

Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado *

JOSÉ MARÍA MARTÍN OVIEDO

Secretario General del Consejo de Estado de España

RESUMEN

El autor examina las dos acepciones del término codificación para detenerse en el análisis de la primera: la codificación como fenómeno histórico.

Se examinan seguidamente los fundamentos ideológicos, los dos modelos prototípicos de codificación (el francés y el alemán) y la expansión del primero en Iberoamérica para concluir con algunas reflexiones acerca del valor de la codificación.

ABSTRACT

The author examines the two meanings of the term coding to stop at the first analysis: coding as a historical phenomenon.

The ideological fundaments, the two prototypical models of codification (french and german) and the expansion of the first one in Iberoamerica are examined as follows, to conclude with some reflections on the value of codification.

SUMARIO: 1. Las dos acepciones del término *codificación*. 2. Los fundamentos ideológicos de la codificación. 3. La codificación civil francesa. 4. La codificación civil alemana. 5. La onda expansiva de la codificación francesa. El caso singular de Iberoamérica. 6. El valor de la codificación.

* Intervención en el XV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Medellín (Colombia), el 17 de septiembre de 2009.

1. LAS DOS ACEPCIONES DEL TÉRMINO *CODIFICACIÓN*

Cuando entre juristas hablamos de *codificación*, lo hacemos en dos acepciones o con dos significados diferentes. En el primero nos referimos al *fenómeno histórico* de la codificación, un movimiento que tuvo su base, durante el siglo XIX, en la confluencia de los presupuestos ideológicos del iusnaturalismo racionalista y del liberalismo burgués. El otro significado alude a una *técnica de sistematización y actualización* de las normas que integran el Derecho positivo.

Desde el punto de vista histórico, pero también desde una perspectiva ideológica y política, es sin duda la acepción primera la que ha merecido y sigue mereciendo una mayor atención.

2. LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DE LA CODIFICACIÓN

Según acabo de adelantar, la codificación, que ha sido un fenómeno histórico de origen europeo pero extendido luego a otros continentes (singularmente, al americano, por influjo directo de España y de Francia), fue el resultado de la unión de dos factores: el iusnaturalismo racionalista y el liberalismo burgués.

Hemos dado en calificar como *iusnaturalismo racionalista* a aquella corriente doctrinal, iusfilosófica, cuya afirmación de base es la existencia de un Derecho natural que, a diferencia del que defendía la corriente anterior (la llamada *escuela española de Derecho natural*), no procede de Dios sino de la naturaleza humana. El Derecho es, en su sustancia, un producto de la *razón*, el resultado de aplicar ésta a las relaciones sociales. Esta idea base tiene como corolarios en el plano social y jurídico el reconocimiento del hombre como ser en la sociedad (Grocio, Puffendorf) y la idea del pacto como fundamento de la sociedad política (*pactum unionis* y *pactum subjectionis*).

El *liberalismo* que recibe el apelativo de *burgués* se refiere a una corriente doctrinal, bien pronto convertida en movimiento político y social, que pretende establecer el predominio de los derechos individuales del ciudadano sobre los derechos del Estado y también sobre los derechos de la nobleza, que había sostenido el *ancien régime*. No en último término, en varios países europeos importantes (Alemania, Italia) sirvió también para defender un Estado nacional frente a la pluralidad de unidades políticas de la etapa anterior.

La influencia recíproca entre el iusnaturalismo racionalista, junto con la corriente concreta de la *Ilustración*, y el liberalismo

burgués trajeron como más importantes consecuencias en el plano de las formas políticas y jurídicas el establecimiento de una norma suprema, la *Constitución*, y la creación de ordenamientos de Derecho positivo según las grandes ramas del Derecho, plasmados en los *Códigos*.

3. LA CODIFICACIÓN CIVIL FRANCESA

El prototipo de la codificación está representado por Francia, la Francia posrevolucionaria de Napoleón. Éste pudo decir, sin exageración, que *mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas victorias. Lo que no será borrado, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil*. Ciertamente la labor codificadora emprendida por el Emperador produjo además otros cuatro Códigos (de Comercio, Penal, Procesal Civil y Procesal Penal), pero ninguno de éstos alcanzará la gloria y el influjo que el *Code Civil des Français* alcanzó en la mitad del mundo civilizado del siglo XIX. Napoleón no exageró en la frase citada, ni tampoco en esta otra: *Tan solo mi Código, por su sencillez, ha hecho más bien en Francia que la masa de todas las leyes que me precedieron*.

¿Cuál es el significado profundo de la codificación civil francesa? Expresado en términos simples, el haber conseguido dotar a Francia, a toda Francia, con unas normas de Derecho positivo uniformes. Esto, que hoy puede parecer obvio en todos los Estados nacionales, con las particularidades de aquellos que tienen estructura federal o autonómica, no era la situación que existía bajo el Antiguo Régimen. En el caso concreto de Francia se estiman en 14.000 los decretos en vigor, algunos compilados en Códigos regionales, lo que hizo exclamar a Napoleón, delante de Talleyrand, que *somos una nación con 300 códigos de leyes pero sin leyes*.

La unificación legal es, pues, uno de los distintivos de la codificación, que Francia exportará a todo el mundo. Pero hay otra característica, si cabe más fundamental: la transformación de las viejas leyes en preceptos inspirados en los principios republicanos; es decir, los principios que habían establecido la Revolución francesa y los períodos inmediatos siguientes, en especial el propio Imperio napoleónico. Es cierto que los cuatro redactores del proyecto de Código Civil reciben el mandato de refundir en un solo texto legal el cúmulo de la tradición jurídica francesa. Pero a medida que el texto avanza, sobre todo en las discusiones en el seno del Consejo de Estado, se van incorporando –en gran parte, por obra personal de Napoleón– principios como la libertad individual, la libertad de

trabajo, la libertad de conciencia y el laicismo del Estado, que formaban parte del núcleo de los principios revolucionarios.

4. LA CODIFICACIÓN CIVIL ALEMANA

Si al aprobarse el *Código de Napoleón* Francia era una nación, formada ya durante el período de la monarquía absoluta, Alemania carecía propiamente de ese nombre y de ese calificativo y, a la hora del Tratado de Westfalia (1643), estaba formada por centenares de *Estados imperiales*, agrupados en una estructura cada vez más virtual, el *Sacro Imperio Romano Germánico*. Fue precisamente la acción militar de Napoleón en los territorios de aquel antiguo Imperio la que, tras la derrota de Waterloo (1815), fortaleció el Reino de Prusia, dotándole de nuevos y más amplios territorios (Congreso de Viena, 1814-1815) y colocándole en la tesitura inevitable de forjar un Estado moderno, que supusiera además la desaparición de los viejos Estados alemanes. Tras vicisitudes bien conocidas, en 1871 se proclamó el Imperio Alemán.

Una vez que el Imperio Alemán recuperó de los Estados miembros el poder legislativo en materia civil («*Lex Miquel-Lasker*» de 1873), se aceleraron los trabajos para crear un Código Civil que se aplicase sobre todo el territorio del nuevo Estado. Tras de varios proyectos, el definitivo recibió la aprobación del Parlamento en 1896. Si el *Bürgerliches Gesetzbuch*, que es su nombre oficial (abreviado como *BGB*), se aplicaba a todo el territorio del Imperio, la semejanza con el Código civil francés terminaba prácticamente ahí. Nada de principios revolucionarios, nada de revisión de los viejos Derechos feudales, aunque sí unificación de los mismos en base a un esquema teórico y hasta profesoral, la *pandectística*, bien diferente del esquema clásico romano o *de Gayo* que había seguido el Código francés.

Pero lo que más resonancia tendría, entonces y después, sería la famosa polémica «*Thibaut/Savigny*» en torno al hecho mismo de la codificación, a la que precedió. El primero defendía, al frente de la *escuela filosófica*, la legitimidad e incluso la necesidad de preparar una ley común para el nuevo Imperio, aún en ciernes, alegando que tanto el Derecho romano como el alemán eran confusos y no se adaptaban a las necesidades de su tiempo. Savigny, cabeza de la *escuela histórica*, exigía con vehemencia la conservación de los Derechos históricos, se revelaba contra el *Derecho de juristas* y también contra una concepción en que la *ley* era la fuente exclusiva del Derecho. Y por estas razones alababa los primeros Códigos germánicos, que en realidad eran recopilaciones ordenadas de los Derechos locales: Códigos de Prusia (1795) y Austria (1777).

5. LA ONDA EXPANSIVA DE LA CODIFICACIÓN FRANCESA. EL CASO SINGULAR DE IBEROAMÉRICA

A estas alturas sabemos que la confrontación legislativa y profesoral que llenó páginas y horas durante la primera mitad del siglo XIX se decantó de modo abrumador por el modelo codificador francés. El *B.G.B.* alemán ha servido de modelo a contados países: el área germánica (Liechtenstein, Suiza –¡pero no Austria!–), dos europeos (Grecia y Turquía) y algunos asiáticos (República Popular China, Japón –después de un repentino abandono del modelo francés– y Corea del Sur). Con la excepción de los países anglosajones del *common law*, el *Code Napoléon* ha sido fuente de inspiración e incluso de copia en más de media Europa y en la casi totalidad de los países iberoamericanos.

Iberoamérica –ustedes lo saben mejor que yo– representa un caso singular, con notas propias, a su vez, en cada país. Las fechas de aprobación del Código Civil francés (1804) y de aprobación de la Constitución española de Cádiz (1812), en la que se establece que *El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía* (artículo 258)¹, son contiguas al inicio del fenómeno independentista de España.

Como ha afirmado el experto colombiano Fernando Mayorga, *la revolución de independencia alteró desde el primer momento las bases del Estado al eliminar la dependencia de España y al erigir un nuevo gobierno regido por normas que, acomodándose a la nueva situación política, fueron creando un sistema distinto del anterior. Sin embargo, no todo el sistema jurídico cambió de inmediato: al contrario, gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que paulatinamente quedó derogado totalmente*².

La singularidad de la situación de Iberoamérica procede del hecho, sin precedentes ni subsecuentes históricos, de que es la misma revolución liberal y burguesa que acaece en España la que inicia al otro lado del Atlántico el proceso de independencia de la metrópoli. Un Decreto de las Cortes de Cádiz de 15 de octubre de 1810 estableció la igualdad de representación y de derechos entre los americanos y los peninsulares. Otras decisiones de esta época inicial del constitucionalismo español se encaminaron de modo directo al entramado colonial: abolición del tributo indígena,

¹ El texto obedece a una proposición de ley del diputado Espiga y Gadea que fue aprobada un año antes que la propia Constitución.

² MAYORGA, Fernando: «Codificación de la legislación en Colombia. Procesos de unificación del sistema jurídico», *Revista Credencial Historia*, Bogotá, n.º 148, abril de 2002.

de la encomienda de reparto, de la mita, de la matrícula de mar, de los mayorazgos americanos y también de la libertad de cultivo, de comercio, de pesca, de industria, de desestanco del tabaco y habilitación de puertos para el comercio.

La Constitución española de 1812 fue jurada en toda la América hispana y tenía vocación expresa, puesto que arrancaba con la definición de la Nación española como *la reunión de los españoles de ambos hemisferios* (artículo 1). Pero es que además en su redacción participaron diputados de las Américas, parte de los cuales desempeñaron papeles semejantes y trascendentes en la independencia de las nuevas Repúblicas. Los avatares del cumplimiento del texto en América tuvieron bastante semejanza, e incluso origen, con los que sucedieron en España con la lucha y los vaivenes entre el régimen absolutista y el liberal.

La aplicación del Derecho anterior y la formación del nuevo en los países que irían surgiendo siguieron un proceso semejante. Como indica Mayorga, a quien acabo de citar, *gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que paulatinamente quedó derogado totalmente*. Lo dicho vale para la legislación civil, aunque en esta rama con la particularidad de que España no contaría con un Código Civil, que sustituyera a las compilaciones anteriores, la *Nueva* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805), hasta la tardía fecha de 1889. Para entonces, la práctica totalidad de las nuevas Repúblicas contaba con Códigos civiles.

Contra lo que es corriente afirmar sin un estudio profundo, los Códigos Civiles de los territorios españoles de América ya independizados se inspiran en mayor medida en las leyes y recopilaciones españolas que en el Código Civil francés, del que toman, sin embargo, la estructura. Sin detallar otras situaciones algo diferentes, el paradigma de este fenómeno fue el Código Civil chileno (1855), elaborado de manera prácticamente personal por Andrés Bello. Salvo en materia de *obligaciones y contratos*, en lo que sigue al francés, Bello echó mano de todos los materiales legales disponibles en la época (Códigos de Baviera, Prusia, Austria, Lousiana, Cerdeña...) y consultó la doctrina más autorizada (Pothier, Domat, Savigny...), pero las leyes que transcribió en mayor medida eran las históricas españolas, destacando las más antiguas y posiblemente perfectas de todas, las *Partidas*, con las glosas de Gregorio López, siguiendo por el *Fuero Real*, las *Leyes de Toro* y la *Novísima Recopilación*.

Mención especial merece el caso de Colombia. La Ley de Procedimiento Civil de 1825 estableció el siguiente orden de prelación

de fuentes: 1.º las leyes decretadas o que decretase en lo sucesivo el poder legislativo; 2.º las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 (día anterior a la abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando) en tanto no se opusieran a las leyes y decretos emanados del ejecutivo; 3.º las leyes de la Recopilación de Indias; 4.º las leyes de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5.º las Siete Partidas. Veinte años después, la *Recopilación Granadina* inició la publicación conjunta de leyes y decretos expedidos por el Congreso a partir de 1821, lo que tuvo su continuación hasta 1850: *a partir de entonces* –escribe Mayorga, a quien sigo en todo esto–, *la Recopilación Granadina ocupó un lugar en el orden de prelación de fuentes que, aunque priorizando las emanadas de la autoridad republicana, continuó reconociendo la vigencia del ordenamiento jurídico hispánico*. La legislación española no fue formalmente abolida hasta 1887, por la Ley 57, de 15 de abril de 1887 (artículo 15, introducido el 24 de agosto).

La inspiración en el Código chileno llegó en Colombia debido a la amistad que existía entre el redactor de aquel, Andrés Bello, y el diplomático colombiano Manuel Ancizar. Mediante copias distribuidas inicialmente por éste, el modelo lo fueron adoptando los nuevos Estados federados: Cundinamarca, Santander, Cauca, Panamá, Bolívar, Boyacá, Antioquia y Magdalena, hasta que la ley sobre «Adopción de códigos y unificación de la legislación nacional» implantó para todo el ámbito de la República el Código Civil sancionado en 1873.

6. EL VALOR DE LA CODIFICACIÓN

Para concluir, ofrezco para la reflexión algunas pocas conclusiones:

Primera: el significado histórico y político de la codificación histórica. La codificación que se desarrolló fundamentalmente a lo largo del siglo XIX, prescindiendo de connotaciones particulares en algunos países, ha supuesto un proceso político que puede calificarse sin exageración de revolucionario, lo que se entiende mejor si se la conecta con la Revolución francesa. La codificación vino a completar el profundo cambio social operado por ésta, sustituyendo con mayor o menor rotundidad las viejas leyes feudales y de la monarquía absoluta por un sistema trabado de preceptos de inspiración liberal y burguesa, «republicana» en los términos que todavía hoy se utilizan en Francia.

Segunda: **el significado jurídico formal.** Entiendo por tal el cambio sustancial que la codificación ha llevado a cabo en cuanto a las fuentes del Derecho y la jerarquía entre ellas. Antes de la codificación prevalecían el fuero y la costumbre; a partir de ella, la ley, que pasa a convertirse en la fuente no solo prevalente sino arquetípica del nuevo Estado. Por otra parte, la codificación supuso *un cambio en el modo de formalización del Derecho*³, que pasó de las viejas formas medievales (costumbre, decreto) a un Derecho «ilustrado», preparado por los juristas bajo la forma de ley general.

Tercera: **la codificación es hoy una mera técnica de producción legislativa.** La codificación, concluido el gran impulso histórico, ha pervivido como una técnica de producción y también de publicación del Derecho positivo. Ha perdido toda su carga ideológica e institucional. Por otra parte, no es la única, ni probablemente la principal de las técnicas legiferantes. En la actividad normativa desbocada de nuestros días lo que importa más no es la sistematización de las normas, sino simplemente el que se mantengan al día y que los juristas puedan manejarse por entre ellas sin excesivas dificultades. Para conseguirlo, han aparecido nuevas técnicas, desde los textos refundidos hasta los textos actualizados.

Lo que no se conseguirá, sin embargo, con ninguna de las técnicas de publicación más afinadas, es que el ciudadano, destinatario de ellas, pueda tener a su alcance el conjunto de las que le obligan. La acumulación de las normas y sobre todo su cambio constante ponen entre paréntesis el precepto de nuestro Código Civil, que procede en último término del Derecho romano, según el cual *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*. Este mandato era para el ilustre polígrafo español Joaquín Costa un *escarnio*. Resulta enternecedor –por su enorme ingenuidad– leer del promotor principal de nuestro Código Civil, Manuel Alonso Martínez, que esta obra pasaría a lograr que *el derecho dejara de ser un misterio impenetrable para los profanos en la ciencia jurídica* y que se reduciría a *tan pequeño volumen que su adquisición esté al alcance de todas las fortunas... y será tan manuable que los ciudadanos honrados puedan llevarlo en el bolsillo, como llevan hoy los criminales el Código penal*. Hubiera sido hermoso...

³ MONTILLA, A.: «La codificación como técnica de producción legislativa», *Revista de Derecho Privado*, junio de 1987, p. 546.