relaciones de producción económica propios del capitalismo individualista.

Idéntica ambigüedad rodea a la expresión "regla de juego de la sociedad burguesa" a que quiere limitarse el concepto de código. La idea del derecho como "regla de juego" es un juego de palabras, cuya función metafórica puede extenderse a cualquier ordenamiento jurídico, codificado o no, perteneciente a cualquier época de la Historia. Y es perfectamente posible llegar a las mismas conclusiones a que llega el análisis semiológico de algunos autores (61) en el caso del

(61) Pensamos especialmente en el caso de ARNAUD, A.-J.: *Essai d'analyse... cit.* Idénticos reparos cabría formular al intento de renovación del planeteo realizado por HABERMAS en sus últimas obras, especialmente en *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied und Bonn, 1962, y *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt, 1973. Esta última obra ha motivado una excelente respuesta por parte de HENNIS, W.: *Legitimität. Zu einer Kategorie der bürgerlicher Gesellschaft*, en "Legitimationsprobleme Politischer Verlag", 1976, contestada por HABERMAS en su artículo *La legitimidad, hoy*, en "Merkur", 1976, y traducido en "Revista de Occidente", III época, núm. 9, Madrid, julio de 1976, pp. 3-12. Para HABERMAS, puede entenderse al Estado Moderno como el resultado de la diferenciación de un sistema económico que descentraliza el proceso de producción por medio del mercado, y lo regula apolíticamente. El Estado organiza las condiciones bajo las cuales los ciudadanos sostienen el proceso de producción como personas privadas que compiten y actúan estratégicamente. Para ello, desarrolla y garantiza el Derecho privado burgués, el mecanismo monetario, ciertas infraestructuras y, en general, las condiciones de existencia de un proceso económico despolitizado y liberaído

Codc, con respecto a cualquier otro ordenamiento, incluidos los propios sistemas "socialistas". Hablar de "reglas de juego" puede hacer referencia al papel regulativo del Derecho en la vida social, y en tal caso, nada se opondría a la utilización de la metáfora en la totalidad de los casos de regulación jurídica de la vida social. Y la delimitación de tal carácter al marco exclusivo de la sociedad burguesa parece más bien una afirmación de fe ideológica incompatible, como hemos dicho, con los propios resultados a que llevaría la utilización del método propuesto.

Como fenómeno humano y, más precisamente, espiritual, el Derecho es una realidad compleja que en su aspecto de totalidad resume una multiplicidad de datos y procesos determinantes y condicionantes que repugnan todo intento de reduccionismo monista. Las inconsecuencias del planteo propuesto por la historiografía materialista a propósito de la Codificación lo ponen, una vez más, de manifiesto. Con ello cobra especial realce el tema de los fundamentos ideológicos de la Codificación, ya que parece típico de la primera etapa de los procesos revolucionarios el configurar una fase predominantemente *ideológica*, en la que es en el orden de las ideas donde se da la primera batalla contra el principio de legitimidad que se procura sustituir.

CONCLUSION

El Iluminismo —han escrito Horkheimer y Adorno—, en el sentido más amplio de pensamiento, en continuo progreso, ha perseguido siempre el objetivo de quitar el miedo a los hombres y de convertirlos en amos (62). En el campo del derecho, la voluntad de autoafirmación

de normas éticas y de orientaciones hacia el valor de uso. En este crecimiento de la autonomía fundamental del Estado tienen un papel relevante los fenómenos de secularización y de racionalización del pensamiento jurídico. En la línea ideológica que va desde Hobbes y Locke, pasando por los moralistas escoceses (Hume, Smith, Miller), la Ilustración francesa (Helvetius y D'Holbach) y la economía política clásica, hasta llegar a Hegel, reconoce HABERMAS la constitución de una "teoría de la sociedad burguesa" que explica, a su vez, el sistema de "Derecho privado burgués", las libertades básicas de los ciudadanos y el proceso económico capitalista. En el pensamiento de HABERMAS acerca de la legitimación, el Derecho queda insertado en los niveles de justificación —con lo que queda superada la posición clásica del marxismo al respecto—, pero ello nos parece más bien un resultado de la perspectiva primordialmente descriptiva adoptada, ya que en su explicación de la génesis de estos niveles profundos de justificación, es nuevamente la infraestructura económica la que reconquista su papel de clave explicativa del proceso. Para una crítica de los supuestos del materialismo histórico en su expresión jurídica, confrontar PLACHY, A.: *La teoría della interpretazione*, cit., *Apéndice*, páginas 211-223. Algunos estudios panorámicos subrayan, sin embargo, el creciente desinterés de la teoría marxista del Derecho por el tema a que hacemos referencia. Cfr. LAPORTA, F. J., HIERRO, L. L. y ZAPATERO, V.: *Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del Derecho en la actualidad*, en "Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»", núm. 15, 1975 (dedicado a "La filosofía del Derecho en España"), p. 97.

(62) HORKHEIMER, M. y ADORNO, T. W.: *Dialéctica del Iluminismo*. Edición española. Buenos Aires, 1970, p. 15.

absoluta del hombre sobre la contingencia y el pasado se expresó en la concepción general del derecho como un *facere*. “El Estado asume —conforme Hegel— la realidad del derecho, como desarrollo de una pura idea pretendidamente moral, en pleno voluntarismo jurídico; su voluntad trata de llevar a la práctica la construcción de una sociedad nueva, por un método que combina el idealismo, que le suministra el modelo, y el empirismo, con el que trata de construirlo” (63). En este contexto, cuyos rasgos principales hemos intentado poner de manifiesto a lo largo del presente estudio, surge la Codificación. Desde un punto de vista histórico podría decirse que es un fruto tardío de planteamientos que posiblemente habían agotado su fuerza especulativa. Pero en realidad no es sino el resultado del proceso de maduración de dichas ideas en el orden concreto de las realizaciones políticas. Entre el momento de auge de la Ilustración en el orden de las ideas y el momento de la codificación como expresión jurídico-política de un ordenamiento estatal, ha mediado nada menos que la configuración revolucionaria de éste. Y ello debe entenderse atribuyendo al vocablo “revolución” su más amplia significación, abarcadora tanto de los fenómenos de tránsito violento, como las evoluciones pacíficas y aparentemente armónicas hacia un orden fundado en un nuevo principio de legitimidad. Es por ello que Razón y Codificación aparecen necesariamente inmersos en el fenómeno histórico de la Revolución. Fruto, sin embargo, de una “transacción” entre elementos provenientes de la tradición extrajurídica occidental e ideas filosóficas de la modernidad, la codificación reconoce, a su vez, etapas internas que en el planteamiento forzosamente esquemático de nuestro análisis, hemos debido dejar de lado en la consideración. Con todo, si el modelo principal de la primera etapa de la codificación —el Código Napoleón de 1804— marca el momento de la Idea como paradigma normativo de la praxis consolidadora de la Revolución, y el modelo de la última etapa —el Código alemán de 1900— marca a su vez el momento del Concepto como herramienta lógico-conceptual de elaboración del dato jurídico, ambas dimensiones, diversas bajo tantos puntos de vista, aparecen en el fondo unidas por un sentido profundo: la concepción de la realidad como un dato construido, fabricado y dominado por la Razón. Y si —como escribía hace algunos años Max Horkheimer— la tendencia moderna a traducir toda idea en acción, o en abstención activa de toda acción, constituye efectivamente uno de los síntomas de la presente crisis de la Cultura (64), ¿no preanuncia este eclipse de la Razón la crisis de las formas que adoptara históricamente el Derecho en los siglos de la Edad Moderna? La respuesta a este interrogante no queda a cargo de los esquemas ideológicos de interpretación, sino de la propia realidad histórica del Derecho, forma de la existencia humana en constante transformación.

(63) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Del legislar como “legere” al legislar como “facere”*, en “Verbo”, núms. 115-116, mayo-junio 1973, p. 539.

(64) HORKHEIMER, M.: *Eclipse de la Raison*. París, 1974, p. 10.