

CODIFICACION Y TECNICA LEGISLATIVA

Paulina Victoria González Vergara

Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

Escuchar críticas en contra de nuestro ordenamiento jurídico se ha hecho habitual, críticas de fondo y de forma: desconexión entre el derecho y las realidades sociales, graves defectos en su formulación, excesiva cantidad de normas, lentitud en su proceso de establecimiento, etc. Hay quienes consideran que el derecho se ha convertido en un verdadero obstáculo al progreso social, otros hablan de "maraña legislativa" al referirse a nuestro ordenamiento jurídico, en fin, se ha llegado a hablar de una verdadera crisis del Poder Legislativo¹.

Así las cosas, creemos que ha llegado la hora de reflexionar sobre el real estado de nuestro sistema de fuentes del derecho y, con ello, de analizar la manera en que se "hacen" las normas jurídicas en nuestra sociedad (por una parte, los procesos de formación de la norma y, por otra, la norma misma, especialmente su formulación más que su contenido).

Al ser el derecho codificado pilar fundamental de nuestro sistema de fuentes, tales reflexiones pasan necesariamente por el estudio del fenómeno codificador. Creemos que tener una idea lo más exacta posible de tal fenómeno y de su desarrollo no sólo nos permitirá ponderar adecuadamente las normas que nos rigen, sino además nos brindará valiosos elementos de cara al futuro. Y es que, a pesar de que muchos vean como un defecto el que el derecho conserve características, formas y estructuras que se originaron en su mayor parte en los siglos XVIII y XIX, debemos concluir que esto no obedece a la simple inercia ante los cambios, como se ha sostenido por algunos, o a la presión e intereses de grupos beneficiados. ¿Qué es aquello que ha permanecido?, ¿qué es lo que debe perdurar? Estas son las interrogantes que han de iluminar el estudio del fenómeno codificador.

Es ese el contexto en que se ubica este trabajo, con él se pretende ofrecer una visión global y general del surgimiento de este fenómeno, poniendo especial énfasis en sus aspectos técnicos; tal es su objetivo inmediato, pues su objetivo mediano es el de contribuir a proporcionar una adecuada perspectiva histórica a quienes realicen futuras investigaciones sobre la codificación y el derecho codificado.

Este trabajo se divide en dos capítulos, el primero (A): La codificación del derecho. El que luego de exponer los antecedentes necesarios para comprender este fenómeno, trata la codificación en sus diversos aspectos. El segundo (B): Aspectos técnicos de la codificación. Capítulo que se refiere a uno de esos aspectos, los aspectos técnicos, los que son abordados a partir de la idea de codificación como técnica legislativa (formulación y composición de la ley).

¹ Al respecto podemos citar por ejemplo a: DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980; GUZMAN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho*, Valparaíso. Ediciones Universidad de Valparaíso, 1977; NOVOA MONREAL, Eduardo. *El de-*

recho como obstáculo al cambio social; TAPIA VALDES, Jorge. *La técnica legislativa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960; VERGARA BLANCO, Alejandro. *Formación de la ley y técnica legislativa*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 18 N° 2 pp. 213-259 (1991).

CAPÍTULO PRIMERO:

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO COMO
FENÓMENO HISTÓRICO-JURÍDICO

Para estudiar la codificación del derecho se deben conocer previamente ciertos conceptos y situaciones, y es por eso que se expondrán en primer lugar los que denominamos antecedentes necesarios para comprender el fenómeno codificador (A). Luego se entrará de lleno en la codificación.

En un primer momento, se determinará qué es lo que entendemos por codificación del derecho, al conceptualizarla, y cuáles son sus rasgos generales. Por tratarse de un fenómeno complejo son varios los aspectos que deben ser considerados, los que a pesar de encontrarse íntimamente relacionados, por una cuestión metodológica, son expuestos por separado (B).

Finalmente, se ofrece como anexo algunos breves desarrollos atingentes, que se separaron del texto principal para evitar digresiones en la exposición (C).

A. ANTECEDENTES NECESARIOS
PARA COMPRENDER EL
FENOMENO CODIFICADOR

Al hablar de antecedentes necesarios para comprender la codificación nos referimos a ciertos conceptos centrales: Fijación del derecho y código (1) y a una situación de hecho: el estado de las fuentes del derecho en la época anterior a la codificación, cuyo manejo y conocimiento es fundamental para el análisis posterior (2). Sólo luego es posible y conveniente adentrarse en el estudio del fenómeno codificador.

1. *Fijación del derecho y código*

La codificación es una especie de fijación del derecho, una fijación cuyo resultado es un cuerpo fijador que se denomina código. Estudiaremos cada uno de los conceptos nombrados; así se explicará qué es una fijación del derecho y un cuerpo fijador. Luego, como una primera aproximación —pues su cabal comprensión sólo es posible considerando elementos que se ofrecen posteriormente— se analizará el concepto de código desde dos puntos de vista: análisis lingüístico (a) y concepto dogmático (b).

I. *Fijación del derecho*²

Al estudiar la historia del derecho se puede observar que en ciertos momentos los pueblos han sentido la necesidad de emprender una tarea ordenadora de las normas jurídicas que los rigen, diversos han sido los motivos, inspiraciones, circunstancias y resultados, pero en el fondo late el mismo fenómeno, la fijación del derecho.

Dicho concepto debe entenderse como “la más comprensiva denominación para la permanente y periódica actividad a través de la historia, de reunir en cuerpos únicos el derecho de una determinada sociedad”³.

La fijación del derecho es un fenómeno complejo, que se manifiesta en una actividad y en un resultado de aquella.

Entendida como actividad “corresponde a un fenómeno histórico expresivo de un cierto movimiento o estilo jurídico, constituido por elementos de tipo ideológico, político y social”⁴, propios de la época y circunstancias en que se desarrolla.

En cuanto resultado, es “la reunión sistemática, formal o sólo material, de una pluralidad de fuentes jurídicas preexistentes en un cuerpo único”⁵ (el cuerpo fijador).

Es presupuesto indispensable de toda fijación la existencia de una pluralidad de fuentes anteriores, las que serán reemplazadas por el cuerpo fijador resultante.

Los cuerpos fijadores pueden corresponder a diversos tipos de obras jurídicas, sin embargo, todos ellos son necesariamente escritos, y presentan como características comunes, la unidad y el carácter totalizador. La primera

² En este capítulo se expondrán fundamentalmente las ideas y opiniones sobre el tema, contenidas en las obras del profesor Alejandro Guzmán Brito. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho*, ob. citada, y *Andrés Bello Codificador*. Santiago. Ediciones de la Universidad de Chile. 1982. 2 Tomos.

³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *A. B. Codificador*. p. 27.

⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La fijación del derecho*, ob. citada p. 21.

⁵ La reunión de fuentes es formal cuando no se modifica, o por lo menos no sustancialmente, la formulación y estructura externa de la fuentes recogidas, si se utiliza sólo su contenido (incluso pudiendo existir una previa labor de reelaboración, refundiéndolas y destruyendo su exterioridad), la reunión de fuentes es material. *Ibid.* p. 21.

se cumple tanto si materialmente el cuerpo fijador es uno, como si resultan ser varios independientes entre sí, pero en tal caso la característica se expresa en que cada cuerpo fijador es único en relación a una determinada materia, origen de las fuentes, etc.

El carácter totalizador o comprensivo significa que todo cuerpo fijador "tiende a referirse de manera exhaustiva a un completo ámbito o sector jurídico material, esto es, de tipo de relaciones jurídicas (civiles, penales, comerciales, etc.) o formal, es decir, de tipo de fuentes (legislativas, consuetudinarias, etc.)"⁶. De este modo, a partir de la fijación, el derecho vigente en el ámbito respectivo estará determinado por su contenido.

II. Código

a) Análisis lingüístico

La palabra castellana código proviene de la latina *codex*. Su significado⁷ evoluciona de referirse a un determinado material de escritura ("tronco de árbol"), pasando por designar una cierta forma editorial (el libro de páginas, las que se encuentran unidas por un lado y que reemplaza al formato del libro en rollo o volumen⁸), hasta terminar significando un libro con un contenido específico, concretamente, libro de leyes.

Dentro de esta acepción, durante la época moderna se comienza a dar un nuevo sentido a la palabra código, sentido que predomina hasta nuestros días. Ya no se refiere a un libro compilador de leyes preexistentes sino a un libro sistemático de derecho, construido con materias de diversa procedencia, materiales jurídicos reelaborados y refundidos en un unidad nueva⁹.

⁶ *Ibíd.* p. 24

⁷ *Ibíd.* p. 27 y 28. GUZMAN. *Codex*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos V. 10 (1985), p. 107-144.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría de derecho*. Barcelona. Editorial Ariel. 1973. p. 149; D'ORS, Alvaro. *Una introducción al estudio del derecho*. Madrid. Ediciones Rialp. S.A. Sexta edición 1987. p. 20.

⁹ GUZMAN. *Codex*, ob. citada pp. 138-144.

DIEZ-PICAZO señala que con el tiempo la idea de código ha sufrido ampliaciones, llegando a significar, también, "cualquier conjunto de reglas, aun cuando estas no hayan recibido una formalización escrita", mencionando como ejemplo a los códigos de honor. Y en su acepción más moderna "sistema

b) Concepto dogmático

Desde el punto de vista dogmático, código es aquella fijación del derecho que alcanza vigencia en cuanto tal, es decir, en cuanto forma¹⁰.

En el código, como en todo cuerpo fijador, se produce la equivalencia entre el derecho que contiene y el que es vigente en adelante, aún más, tratándose de un código esta característica tiene un efecto radical, las fuentes que resulten excluidas perderán toda vigencia¹¹.

2. Descripción del estado de las fuentes del derecho en el período anterior a la codificación

Con la codificación se busca modificar el derecho de la época, tanto en su contenido como en su forma. De este modo podemos decir que junto con los aspectos filosóficos, políticos y socioeconómicos que concurren a la generación y desarrollo de este complejo fenómeno histórico, existe un presupuesto fáctico del fenómeno codificador, presupuesto constituido por la situación de las fuentes del derecho en el período anterior al de su surgimiento.

Durante gran parte de la Alta Edad Media el derecho romano¹² ocupa una posición de privilegio dentro del panorama de las fuentes del derecho, esto de un doble modo, pues, por una parte, es usado como un derecho supranacional por todos los países europeos y, por otra, dentro de cada uno de ellos es tenido como un derecho común aplicable de manera subsidiaria al derecho propio para salvar sus lagunas y deficiencias¹³.

Si bien los juristas medievales consideran que el derecho contenido en el *Corpus Iuris*

convencional de señales o de símbolos, que permiten la transmisión de un mensaje o de una información", ob. citada pp. 150-151.

¹⁰ Guzmán señala que en toda fijación puede distinguirse materia (contenido) y forma (contenente), entendiendo por la primera el conjunto de fuentes o el derecho que se fija, y por la segunda, la redacción o sistemática que se da a ese conjunto. *La fijación del derecho*. ob. citada pp. 28-29.

¹¹ *Ibíd.* pp. 30-31.

¹² Al hablar de derecho romano nos referiremos al *Corpus Iuris Justiniano*, especialmente a aquel de sus libros que reúne textos con las opiniones de los juristas más destacados, el Digesto.

¹³ GUZMAN, A. B. *Codificador*. ob. citada pp. 123-124.

tiene una validez universal y atemporal, y formalmente son sus normas las que se aplican, en realidad lo aplicado son las interpretaciones y reelaboraciones que ellos hacen de tales normas. Por esto es que se califica al derecho medieval como un derecho de juristas y es por esto también que puede llegarse a entender la real importancia del mecanismo de la *communis opinio doctorum* (coincidencia de los juristas más destacados sobre un determinado asunto), la que incluso llega a ser vinculante a la hora de resolver las controversias judiciales. Así resulta que las opiniones de los juristas tienen tanta o más importancia que los mismos textos romanos¹⁴.

Durante el siglo XII la llamada "Escuela de Bolonia" lleva a cabo la recepción del derecho romano. Sus seguidores realizan un estudio directo y principalmente analítico de los textos, utilizando los recursos proporcionados por la escolástica y el método dialéctico. El análisis realizado es casuístico y su principal actividad tiene como fin la exégesis de los textos, sirviéndose para ello de la interpretación literal.

Es característico de este método la utilización de la técnica de las glosas, aclaraciones destinadas a explicar el texto legal, interpretativas o simplemente gramaticales y que se anotan entre líneas o al margen. De aquí surge la denominación de glosadores.

El siglo XIII marca la época de apogeo de esta escuela y de su mayor expansión fuera de Italia al resto del continente. Y es también en este siglo que comienzan a aparecer los llamados comentaristas o posglosadores, los que dominarán la ciencia jurídica de los dos siglos siguientes.

Su pensamiento concuerda con el de los glosadores en cuanto a considerar el derecho romano como una especie de derecho "revelado"; su falta de actitud crítica y de base histórica y filológica al abordar el estudio de los textos romanos es otra característica común. Respecto a sus notas distintivas la opinión más extendida señala que con los posglosadores el objeto de estudio de los juristas deja de ser el derecho romano en sus fuentes, pasando a primera línea las opiniones e interpretaciones del mismo. Buscando adecuarlo a las nuevas reali-

dades y necesidades de la época se llega a un abuso de las divisiones, distinciones, particiones, en fin, se produce una utilización excesiva del método escolástico.

Se ha dicho que llega un momento en que lo característico en la literatura jurídica es más bien el análisis de cuestiones secundarias, y que el argumento de autoridad (del texto legal, de las opiniones de los juristas) es tan importante que casi desaparece todo espíritu crítico y opinión propia.

Existen autores que ven en la manera de proceder de los posglosadores un nuevo método, que se aparta del anterior en que para ellos ya no es suficiente la aclaración o interpretación literal de los textos, considerados estos como independientes unos de otros, sino que tales textos deben ser tenidos como partes de un todo, partes que deben ser explicadas y entendidas en función del conjunto. Esto habría llevado a ir dejando de lado el mero análisis casuístico para dar paso a aquel que busca extraer conceptos generales con arreglo a los cuales puedan ser resueltos los diversos casos particulares¹⁵. Hay quienes van más allá, y señalan que al separarse del análisis literal y meramente casuístico los comentaristas aspiran a la construcción de una teoría general¹⁶.

En el siglo XVI surge un nuevo método, el *mos gallicus*, bautizándose como *mos italicus* a la ciencia jurídica de los glosadores y posglosadores medievales. El *mos gallicus* se caracteriza por su actitud crítica frente a los textos, los que se entienden como resultado de un momento y lugar histórico determinado, y además como textos que han evolucionado a través del tiempo como consecuencia de adiciones y manipulaciones de que han sido objeto. Teniendo conciencia de todo esto se trata, por una parte, de hacer "renacer" el verdadero derecho romano y, por otra, se resta importancia a la interpretación literal de los textos, se busca descubrir el sentido de las instituciones y su desarrollo, la racionalidad de la solución romana más allá del tenor literal¹⁷.

Este nuevo método, con su actitud crítica y valorativa del *Corpus Iuris* y del *mos italicus*,

¹⁵ LALINDE Abadía, Jesús. *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona. Ediciones Ariel. 1970, p. 108.

¹⁶ HERNANDEZ Gil, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid. 1971. p. 77.

¹⁷ LALINDE, ob. citada p. 178.

¹⁴ Ibid. MOTILLA, Agustín. La codificación como técnica de producción legislativa. *Revista de Derecho Privado*. Junio de 1987. p. 548.

contribuye al quiebre del sistema medieval del derecho.

En el siglo XVIII las opiniones de los juristas son tan numerosas y diversas que ya no es más posible determinar coincidencias entre ellas, rompiéndose así la unidad de la interpretación del derecho romano lograda a través del mecanismo de la *communis opinio doctorum*.

El resultado es una gran variedad de sentencias y con ello, como consecuencia de esta situación, el desprestigio del *Corpus Iuris* y de sus métodos de aplicación, produciéndose la crisis del derecho romano como derecho común.

El panorama es devastador si a la crisis sufrida por el derecho romano (como derecho común) se agrega el fraccionamiento normativo ocasionado por la multiplicación de costumbres locales, de fueros territoriales y personales, y la proliferación de gran cantidad de leyes, muchas veces inadecuadas para las nuevas realidades. Con todo esto el clima en torno al derecho y sus fuentes no puede ser sino de incertidumbre, confusión y descontento^{18, 19}.

B. CODIFICACION DEL DERECHO: CONCEPTO Y DESCRIPCION GENERAL. COMPLEJIDAD DEL FENOMENO CODIFICADOR. DIVERSOS ASPECTOS

De un modo genérico podría entenderse por codificación aquella fijación del derecho

¹⁸ MOTILLA, ob. citada p. 549.

¹⁹ Existen autores que identifican, en el período analizado precedentemente, junto con el *mos italicus* y el *mos gallicus* una tercera corriente metodológica, la que habría marcado la transición entre las nombradas y el método del derecho natural racionalista. Llegan a esta conclusión luego de estudiar a varios juristas importantes, tales como Fernando Alvarez de Menchaca, cuya actitud metódica no podría encuadrarse dentro de las dos corrientes metodológicas tradicionalmente identificadas (habiéndose desarrollado una metodología nueva). Señalan que tales juristas toman un camino diferente al de la antigua jurisprudencia, no se dedican al análisis histórico filológico ni al estudio del puro derecho romano sino que renuevan la jurisprudencia medieval incluyendo en el razonamiento jurídico ideas y conceptos que toman de la literatura, de la historia y de la filosofía greco-latina. Tal corriente metodológica recibiría el nombre de humanismo racionalista. Véase CARPINTERO, Francisco. *Mos italicus, Mos gallicus y el Humanismo Racionalista. Una*

que se realiza mediante la elaboración de códigos, utilizando este vocablo en tanto concepto dogmático, de esta manera debería concluirse que han sido muchas las codificaciones llevadas a cabo a lo largo de la historia jurídica. Sin embargo, se ha reservado dicha denominación para designar a una manifestación particular de dicho fenómeno, concretamente a la codificación que se desarrolla en la mayoría de los países que integran el llamado mundo occidental (Europa y América), a partir del siglo XVIII, alcanzando su máxima expresión durante el siglo XIX, y que se prolonga hasta nuestros días²⁰. Esto ha sido así, ya que dadas las peculiares características que presenta, dicho fenómeno concreto se convirtió en la codificación por antonomasia.

La codificación es un fenómeno complejo en el que concurren circunstancias y factores de la más variada índole. Estas circunstancias y factores se encuentran íntimamente relacionados, y ejerciendo influencias recíprocas, tanto así que en algunos casos es muy difícil delimitar cada uno de ellos. La codificación no sólo inaugura una manera totalmente distinta y desconocida hasta entonces de fijar las normas jurídicas, además representa una determinada forma de concebir el derecho, que no es sino el reflejo y aplicación de la mentalidad general de la época en el ámbito de lo jurídico.

En sus inicios corresponde al intento de introducir en los ordenamientos jurídicos ciertas concepciones filosóficas, políticas, sociales, económicas, en fin, por una parte reflejar y por otra contribuir a la ejecución de los nuevos esquemas e ideales de vida y justicia de la época. Paralelamente, y en gran medida como consecuencia de sus presupuestos filosóficos e ideológicos, implica una peculiar forma de presentar lo jurídico; un nuevo estilo jurídico con el que se intenta tecnificar, simplificar, en definitiva, racionalizar el mundo del derecho²¹.

En esta parte nos referiremos a sus diversos aspectos: filosóficos, políticos y socio-

contribución a la historia de la metodología jurídica. Prudentia Iuris N° VIII, Universidad Católica, Buenos Aires, diciembre de 1982; pp. 9-60.

²⁰ DIEZ, ob. citada p. 151

²¹ *Ibíd.* DIEZ. *Sistema de derecho civil. Parte general*. Madrid. Ed. Tecnos S.A. Séptima edición. 1989. pp. 50-52. GUZMAN. *La fijación del derecho*, ob. citada pp. 53-54.

económicos. Por sus características e importancia los aspectos técnicos de la codificación son tratados en un capítulo separado.

1. Aspectos filosóficos

Desde un punto de vista filosófico la codificación es el resultado del encuentro entre dos corrientes de pensamiento: el derecho natural racionalista y la Ilustración²². El derecho natural racionalista es el intento de solución de una de las problemáticas permanentes dentro de la especulación europea, precisamente la relativa al derecho natural²³; la Ilustración implica un nuevo modo de sentir la vida que busca la realización de profundas transformaciones sociales y que en lo relativo al tema que nos interesa pretende convertir al derecho natural en derecho positivo.

i. El derecho natural racionalista

El derecho natural racionalista o escuela moderna del derecho natural corresponde a la corriente dominante relativa a la cuestión del *derecho natural durante la segunda mitad del siglo XVII y el siglo XVIII*²⁴.

Se considera a Grocio como el fundador de esta escuela y quien determina sus fundamentos, y a Kant como su último exponente y quien le otorga su más alta expresión filosófica²⁵. Dentro de ella se suele incluir un variado

número de autores (filósofos, juristas y escritores políticos)²⁶ y frente a esto es preciso realizar a lo menos dos consideraciones:

- a) Hay un grupo de autores que a través de tratados y manuales específicos exponen sistemas de derecho natural, se dice que son los que determinan los fundamentos de esta escuela. Ellos son Pufendorf, Thomasio y Wolff (y sus discípulos). Junto a este grupo existe otro, integrado por autores que, o tratan específicamente de la noción de derecho natural, como Hobbes o Spinoza, o utilizan al derecho natural como una de las bases de sustentación de su pensamiento, como Leibniz, Locke o Rosseau²⁷.
- b) Son manifiestas las diferencias y hasta contradicciones entre estos autores, pero es posible hablar de una filosofía del derecho natural racionalista o escuela moderna del derecho natural porque por sobre ellas se debe reconocer una similar *forma mentis* para enfrentar la problemática jurídica, una igual metodología para llegar al derecho natural y, por último, la existencia de ciertos temas de especulación comunes²⁸.

Característico del derecho natural racionalista es la destitución de la teología moral como ciencia de los principios supremos de la convivencia social, esta es sustituida por el derecho natural, el que de ser una de las leyes que regulan la convivencia humana pasa a convertirse en la ley básica de tal convivencia. Es en este sentido que se dice que el derecho natural desplaza y se separa de la teología. Todo esto implica la aparición de la disciplina del derecho natural como ciencia específica²⁹.

Son varios los factores que influyen en este fenómeno³⁰, entre ellos se señala en primer lugar, a la situación histórica. Las guerras religiosas llevan a la búsqueda de unos principios comunes a todos los hombres, con independencia de la religión que profesen, en las cuales se puedan establecer las bases de un entendimiento pacífico. Estos principios comunes son los del derecho natural.

²⁶ *Ibíd.* pp. 56 a 58. Es posible encontrar una completa lista de ellos.

²⁷ HERVADA, *ob. citada.* p. 250.

²⁸ GUZMAN, *La fijación...*, *ob. citada.* p. 58.

²⁹ HERVADA, *ob. citada.* p. 250 a 252. WIEACKER, *ob. citada.* p.

³⁰ HERVADA, *ob. citada.* p. 253.

²² Se afirma que ambas corrientes de pensamiento se encuentran íntimamente relacionadas, identificando un origen común –la filosofía cartesiana– y coincidencia en la mayor parte de sus concepciones sobre el derecho. *Motilla, ob. citada.* p. 549.

²³ El derecho natural alude a la existencia de un modelo espiritual con el cual contrastar y en definitiva juzgar la realidad social y jurídica concreta. Muchas y variadas han sido las interpretaciones históricas de esta idea, sin embargo, todas ellas coinciden en que el derecho natural no depende de la voluntad humana. GUZMAN, *La fijación del derecho*, *ob. citada.* p. 56. Es posible encontrar una breve y completa exposición de las formas históricas de aparición de la idea del derecho natural hasta la de la escuela moderna del derecho natural, en WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado en la edad moderna*. Editorial Aguilar. S.A. Madrid. 1957. pp. 197 a 217.

²⁴ HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1987. p. 249.

²⁵ GUZMAN, *La fijación...*, *ob. citada.* p. 56.

En segundo lugar se señala como una de las causas de la ruptura de la visión medieval de la sociedad a la influencia protestante. Es característica del pensamiento protestante la distinción entre lo natural y lo sobrenatural, conforme a la cual los principios básicos de la vida social no están en factores sobrenaturales sino en factores terrenales, factores que como consecuencia de la corrupción de la razón humana son conocidos a través de la Revelación, principalmente a través del Decálogo. Los principios básicos de la vida social son los preceptos de derecho natural.

Como tercer factor se indica el laicismo. El que postula la independencia del conocimiento racional frente a los datos de la fe religiosa y, por ende, frente al saber teológico. El derecho natural se configura así como un sistema de leyes autónomo respecto de la revelación y a fortiori de la teología.

Finalmente, hay que destacar la influencia del racionalismo. El que de un modo genérico puede entenderse como aquella actitud cultural que domina la cultura europea desde mediados del siglo XVIII a principios del siglo XIX, y que se caracteriza por una confianza ilimitada en la razón, para la cual no existirían problemas imposibles de solucionar ni misterios que no puedan ser develados.

Guzmán³¹ ha establecido como caracteres generales de esta filosofía los siguientes:

- a) Se trata de una *filosofía jurídica*, no de una teoría del derecho vigente. El derecho natural racionalista no tiene su punto de partida en el derecho de la práctica sino que más bien se desarrolla de modo paralelo e independiente de este. Esto explica que al acercársele lo haga con un afán reformador.
- b) Sus premisas metodológicas son el racionalismo y la forma de *investigación analítico-sintética* propia de las ciencias físicas.

El racionalismo debe ser entendido en tres sentidos: 1. opuesto a voluntarismo, de manera que los principios del derecho natural tienen un carácter necesario, independiente de la voluntad de Dios. 2. opuesto a tradición y autoridad, los principios del derecho natural son conocidos mediante la sola especulación teórica, y 3. opuesto a historicismo, los prin-

cipios se descubren a través de la pura especulación y no por medio del estudio de las concretas manifestaciones históricas.

La forma de investigación analítico-sintética iniciada por Galilei y que llega a imponerse en el campo de las ciencias físicas es otra de las premisas metodológicas de la filosofía del derecho natural racionalista.

Los iusnaturalistas proceden con la realidad social, política y jurídica del mismo modo que como lo hacen los científicos con los fenómenos matemáticos, así establecen y analizan sus elementos constitutivos para luego sintetizarlos en la unidad. Unidad que sólo es posible de explicar a partir de las relaciones entre tales elementos, relaciones que son presentadas al modo matemático (axiomático).

También en la manera de acercarse al fenómeno moral los iusnaturalistas se inspiran en los científicos; para formular sus hipótesis no parten de ninguna sociedad concreta, son hipótesis formuladas a priori cuya confirmación se trata de hallar al confrontarlas con las distintas sociedades históricas.

Conforme al espíritu de su época los iusnaturalistas buscan dar al derecho natural lo que se ha llamado una "presentación axiomática"³². Su ideal sistemático "consiste en llegar a construir estructuras que se apoyen en principios con carácter de axioma, es decir, inde demostrables, pero también evidentes; de estos axiomas se deducen las diferentes proposiciones conectadas entre sí por nexos de tipo lógico"³³.

Con el derecho natural racionalista las propiedades de *universalidad e inmutabilidad* atribuidas hasta entonces al derecho natural se rigidizan³⁴. En efecto, se considera que así como el universo se encuentra regido por un conjunto de leyes físicas perpetuas, universales e inmutables, la sociedad humana está regulada también por un conjunto de leyes racionales, leyes de la naturaleza, fijas, inmutables

³² *Ibíd.* p. 77.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Hasta entonces se entendieron las propiedades de universalidad e inmutabilidad del derecho natural considerando al ser humano como un ser que vive dentro de la historia. Junto con proclamar que la naturaleza humana es una, inmutable y permanente, se la reconoce dentro de la historia y por lo mismo afectada —en lo que tiene de accidental— a cambios según las distintas situaciones y circunstancias históricas. HERVADA, ob. citada, p. 258.

³¹ GUZMAN, ob. citada. pp. 58 a 62.

y totalmente ajenas al cambio histórico. Es deber de la razón humana el buscar tales leyes, las que una vez descubiertas y hechas norma de derecho positivo constituirán el ordenamiento jurídico que habrá de regir por siempre el destino de los pueblos³⁵.

Por sobre las particularidades propias de los distintos autores existen ciertos elementos u opiniones comunes a todos ellos:

- a) *Separación entre moral y derecho*. Como consecuencia de la autonomía del derecho natural respecto de la teología, una de las características del derecho natural racionalista, se produce la separación entre moral y derecho. Se les considera dos ámbitos distintos e independientes de la conducta humana, entendiéndose a la moral como referida a un ámbito normativo relativo a lo íntimo del hombre³⁶.
- b) *Naturaleza humana empírica como punto de partida*. La mayoría de los seguidores del derecho natural clásico al hablar de naturaleza humana lo hacen en un sentido metafísico. En el derecho natural racionalista se considera como punto de partida a la naturaleza empírica del hombre y al hacerlo se modifican sustancialmente las bases para entender e interpretar importantes conceptos, tales como la felicidad, el bien, la finalidad, etc. De manera que, por ejemplo, de considerar a la felicidad como fruto de la virtud se la pasa a entender como el placer sensible³⁷.
- c) *Distinción entre estado natural y estado civil*. Es característico del iusnaturalismo racionalista distinguir, por una parte, un estado natural del hombre, estado anterior a la sociedad en que no existe organización política ni derecho positivo; y por otra, un estado civil o estado del hombre en sociedad. Este estado es consecuencia de la unión voluntaria de los hombres para formar la sociedad y organizarla políticamente (dando origen al gobierno). Esto porque la vida en el estado de naturaleza se vuelve imposible, al gozar todos los hombres de la más absoluta libertad sin existir una autoridad común se producen graves conflictos que ponen en peligro hasta la conservación de la existencia.

Los distintos autores explican y describen de modo diverso estos estados, así por ejemplo, algunos los consideran históricos, otros hipotéticos, algunos ven al estado de naturaleza como un estado de paz, otros lo ven como un estado de permanente lucha entre los hombres, etc.³⁸.

- d) *El pacto o contrato social*. El origen del estado civil (de la sociedad y del poder) no está en la naturaleza sino en un pacto o convención entre los hombres. Tal pacto comprende dos fases: 1. El pacto de unión, por el cual se da origen a la sociedad, y 2. El pacto de sujeción, por el que se organiza políticamente la sociedad. El pacto de sujeción es entendido de dos modos muy diferentes, para algunos autores implica el sometimiento a una autoridad absoluta de una manera incondicionada e irreversible, para otros, los más numerosos, implica un acuerdo entre la autoridad y los súbditos, estos entregarían a la primera ciertos poderes y conservarían siempre un conjunto de derechos inalienables, derechos que limitan el ejercicio del poder por la autoridad y que deben ser garantizados por esta³⁹.
- e) *Derechos innatos*. Los derechos innatos son un conjunto de exigencias que emanan de la naturaleza racional del hombre. Característica principal del estado civil es la positivación de tales derechos, los que pasan de ser una exigencia meramente racional (lo que son en el estado de naturaleza) a convertirse en verdaderos derechos que la autoridad política debe respetar y garantizar⁴⁰.

ii. La Ilustración⁴¹

Es la Ilustración quien crea el clima propicio para que surja el fenómeno codificador. Con tal concepto no se designa a una determinada escuela filosófica sino más bien a una corriente de pensamiento cuyos contornos son difíciles de precisar, pero que se ha descrito como una mentalidad, una tendencia o espíritu que impregna los distintos sectores del pensa-

³⁸ *Ibíd.* pp. 260-261. GUZMAN. *La fijación...*, ob. citada. p. 63.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ WIEACKER, ob. citada pp. 277-291. Enlace del derecho natural racionalista y la Ilustración.

³⁵ *Ibíd.* p. 258-259.

³⁶ *Ibíd.* p. 262.

³⁷ *Ibíd.*

miento filosófico de la época. Se ha dicho que representa la defensa de una determinada posición ante la vida, la cual se nutre de varias escuelas y sistemas ideológicos, que busca realizar una auténtica y completa transformación de la sociedad⁴².

La Ilustración toma del derecho natural racionalista los elementos que constituyen las bases de su doctrina jurídica. En síntesis, son dos las ideas fundamentales de tal doctrina: a) Afirmación de los derechos del hombre (derechos innatos) y b) Predominio de la ley sobre las demás fuentes del derecho. En lo relativo al primero de estos elementos nos remitimos a lo dicho al respecto al tratar la escuela del derecho natural racionalista. Sin embargo, conviene recalcar aquí el énfasis dado por el pensamiento ilustrado a la función garantizadora de tales derechos por parte de la organización política. En cuanto a las fuentes del derecho, se establece el predominio de la ley por sobre las demás fuentes. Esto obedece básicamente a dos factores: a) Se la considera la única vía para garantizar la certeza o seguridad jurídica. Y en este punto es importante recordar y tener en cuenta los caracteres del derecho vigente en esa época (lo que llamamos el presupuesto fáctico de la codificación)⁴³ ya que ellos influyen decisivamente en la importancia que se le otorga al elemento comentado. b) Por otra parte, se debe tener en cuenta que la Ilustración ve en la ley al único o a lo menos al medio más eficaz y rápido de lograr las profundas transformaciones que pretende llevar a cabo en la sociedad de la época⁴⁴.

Como consecuencia del predominio de la ley sobre las otras fuentes del derecho y por la importancia que se atribuye a las razones que hay tras esto, es que se establece que la función del juez será exclusivamente la de aplicar la ley al caso concreto, sin gozar de la más mínima discrecionalidad en el ejercicio de su cargo. Le queda especialmente prohibida la posibilidad de interpretar la ley, ya que se considera que al interpretar se está creando o integrando la ley, actividad que sólo el legislador está facultado para ejecutar⁴⁵.

⁴² MOTILLA, ob. citada. p. 552.

⁴³ Ver letra A.2. en este mismo capítulo.

⁴⁴ En este sentido, con la reforma del ordenamiento jurídico —con las “nuevas” leyes— se busca establecer las bases para el desarrollo de la “nueva” sociedad.

⁴⁵ MOTILLA, ob. citada. pp. 552-553.

En lo relativo a la formulación de la ley se establece que esta debe ser simple y clara, con un estilo conciso, abstracto. Su redacción debe ser tal que abarque el mayor número de supuestos, con una clara determinación de la correspondiente consecuencia jurídica⁴⁶.

2. Aspectos políticos

i. Análisis general

Los nuevos planteamientos políticos imperantes en la época se relacionan de un doble modo con la codificación. Por una parte influyen en ella, y por otra, es esta, la codificación, la que juega un importante papel en su desarrollo y posterior concreción.

Estos nuevos planteamientos pueden resumirse fundamentalmente en las siguientes ideas, se produce un replanteamiento y reformulación de los derechos y deberes del hombre (en tanto ser político) y de la estructura y características de la organización política de la sociedad, la que se concretiza en el que se conocerá como Estado moderno. Se establecen las siguientes premisas básicas: a) el hombre es titular de ciertos derechos, inherentes a su calidad de tal y comunes a todos los individuos de la especie, tales derechos son anteriores y superiores a toda autoridad, no pudiendo en ningún caso ser desconocidos por esta; b) el Estado (al que se denomina civil, para distinguirlo del llamado estado de naturaleza al que desplaza) nace de un contrato entre los hombres, por medio del cual se organizan y determinan las bases de la convivencia social y política, y c) el Estado debe estar al servicio del individuo, contribuir al logro de su bienestar integral, y principalmente proteger y garantizar sus derechos. Además se establece que el ejercicio del poder público no debe estar concentrado en una sola mano sino que debe existir una separación de poderes. De este modo se logra garantizar mejor los derechos innatos del hombre frente a la autoridad política.

Los filósofos que más influencia tuvieron en la formación de estos postulados, y cuyo pensamiento fue en mayor medida recepcionado al organizarse políticamente los distintos países, fueron el inglés Locke y los franceses Montesquieu y Rousseau.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 553.

Al primero se le considera uno de los mentores del constitucionalismo inglés y el primer gran teórico del individualismo político, teniendo gran influencia en la Ilustración francesa y uno de los inspiradores de la Constitución de Norteamérica⁴⁷.

Montesquieu es considerado uno de los más grandes iusnaturalistas franceses y el más destacado exponente de la teoría de la separación de poderes. Sus reflexiones en torno al Estado, sobre el derecho y principalmente su pensamiento en relación a las libertades públicas, tuvieron una notable influencia en el movimiento ideológico del siglo XVIII⁴⁸.

Rousseau, por su parte, es conocido como el divulgador más importante de la teoría del contrato social y el más notable exponente de la doctrina político-jurídica liberal e individualista. Su pensamiento político fue decisivo en el desarrollo de la Revolución Francesa, y para algunos es también el inspirador de los movimientos independentistas de la América Española. Actualmente para nadie es desconocida la influencia que ha tenido Rousseau en el proceso político e ideológico de los siglos XVIII y XIX, pudiendo aún sentirse su influjo en nuestro siglo⁴⁹.

Al iniciar esta sección decíamos que la relación entre los nuevos planteamientos políticos, que acabamos de esbozar, y la codificación es doble. Puesto que por una parte son ellos quienes influyen en su surgimiento y desarrollo (de la codificación) y, por otra, es esta la que a su vez influye en la divulgación y posterior concreción de los nuevos postulados políticos. Tales relaciones pueden esquematizarse del siguiente modo⁵⁰:

1. En la codificación se ve la manera más eficaz de lograr la tan ansiada seguridad jurídica y de llevar a cabo las radicales transformaciones que se pretende a la sociedad de la época. Esto debe entenderse en íntima relación con el tema de los derechos del hombre (núcleo fundamental de los nuevos postulados filosóficos y políticos). El que estos derechos sean declarados y recogidos en constituciones y códigos produciéndose así su positivación, se constituye en garantía de su protección y respeto. Desde otra perspectiva, tan importante papel que se atribuye y reconoce a la codificación impulsa enormemente su desarrollo. Por último, podría decirse que en cierto sentido la codificación llegó a ser considerada ella misma como un derecho.
2. La elaboración y formulación del derecho codificado se lleva a cabo en conexión con los nuevos planteamientos políticos, lo que a su vez implica un fortalecimiento de los mismos. De este modo, los procesos de formación y aprobación de los códigos se realiza por el Poder Legislativo, órgano a quien compete esta tarea de acuerdo al principio de la separación de poderes.
3. La codificación contribuye a la organización y desarrollo del Estado moderno. Debe tenerse presente que uno de los elementos característicos de tal modo de organización política es la búsqueda de racionalización y centralización en el ejercicio del poder, la ley, el derecho codificado se constituye en instrumento eficaz para el logro de tales objetivos.
4. Con la codificación se ayuda a la consolidación del Estado nacional, basta pensar por ejemplo en el proceso de formulación de los códigos y en sus características en cuanto a vigencia y efectos. Los códigos son normas generadas dentro del territorio nacional, que tienen vigencia y producen efectos respecto de todos sus habitantes, sin hacer diferencias personales ni territoriales. La unidad jurídica revitaliza la unidad política, la que se desarrolla en íntima relación con la idea de nación.

⁴⁷ GRANERIS, Giuseppe. *La Filosofía del derecho a través de su historia y problemas*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. pp. 100-101. HÜBNER GALLO, Jorge. *Manual de filosofía del derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2ª edición, 1963. p. 77. TEJEDOR CAMPOMANES, César. *Historia de la filosofía*. Ediciones Cesma S.A., Madrid, 1991. pp. 231-236.

⁴⁸ GRANERIS, ob. citada. p. 103. HUBNER, ob. citada. p. 77.

⁴⁹ HUBNER, ob. citada. p. 80.

⁵⁰ ALEJANDRE GARCIA, Juan y GACTO FERNANDEZ, Enrique. *Temas de historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1980-1981. pp. 115-118. GOMEZ ARBOLEYA, Enrique. Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna y El racionalismo jurídico y los códigos

européens. *Revista de Estudios Políticos*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Noviembre-diciembre (1950). V. XXXIV N° 54 pp. 57-76 y (1951). V. XXXVII N° 57 pp. 15-34, respectivamente.

5. La codificación tiene en América una importante connotación política, además de las ya mencionadas, y que le es propia. La dictación de constituciones y códigos viene a significar un acto de ruptura formal con la Metrópoli. Un pueblo que se autodetermina a través de la dictación de las normas que han de regirlo, es un pueblo soberano.

Los nuevos planteamientos políticos son puestos en práctica por aquellas monarquías europeas más sensibles a las nuevas tendencias, que se conocerán como "monarquías ilustradas". Sin embargo, es en la Francia posrevolucionaria donde su recepción es más completa. Así las primeras codificaciones surgen en el seno del despotismo ilustrado, pero es la Ilustración liberal y democrática la que da origen al "primer" código, el Código de Napoleón, obra paradigmática dentro del fenómeno codificador⁵¹.

ii. Constitucionalismo y codificación

En general se ha tendido a ver en la codificación y en el constitucionalismo a dos expresiones de un mismo fenómeno, el fenómeno de la codificación en sentido amplio. Esta abarcaría la que se refiere al derecho privado, conocida como codificación propiamente tal, y al constitucionalismo, el que correspondería a la codificación constitucional, referida a las normas que regulan la organización política de la sociedad, que en la época se concretiza en el llamado Estado moderno^{52, 53}.

⁵¹ Ver en este mismo capítulo la sección anexos N° 5.

⁵² ESCUDERO, José Antonio. *Curso de historia del derecho*. Madrid. Gráficas Solana. 3ª. Edición, 1987. p. 905.

⁵³ La postura expuesta es la mayoritaria, pero existen autores que opinan que la codificación se inserta en lo que consideran un movimiento más amplio, el constitucionalismo. De esta manera De los Mozos señala, luego de explicar el porqué de la íntima relación entre constitución y código, "De ahí la íntima relación entre constitución y código y, por ello, el que la codificación se inserte dentro del movimiento más amplio que representa el constitucionalismo, como fundamento de la organización jurídica de un nuevo tipo de sociedad política, dependiente de los ideales triunfantes conforme al espíritu de la época (Zeitsgeist), y que se concretan en el individualismo jurídico propio del pensamiento liberal". DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*. Madrid. Ed. Civitas S.A. 1988.

Mientras como fruto de la primera surgen diversos códigos según la rama del derecho que regulen (civil, penal, etc.), como resultado de la codificación constitucional surge un código político, código al cual se denomina constitución.

"En verdad, la codificación incluye al mismo tiempo la formación de constituciones en materia jurídico-política y la formación de códigos en otras diversas materias jurídicas"⁵⁴.

El constitucionalismo implica la "determinación de los principios fundamentales por los que se ha de regir la comunidad política en un documento, que recibe el nombre de constitución"⁵⁵, y responde a la concepción más o menos constante y mayoritaria sostenida desde la segunda mitad del siglo XVIII⁵⁶ de que el sistema normativo o conjunto de normas jurídicas vigentes en un Estado, y en especial las que se refieren a los derechos de sus miembros debe ser protegido de eventuales abusos o infracciones por parte del poder político. Así, la constitución tendría una finalidad limitadora del poder y, a la vez, garantizadora de los derechos fundamentales de la persona humana⁵⁷.

Se desprende de lo dicho hasta aquí que códigos y constituciones tienen su origen inmediato en el iusnaturalismo europeo. Doctrina que basándose en la razón declara los llamados "derechos del hombre", ciertos derechos y libertades que, de acuerdo al derecho natural, son inherentes a todo ser humano y que como tales no pueden ni deben ser jamás conculcados por la autoridad política. Y es con este fin que se concibe el mecanismo de la separación de poderes. Las constituciones de la época se dedican básicamente, por una parte, a realizar unas más o menos extensas y pormenorizadas declaraciones de tales derechos, y por otra, a regular la separación de los poderes, principalmente en lo que se refiere a la determinación de su estructura y funcionamiento.

⁵⁴ BRAVO LIRA, Bernardino. Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana. *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*. Vol. N° 9. 1984. p. 52.

⁵⁵ LALINDE, ob. citada. p. 233.

⁵⁶ En este punto se sigue la opinión del profesor argentino Mario Justo López, que es la más difundida y aceptada, pero no por ello deja de estar sujeta a controversia como él mismo lo hace notar. LOPEZ MARIO, Justo. *Manual de derecho político*. Buenos Aires, Editorial Kapeluz, 1976. pp. 371 y sgtes.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 372.

Diversas son las tendencias de la época en torno a ellas, para las concepciones historicistas la constitución debe reflejar el desarrollo de la historia del pueblo cuyos destinos habrá de regir, llegándose a estimar que esto se consigue de mejor forma si la constitución no es escrita. Para las concepciones más formalistas, la constitución debe ser necesariamente escrita y se le considera la "norma fundamental", a la que se encuentran subordinadas todas las demás normas que integran el sistema normativo. Es esta última postura la que en definitiva logra predominar⁵⁸.

Si bien constituciones y códigos son expresiones de un mismo fenómeno y desde un punto de vista técnico ambos son un reflejo del afán racionalizador del mundo jurídico, es importante hacer algunas acotaciones⁵⁹.

- Es posible observar que su realización no es totalmente coincidente cronológicamente hablando. En general, la formulación de códigos es anterior a la de constituciones en los países de Europa continental, principalmente en aquellos en que se realizan las primeras codificaciones (Baviera, Prusia y Austria). No así en España, Portugal e Hispanoamérica (donde se encontraban en vigor dos derechos europeos, precisamente el castellano y el portugués), en que la situación es la inversa, la dictación de las constituciones precede a la de los códigos⁶⁰.
- Como consecuencia de la idea de concebir al ordenamiento jurídico como un sistema y del predominio de las posturas más formalistas en torno al papel de la constitución, se establece una relación jerárquica

entre constitución y códigos. La primera es considerada la ley básica o norma fundamental a la que deben conformarse códigos y toda otra norma jurídica.

- El que los códigos presenten una mayor complejidad técnica, acompañado de la circunstancia de que en ellos la ideología política que los informa se presenta de un modo mucho menos evidente que en las constituciones, los hace más perdurables en el tiempo. Es así como se puede observar que durante el pasado siglo en la mayoría de los países en que se desarrolla la codificación se dictaron varias constituciones, en algunos casos se sucedían unas a otras en escaso período de tiempo; en cambio es muy raro que durante el transcurso del siglo se haya dictado más de un código para cada una de las ramas del derecho.
- Finalmente, no es sólo que en los códigos el color político sea menos evidente que en las constituciones, lo que pasa es que si bien lo político influye en la codificación en sentido estricto, quedando de manifiesto esta influencia en su contenido, ya que los códigos al regular las diversas instituciones, en lo que sea posible y corresponda, lo hacen desde la perspectiva de la ideología política dominante reflejando tales ideas, en las constituciones la influencia de lo político en lo jurídico se intensifica de tal forma que llegan casi a identificarse.

3. Aspectos socioeconómicos⁶¹

Hasta el siglo XVIII la estructura socioeconómica es la del llamado Antiguo Régimen. i) sociedad estamental, dividida en tres grandes estamentos u órdenes: la nobleza, el clero y el "tercer estado" (integrado principalmente por burgueses y campesinos), ii) aristocrática, ya que los dos primeros estamentos nombrados monopolizan los altos cargos del Estado, Ejército y de la Iglesia, y iii) jerárquica, pues no existe igualdad ante la ley, ante los impuestos ni para acceder a los cargos oficiales.

Al triunfar las nuevas ideas en la Revolución Francesa se busca construir una sociedad en que todos los hombres son considerados ciudadanos libres e iguales, sociedad en la que

⁵⁸ Se dice que esta postura descansa en tres creencias básicas: a) superioridad indiscutible de la ley escrita sobre la costumbre, b) una constitución nueva importa una verdadera renovación del contrato social y, por lo tanto, sus cláusulas deben ser redactadas de la manera más solemne y completa, y c) las constituciones escritas, de redacción clara y sistemática son un medio excelente e insuperable de educación política, que difunde en los ciudadanos el conocimiento de sus derechos y el respeto y amor hacia estos. QUINTANA, Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Editorial Alfa. 1953. Vol. I. p. 55.

⁵⁹ ESCUDERO, ob. citada. p. 906.

⁶⁰ BRAVO LIRA, ob. citada. p. 52.

⁶¹ ALEJANDRE GARCIA, ob. citada pp. 110-115. GOMEZ, Supuestos ..., ob. citada pp. 23-24.

no tienen cabida la esclavitud, la servidumbre ni los privilegios estamentales. En el plano económico se considera que la libre competencia y la iniciativa privada son los motores de todo progreso, debiendo el Estado abstenerse de intervenir en esta materia, salvo en lo que fuere estrictamente necesario para garantizar el orden social.

Las relaciones e influencias entre estructura socioeconómica, nuevas ideas al respecto y codificación es una materia bastante debatida en el último tiempo⁶².

La postura tradicional y la más sostenida es que la codificación refleja y está en íntima relación con los intereses de la burguesía como clase social, grupo revolucionario mientras deseaba cambiar el orden de cosas que le era desfavorable pero que una vez conseguido el triunfo se transforma en una clase conservadora que desea asegurar sus logros, cuestión que realiza mediante la consagración legal, en los códigos, de los principios básicos de la nueva sociedad, la sociedad burguesa.

Esta nueva sociedad se estructura conforme al triple principio de igualdad, libertad y propiedad. Igualdad y no derechos privilegiados en razón a la clase social, igualdad de todos los hombres en los diversos ámbitos. Libertad en todas sus formas, política, social, económica. Propiedad privada, pilar fundamental de la nueva sociedad.

Teóricamente todos resultarían beneficiados, sin embargo no es así, la igualdad, libertad y propiedad en los términos consagrados en los códigos no benefician a todos, pues existen hechos diferenciadores básicos: las condiciones económicas, el poder adquisitivo y la capacidad difieren de una persona a otra.

De esta manera, el orden instaurado por los códigos representa el triunfo de la burguesía, la que ve anulados los privilegios de las clases nobles y eclesiásticas y aseguradas las condiciones básicas de la supremacía alcanzada.

C. ANEXO

En esta parte del trabajo se tratan de un modo breve y esquemático algunos temas relacionados con la codificación. Esto por consi-

derar que su conocimiento es necesario para entender cabalmente tal fenómeno o porque complementan de alguna manera los temas tratados en el capítulo respectivo.

Los temas tratados son los siguientes:

1. Elementos constitutivos del éxito de una fijación del derecho y condiciones históricas que las garantizan.
2. Escuela histórica del derecho.
3. La corriente positivista, proyección de la ideología racionalista: la escuela francesa de la exégesis.
4. Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana.
5. Arranque del proceso codificador en Europa.

*1. Elementos constitutivos del éxito de una fijación del derecho y condiciones históricas que los garantizan*⁶³

- i. Elementos constitutivos del éxito de una fijación:
 - a) Congruencia de la justicia material que inspira la fijación del derecho con los requerimientos éticos y socioeconómicos de la sociedad cuyo tráfico jurídico se aspira a regular. Esto implica reconocer las relaciones entre la fijación y las circunstancias espirituales y sociales de la comunidad de que se trata. Lo que significa que para que la fijación sea exitosa debe coincidir la concepción sobre la manera en que deben organizarse las relaciones jurídicas, existente en la sociedad y la que inspira a la fijación.
 - b) Alto grado de perfección de la ciencia jurídica que da a la fijación su sustancia y de la técnica con que se la formula. Sólo de esta manera se satisfecerá efectivamente uno de los fines inmediatos perseguido por toda fijación jurídica, esto es, superar una situación de pluralidad anárquica de fuentes e instituciones. Conformar este elemento el que el grado de perfección científico y técnico del que se habla se ajuste a la naturaleza y estado de la cultura jurídica de la sociedad usuaria de

⁶² Ver por ejemplo: ZULETA PUCEIRO, Enrique. Razón y Codificación. Anuario de derecho civil (1977), en especial pp. 581 y sgtes.

⁶³ En esta sección se reproducirán las ideas emitidas por el profesor ALEJANDRO GUZMAN, *La fijación del derecho*. ob. citada, pp. 12-16.

la fijación o, por lo menos, con el de sus juristas.

- c) Relativa perdurabilidad de la fijación.
Este elemento implica que la fijación pueda regir en su totalidad durante un período más o menos prolongado sobre el completo sector jurídico para el cual fue concebido, sin sufrir reformas sustanciales ni sea necesario adicionarla con normas complementarias o especiales.
- ii. Condiciones que garantizan tales elementos:
- Existen ciertas condiciones históricas que por regla general garantizan los elementos constitutivos del éxito de una fijación del derecho.
- a) Sostenido trabajo de elaboración y creación científicas por parte de los juristas del derecho nacional.
- b) Obras epigonales que presenten los resultados parciales y dispersos del trabajo realizado por los juristas.
- c) Que la fijación sea elaborada y promulgada durante un período de estabilidad socio-económica.

2. Escuela histórica del derecho⁶⁴

La escuela histórica del derecho debe ser incluida dentro del amplio movimiento romántico historicista de principios del siglo XIX. Se desarrolla principalmente en Alemania y su máximo exponente es Savigny.

Esta escuela considera que lo jurídico es la manifestación inconsciente y espontánea del espíritu popular. Es por esto que debe respetarse la realidad social e histórica de cada pueblo.

Para que un ordenamiento jurídico pueda ser considerado como tal, debe necesariamente ser el resultado de una tradición histórica.

Existen dos ramas dentro de la escuela histórica del derecho, una se dedica principalmente a estudiar el derecho romano, y la otra, las costumbres de origen germano.

⁶⁴ ALEJANDRE GARCIA, ob. citada. GOA-NE, René M. El racionalismo jurídico y la escuela histórica del derecho. *Revista Jurídica*. Universidad de Tucumán (1970) N° 21 pp. 119-126. WIEACKER, ob. citada pp. 325 y sgtes. ZULETA. Enfoques actuales acerca de la escuela histórica del derecho. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires (1982) N° 10 pp. 459-476.

En una apretada síntesis podemos decir que los postulados más importantes de esta escuela son los siguientes:

a) Oposición al derecho natural

Se opone al derecho natural entendido este con un carácter de inmutable y de validez universal, ya que considera que el derecho se transforma según o en función de las circunstancias de cada pueblo.

b) Defensa de la costumbre

Como resultado de su concepción de lo jurídico, defiende a la costumbre como principal fuente del derecho, frente a la ley. La costumbre es la más fiel expresión de la conciencia popular.

c) Oposición a la codificación

Este postulado puede inferirse de los dos anteriores, sin embargo, se lo menciona por su importancia. Se opone a la codificación ya que esta significa la congelación del derecho, el que tiene como uno de sus caracteres esenciales el estar en permanente evolución.

3. La corriente positivista, proyección de la ideología racionalista: la escuela francesa de la exégesis⁶⁵

El derecho racional e ideal se ofrece como un nuevo *universum ius*, que se materializa en un derecho escrito. Esto significa la positivación de aquella doctrina, ajena a las instituciones vigentes y opuesta a la existencia de un derecho natural de inspiración y origen teológico.

La escuela francesa de la exégesis es la mayor representante del positivismo y de la tendencia a fijar el derecho positivo a través de codificación.

Sus principales fundamentos son los siguientes:

- a) Valor atribuido al hombre por ser el portador de la razón.
- b) Poder reconocido al legislador por cuanto a él le corresponde transformar esa razón en ley escrita e igual para todos.

⁶⁵ *Ibíd.*

Bonnacase identifica tres fases en el desarrollo de esta escuela: 1. De 1804 a 1830. Apogeo; 2. De 1830 a 1880; y 3. De 1880 a 1900. Decadencia.

Hernández Gil resume las características de esta escuela:

1. Únicamente se reconoce el valor del derecho positivo, el que se identifica con la ley. La fuente generadora del derecho es la doctrina científica elaborada a partir de la razón humana.
 2. Se reserva la labor de formular el derecho positivo al legislador. El intérprete no puede intervenir en esa actividad, a lo más puede buscar la intención del legislador.
 3. La búsqueda de tal intención conduce al descubrimiento del principio fundamental en que se inspirara el legislador al hacer las leyes. Esto a través del método deductivo.
 4. La identificación del derecho positivo con la ley conduce a negar todo valor a la costumbre como fuente del derecho independiente de aquella.
 5. Con la exclusión de la costumbre, el reducido papel de la jurisprudencia y de la doctrina se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal. Esto deja abierto el camino para que la ley se transforme en un trascendental instrumento de poder en manos del Estado.
4. *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*⁶⁶

Al dar un concepto de codificación señalámos que no se trata de un fenómeno histórico que se desenvuelva sólo en el continente europeo. Paralelamente con la desarrollada en dicho continente, existe una codificación hispanoamericana.

Ambas no son sino resultado de un mismo proceso, proceso en el que existen múltiples variantes, pero que no por ello ve afectada su unidad.

En la época en que se desarrolla la codificación en Europa, se encontraban vigentes en América dos derechos de origen europeo: el derecho castellano y el portugués, los cuales, y a lo largo del siglo XIX, también fueron codi-

ficados en los países de origen en que tenían vigor.

En cuanto a las relaciones entre ambas codificaciones, la europea y la hispanoamericana, es importante destacar la originalidad de esta última, la que contrariamente a lo que algunos consideran no se reduce a una simple adopción, con más o menos modificaciones, de los códigos dictados en Europa (sin perjuicio de que esto se haya producido en casos puntuales), sino que más bien estuvo orientada a la formación de códigos nuevos, en los que es innegable la influencia de los europeos, pero se trata de una influencia que no llega a convertirse en dependencia. Esto porque en su proceso de realización no se deja nunca de apreciar y considerar las peculiaridades del país de que se trata, país en que deberá regir eficazmente el nuevo código, ni de introducir importantes innovaciones si ello aparece como conveniente.

Queda de manifiesto la mencionada originalidad si se considera, por ejemplo, el hecho de que en la codificación hispanoamericana (principalmente en materia civil) es posible encontrar una mayor supervivencia de los antiguos derechos castellano y portugués, contrariamente a lo sucedido en las codificaciones desarrolladas en Europa, en los respectivos países de origen de tales derechos: España y Portugal. Países en los que, comparativamente, se deja sentir con más fuerza la influencia de la codificación francesa, en desmedro de la de su propio derecho hasta entonces en vigor.

"Los países hispanoamericanos participaron en la codificación conjuntamente con España y Portugal. No se limitaron, pues, a recibir códigos europeos o de corte europeo, como, por ejemplo, Japón, Siam o Turquía, sino que realizaron también su propia codificación. Esta codificación hispanoamericana forma una unidad con la codificación española y portuguesa y conjuntamente con ella está doblemente ligada a la europea. Por una parte, recae sobre un derecho europeo vigente en América y, por lo tanto, es similar a la codificación europea y, por otra, recoge y aprovecha la experiencia de la primera fase de esa codificación. No estamos, pues, ante un caso de dependencia cultural, sino de comunidad cultural entre Europa e Hispanoamérica"⁶⁷.

⁶⁶ BRAVO LIRA, ob. citada. DE LOS MOZOS, ob. citada pp. 135 y sgtes.

⁶⁷ DE LOS MOZOS, ob. citada pp. 104 y sgtes. GUZMAN. *La fijación...*, ob. citada pp. 91 y sgtes.

5. *Arranque del proceso codificador en Europa*

Es durante el siglo XVIII que aparece en Europa el fenómeno conocido como codificación. Lo hace en los países de Baviera, Prusia, Austria y en los territorios italianos de Toscana y Lombardía. Al comenzar el siglo XIX aparece en Francia, y es a partir de este momento en que comienza su período de mayor expansión a otros países. Los primeros códigos fueron elaborados en el seno del Antiguo Régimen, los textos franceses son resultado del nuevo espíritu triunfante luego de la Revolución.

- Baviera

A mediados del siglo XVIII se codifica el derecho penal (*Codex iuris bavarici criminalis*), el civil (*Codex iuris bavaricus civilis*) y el procesal civil (*Codex iuris bavarici judicialis*). El Código Penal, que no se encontraba acorde con el espíritu de la Ilustración, fue desplazado por otro en el siglo XIX, el Código Penal de 1813, de Feuerbach.

- Prusia

La primera en realizarse fue la codificación procesal, la que tiene como antecedente frustrado el *Project des Corporis Juris Fridericiani* cuyas dos primeras partes se publican entre 1749 y 1751. En 1781 se lleva a término el Código Procesal Civil. Una importancia mayor tiene la codificación civil, se realiza a partir de un proyecto que se difunde por Europa para que colaborasen en él los "juristas filósofos". En 1794 se culmina esta labor con el Derecho territorial general de los Estados reales prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*) o Código Civil.

- Austria

En 1768, durante el reinado de María Teresa, se promulga la *Constitutio Criminalis Theresiana*. Durante el reinado de José II se promulgan los códigos de Procedimiento Civil (*Civilgerichtsordnung*) en 1781; el Penal (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und*

derselben Bestrafung) en 1787 y el de Procedimiento Criminal (*Kriminalgerichtsordnung*) en 1788. En 1811 es finalmente promulgado el Código Civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch-A.B.G.B.*), esto luego de varias alternativas y de un importante proyecto del profesor de Derecho Natural, Martini.

- Italia

"El Código Leopoldino" (*Riforma della Legislazione criminale toscana*) de 1786 representa el hito más importante dentro de la codificación italiana. Este texto fue calificado por Tarrello como el primer Código Penal moderno. Con un estilo más conservador se intenta realizar otro en Lombardía, este último, que a diferencia del toscano mantiene la pena de muerte, no llega a entrar en vigor.

En 1865 se promulga el *Codice Civile*, texto que se construye a imitación del francés pero con gran influencia de la pandectística alemana.

- Francia

La codificación francesa no se encuentra vinculada al absolutismo ilustrado sino al triunfo de la soberanía popular y a la figura de Napoleón.

El símbolo de esta codificación es el Código Civil de 1804, cuyo texto inicial fue redactado por una comisión designada en 1800 por los cónsules y luego sometido a observaciones y sugerencias de los ciudadanos. Luego de discutirse el proyecto en el Consejo de Estado (donde se cuenta que el mismo Napoleón participa) el texto es aprobado por la Asamblea Nacional como *Code Civil des Français*, denominación sustituida ocasionalmente durante el siglo siguiente por la de *Code Napoleón*. Este código fue el principal modelo, y algunas veces literal, de los elaborados por otros países durante el siglo XIX. Luego fueron promulgados otros códigos, tales como el *Code de Commerce*, *Code de Procédure* y el *Code Penal*.

CAPÍTULO SEGUNDO:

ASPECTOS TÉCNICOS DE LA CODIFICACIÓN

La codificación es un fenómeno complejo pues abarca varios aspectos. Ya hemos estudiado los aspectos filosóficos, políticos y socioeconómicos, ahora estudiaremos los aspectos

ESCUADERO, ob. citada pp. 904-905. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Elementos de derecho civil*. Bosch Editor. 1988, pp. 67-68. MOTILLA, ob. citada pp. 555-559. WIEACKER, ob. citada pp. 292-320.

tos técnicos. Primero corresponde conocer ciertos antecedentes necesarios para su estudio (A). Luego analizaremos la codificación como técnica legislativa, ya que será ese el enfoque con que abordaremos el tema (B).

A. ANTECEDENTES NECESARIOS PARA EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TECNICOS DE LA CODIFICACION

Para analizar los aspectos técnicos de la codificación conviene previamente aclarar algunos conceptos, razón por la que en esta parte se tratará el tema de la técnica legislativa. Se esbozará un concepto de la misma para luego describir cuál es su contenido y cuáles sus objetivos. Posteriormente, se analizará de modo breve y esquemático qué aspectos comprende (1). Por último, nos referiremos a la crítica al derecho vigente en la época anterior a la codificación, pues esta es fundamental en su desarrollo y características técnicas (2).

1. *Técnica legislativa*⁶⁸

a) Concepto

En la actualidad la opinión dominante entiende que la técnica legislativa es una de las materias que integran la llamada Ciencia, teoría o doctrina de la legislación. Y que se refiere a la composición y redacción de las disposiciones o normas jurídicas, especialmente de

⁶⁸ La palabra "técnica" proviene de la latina *thechnicus* y esta a su vez de la griega, *significa cosa relativa al arte*. Arte proviene de: adaptar, combinar, acomodar, disponer... y significa *acción, creación, ardid, maña, primor, habilidad*. En un sentido general se ha entendido que el vocablo *técnica* corresponde a un conjunto de acciones o procedimientos cuyo objetivo principal es la utilización más adecuada y racional de determinados medios para la consecución de un fin. Implica el desarrollo de una actividad, la realización de una conducta encaminada a un fin, y es precisamente este fin el que viene a determinar los medios a utilizar, los principios rectores y las características que ha de tener la actividad desplegada para lograrlo.

La técnica legislativa presenta características propias impuestas por la naturaleza misma y específica de la labor legislativa. DE DIEGO FELIPE. *Técnica Legislativa Codificada*. Revista de Derecho Privado Año XXI N° 246, pp. 71 y 72. Enero-diciembre de 1934. Tapia Valdés, ob. citada, p. 57.

las leyes. Por extensión se la hace aplicable a otros documentos jurídicos que no tienen el carácter de normas, tales como las sentencias judiciales y los contratos.

En una primera aproximación podemos decir que su finalidad es la de perfeccionar la elaboración de las normas jurídicas en cuanto a su forma, a su texto, en definitiva, a la manera en que se expresa en palabras la decisión legislativa⁶⁹.

Existen autores que consideran que la técnica legislativa además se preocupa de la organización y del funcionamiento del órgano llamado a elaborar las leyes o poder legislativo (parlamento, institución es que actúen como tales), y así abarcaría materias como el sistema de discusión, departamentos de información, bibliotecas parlamentarias, coordinación entre los diferentes órganos que intervienen en el procedimiento legislativo, etc.

Distinguen entre técnica legislativa interna y externa, la segunda referida a este último aspecto señalado, y la primera, correspondiente a lo que la opinión dominante hoy entiende simplemente por técnica legislativa⁷⁰.

⁶⁹ CODERCH, Pablo Salvador. Elementos para la definición de un programa de Técnica Legislativa. En: *Curso de Técnica Legislativa* Gretel. Cuadernos y Debates N° 14. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 11. VERGARA BLANCO Alejandro. *La Técnica Legislativa*. En: Seminario El Proceso Legislativo en Chile. Santiago. Ceal Universidad Católica de Valparaíso, 1990. p. 103 y 104.

⁷⁰ Este grupo de autores consideran a la tl como una especie dentro de la técnica jurídica. Sus opiniones y concepciones sobre esta última son bastante dispares, para algunos corresponde a la elaboración científica del derecho en oposición a la espontánea por el pueblo, otros la entienden referida a la realización formal del derecho, ocupándose de la manera en que este debe originarse y establecerse para que sus reglas (cualquiera sea su contenido) puedan aplicarse de manera rápida y sencilla; existen quienes la oponen a la ciencia jurídica y en este caso su objeto es el de adaptar, concretar a las situaciones de hecho consideradas por las normas los principios formulados por esta. De igual modo los diversos autores proponen sus propias clasificaciones o divisiones de la técnica jurídica, sin embargo, en el fondo se puede identificar dos grandes ramas, la que se refiere a la creación o formulación del derecho y la que apunta a su realización. En la mayoría de los casos la primera de ellas es denominada técnica legislativa. En cuanto a su contenido la coincidencia entre los autores es casi total. Para mayor información ver: VELA, Fernando. *Abreviatura del*

En adelante, al hablar de técnica legislativa (tl) nos referiremos al concepto más restringido de la misma y que corresponde a la tl interna del grupo de autores mencionados.

b) Objeto o contenido y finalidades

Dentro de la tl es posible identificar varias partes, una general y otras especiales.

La *parte general* presenta dos ramas bien diferenciadas, aquella que se preocupa del *lenguaje legal* y otra que se relaciona con la estructuración o composición y sistemática de las disposiciones jurídicas.

Las *partes especiales* establecen según el tipo de disposición de que se trate (leyes modificatorias, procesales, sancionadoras etc.) criterios propios y específicos de tl⁷¹.⁷²

Dijimos que la tl busca perfeccionar, mejorar la formulación de las normas jurídicas en cuanto a su texto y podemos agregar ahora que este es su objetivo inmediato. Pero es su fin último el lograr que tales normas resulten *eficaces* y *convenientes*. La eficacia dice relación con su grado de cumplimiento y la conveniencia con su capacidad para realizar los cometidos estatales que mediante su formulación se pretende contribuir a lograr, es decir, si se trata o no de instrumentos idóneos para generar los efectos previstos y deseados⁷³.

Espíritu del Derecho Romano de R. Von Ihering, Madrid. Revista de Occidente. DE DIEGO, Felipe, ob citada. BIELSA, Rafael. *La metodología jurídica*. Santa Fe. Librería y Editorial Casteilví. 1960. MEEHAN H. José. *Teoría y técnica legislativa*. Buenos Aires. Editorial Depalma. TAPIA VALDES, ob. citada.

⁷¹ CODERCH, ob. citada p. 19.

⁷² Se sigue este esquema conceptual por corresponder a la opinión más moderna y porque a pesar de las diferencias de denominación no las hay sustanciales con lo sostenido por quienes hablan de tl interna. Se hace notar que estos últimos no identifican claramente las llamadas partes especiales de la tl, lo que no implica una diferencia sustancial si se considera que estas lo que hacen es acotar, concretar lo establecido con el carácter de universal (aplicable a todas o la gran mayoría de las normas jurídicas) por la parte general de la misma. Para ellos, lo relativo al lenguaje legal es abarcado por aquellas ramas de la tl interna que se refieren al estilo de las leyes y a los elementos técnico-jurídicos, y lo relacionado con la estructuración de las normas lo es por aquella que se refiere a las partes de la ley.

Es verdad que además de los factores relativos a la tl la eficacia y conveniencia de las normas jurídicas dependen de otros factores, tales como aquellos relativos a su legitimidad y mérito. Sin embargo, es indudable que el grado de perfección técnica de una norma influye decisivamente en su cumplimiento y en su aptitud para llevar a cabo los objetivos perseguidos con su dictación.

c) Diversos aspectos de su contenido u objeto⁷⁴

El *lenguaje legal* corresponde a la parte del *lenguaje natural* en que se expresa la legislación de que se trata⁷⁵. La parte de la tl que se ocupa de su estudio trata, entre otros temas, los relativos al orden y coordinación de los distintos elementos de la oración, nominalizaciones, puntuación, tiempos verbales, requisitos de contenido y forma para la elaboración de las normas (los primeros referidos a las características del lenguaje que debe utilizarse, y los segundos, a la configuración, visualidad y presentación de las normas)⁷⁶.

En síntesis, trata los temas relativos a las características del lenguaje legal y aquellos relativos a las normas gramaticales que deben observarse al elaborar las disposiciones jurídicas, en especial las que se refieren a la sintaxis.

La *estructuración legal* (composición y sistemática) corresponde a la *forma y estructura* de las normas jurídicas, es decir, el orden y distribución de sus partes. Su estudio y análisis tiene como presupuesto el considerar los dos planos en que se desarrolla el ámbito de las normas jurídicas. Uno de ellos, superior, constituido por el *ordenamiento jurídico* del que la norma de que se trate pasa a formar parte, y otro inferior, constituido por el artículo, unidad básica de división de las normas. El objetivo buscado es encontrar la mejor manera de conciliar ambos planos⁷⁷. Así se refiere a temas como el título de las normas, su parte dispositiva, final y la sistemática y división de las normas jurídicas⁷⁸.

⁷³ MEEHAN, ob. citada pp. 65 a 73.

⁷⁴ En este trabajo sólo nos referiremos a la llamada parte general de la tl y no a sus partes especiales.

⁷⁵ CODERCH, ob. citada. p. 20.

⁷⁶ *Ibid.* pp. 21 a 27.

⁷⁷ *Ibid.* p. 28.

⁷⁸ *Ibid.* pp. 30 a 34.

2. *Crítica al derecho vigente en la época anterior a la codificación*

Al hablar del presupuesto fáctico de la codificación dijimos que está constituido por el estado de las fuentes del derecho en la época que la precede. En síntesis, podemos decir que tal situación era de incertidumbre y confusión. Lo anterior, debido a la crisis del derecho común (especialmente del derecho romano, su principal elemento), al fraccionamiento normativo causado por la multiplicidad de costumbres locales, de fueros territoriales y personales, en fin, debido a la proliferación de gran cantidad de leyes⁷⁹.

Esta situación fue denunciada y criticada por numerosos autores de la época, y es que la codificación como toda fijación fue precedida de un importante e intenso movimiento de crítica del derecho vigente⁸⁰.

En Europa la crítica al derecho vigente se inicia en el siglo XVI. En un primer tiempo es realizada por juristas que emiten su opinión al respecto dentro de una obra sobre algún tema de derecho (en el preámbulo, por ejemplo), luego, llega a convertirse en un verdadero género autónomo dentro de la literatura jurídica. Así se escriben libros específicos destinados a dejar de manifiesto los vicios del derecho en vigor y criticarlo.

El primero en escribir un libro específico sobre el tema fue François Hotman, en 1557 (*Antiribonien ou discours sur les loix*), libro de gran influencia posterior y que sirve de modelo a obras similares⁸¹.

Gran importancia tiene la literatura de este tipo publicada por autores alemanes, españoles, italianos y portugueses⁸².

La crítica se dirige principalmente al derecho romano (núcleo del derecho vigente en la época), sin embargo, algunos autores la dirigen también al derecho real. Desde los últimos siglos de la Edad Media este va teniendo cada vez más importancia, pues numerosas son las

normas que se dictan, las que ocupan el primer lugar en el orden de prelación de las fuentes. La inflación legislativa agrava aún más la situación, situación que se intenta mejorar mediante la realización de compilaciones o recopilaciones generales de leyes, las que, sin embargo, no logran su objetivo ni satisfacer las exigencias de la época en torno al derecho.

Ilustrativo resulta en este punto la crítica desarrollada por Martínez Marina en su "Juicio crítico a la Novísima Recopilación" española.

"Anacronismos, errores y falta de exactitud en las citas de los autores de las leyes y de los documentos de donde se tomaron.

Leyes forjadas de documentos contrarios y opuestos entre sí mismos o citados inoportunamente y en perjuicio de la claridad de la ley, atribuidas a reyes que nada resolvieron sobre el asunto o resolvieron lo contrario.

Leyes anticuadas y de ningún uso en nuestros días por haber cesado las causas, fines y objeto de su publicación.

Leyes repetidas, redundantes y superfluas. Confusa mezcla de las leyes vivas y muertas, derogantes y derogadas, y que en todo o en parte chocan y se contradicen en sus disposiciones.

Leyes cerradas, interpoladas y no conformes con las originales de donde se tomaron.

Leyes que no merecen este nombre, y solamente contienen amonestaciones, recuerdos, encargos, declaraciones y providencias particulares, decretos temporales y órdenes ceñidas a asuntos, casos y personas determinadas.

Leyes que atendida su materia, objeto y estilo son impropias y ajenas del Código nacional.

Leyes omitidas y que se echan de menos en la Novísima Recopilación.

*Falta de orden y método"*⁸³.

La crítica al derecho vigente puede revestir dos caracteres y según esto es que se le denomina crítica externa o interna⁸⁴.

⁷⁹ Ver cap. I A.2. Estado de las fuentes del derecho en el período anterior a la codificación.

⁸⁰ GUZMAN BRITO, A. B. *Codificador*, T. I p. 117. Guzmán señala que la crítica al derecho vigente forma parte de la fijación entendida como actividad o proceso en oposición a la fijación entendida como resultado (cuerpo fijador).

⁸¹ *Ibíd.* p. 129.

⁸² *Ibíd.* pp. 129 y 130. Aparece una nómina con los nombres y obras más significativos.

⁸³ Cita tomada de la realizada en ALEJANDRE GARCIA, ob. citada. pp. 119-120. En este libro es posible encontrar un comentario sobre este texto normativo.

⁸⁴ GUZMAN, A. B. *Codificador*, ob. citada, p. 117.

La primera se refiere a los vicios de forma, exterioridad o apariencia del ordenamiento jurídico; la segunda apunta a las "incongruencias de los principios y soluciones del derecho criticado y de la institucionalidad por él amparada con principios, soluciones e instituciones consideradas como ideales o valorativamente superiores, con los usos y costumbres de un tiempo sobrevenido, con una nueva moral, etc."⁸⁵.

A nosotros nos interesa únicamente la crítica externa pues ella se refiere a los aspectos abarcados por la técnica legislativa⁸⁶. La crítica externa denuncia vicios como los siguientes:

- Pluralidad o multiplicidad de fuentes⁸⁷
- Multitud de glosas y comentarios a las normas.
- Gran cantidad de leyes extravagantes a los cuerpos normativos.
- Oscuridad, complicación, contradicción, incoherencia y desorden.
- Falta o ausencia de lógica en la constitución y formulación de las normas y cuerpos que las reúnen.
- Antigüedad y vicios en el lenguaje.

Todos estos vicios tienen nefastas consecuencias, tales como: dificultad en la localización de las normas y en su conocimiento, desuso de amplios sectores del derecho, etc. La crítica apunta a señalar que el estado de las fuentes del derecho influye decisivamente en la deficiente organización de los tribunales, en las falencias de los procedimientos, en definitiva, en la mala administración de justicia.

Con los códigos se pretende poner fin a los vicios descritos y a sus consecuencias, imponiendo seguridad y certeza en las relaciones jurídicas.

B. LA CODIFICACION COMO TECNICA LEGISLATIVA

Con la codificación se produce una reforma trascendental en materia de técnica legislativa. Surge una peculiar forma de presentar lo jurídico, de formular las disposiciones legales.

Surge el código. Es por esto que al estudiar las innovaciones introducidas por la codificación como técnica legislativa (I) se expondrán algunos conceptos y definiciones de código (a), luego, las diferencias entre este y otros tipos de cuerpos fijadores. Para con todos estos elementos determinar sus características (b).

Finalmente, ofreceremos un esquema explicativo y analítico de las innovaciones en esta materia (2).

1. *Innovaciones introducidas por la codificación en materia de técnica legislativa*

1a. Código: conceptos y definiciones

Es en el código donde se reúnen las innovaciones introducidas por la codificación en materia de técnica legislativa. Más precisamente, son los códigos, es el código como cuerpo fijador del derecho la gran innovación de la codificación. He aquí algunos conceptos y definiciones:

- a) *Diccionario de la Real Academia Española*. "Cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático"⁸⁸.
- b) *Albaladejo*. "Conjunto de disposiciones ordenadas sistemáticamente, que de un modo completo y unitario regula una materia"⁸⁹.
- c) *Escudero*. "Regulación sistemática de una determinada rama del derecho, de acuerdo con los principios que sus redactores estiman oportunos, en un libro ordenado en capítulos y artículos, entre sí relacionados e interdependientes"⁹⁰.
- d) *Guzmán*.
 - i. "Libro sistemático del derecho, cons-truido con materiales de diversa procedencia pero refundidos en una unidad"
 - ii. "Cuerpo sistemático no recopilador de leyes preexistentes sino de materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva"
 - iii. "Cuerpo legal sistemático, axiomático, unitario y refundido"⁹¹.

⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima edición. 1984. Tomo I. a-g.

⁸⁹ ALBALADEJO, Manuel. *Curso de derecho civil español*. Tomo I. Introducción y parte general. Barcelona. Librería Bosch. Editorial Cometa S.A., p. 34.

⁹⁰ ESCUDERO, ob. citada, p. 901.

⁹¹ GUZMAN BRITO. *Codex*, ob. citada. pp. 138- 139- 143 y 144.

⁸⁵ *Ibíd.* pp. 117-118.

⁸⁶ Ver Cap. II A.1. Técnica legislativa.

⁸⁷ Sin lugar a dudas el vicio más denunciado y criticado y al que se le atribuye mucha importancia.

- e) *Lacruz*. "Sistema de reglas orgánicamente subordinadas y coordinadas, con pretensiones de generalidad y plenitud, agrupadas por institutos y redactadas en forma escueta y concisa; escritas todas en una misma época y para una misma obra"⁹².
- f) *Nicolau*. "Cuerpo que contiene las claves de una rama del derecho dispuestas ordenadamente y de las que pueden ir deduciéndose otras reglas. Contiene principios generales que sistemáticamente, en su mismo seno, van obteniendo concreción en normas particulares, con remisiones excepcionales a otros ordenamientos normativos. Un código, para ser tal, debe sistematizar las instituciones de la disciplina respectiva"⁹³.
- g) *Salvat*. "Cuerpo de disposiciones referentes a una rama especial que reglamenta lo referente a la familia, la propiedad, etc."⁹⁴

1b. Diferencias entre códigos y otros cuerpos fijadores. Características

En la época anterior a la codificación se intentó remediar la situación de las fuentes del derecho mediante la confección de Recopilaciones⁹⁵, fijaciones que pueden ser definidas como una "colección de disposiciones de diferentes procedencias y tiempos, que se reúnen y ordenan con criterios que pueden variar (por materias, cronológicamente, etc.) pero que conservan su individualidad, no llegando a formar un verdadero organismo y careciendo, por ello, de unidad interna"⁹⁶.

⁹² LACRUZ, ob. citada p. 65.

⁹³ NICOLAU Noemí L. Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del derecho privado argentino. El derecho. Universidad Católica de Buenos Aires (9-6-88) T. 128, a p. 752.

⁹⁴ SALVAT, Raimundo. *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general. Tomo I. Buenos aires. 1964.

De codificación se ha dicho: "Una codificación es la reunión de todas las leyes de un país, a las que se refieren a una determinada rama jurídica, en un sólo cuerpo, presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo".

Sánchez Román. Citado por Díez-Picazo. *Sistema...*, ob. citada p. 49.

⁹⁵ Ver 4.2 Crítica al derecho vigente en la época anterior a la codificación.

⁹⁶ ALBALADEJO, ob. citada p. 34.

Una recopilación o compilación de leyes presenta las siguientes características: 1) El material jurídico preexistente que recoge es especialmente, pero no únicamente, legislativo; 2) Las disposiciones que contiene conservan cada una su individualidad, valor y eficacia; 3) Se trata de disposiciones en su mayoría casuísticas y particulares, esto como consecuencia de que fueron pensadas teniendo a la vista un caso concreto; 4) Tales disposiciones se agrupan según distintos criterios (personal, cronológica o tópicamente); 5) Comprende todo el derecho, el que se ofrece unitariamente; 6) No pretende introducir innovaciones sino agrupar el derecho existente⁹⁷.

Luego de conocer distintos conceptos y definiciones de código y de establecer los rasgos más importantes de una recopilación, podemos ya apreciar las diferencias entre ambos y establecer que un código es una fijación del derecho (cuerpo fijador) que presenta las siguientes características técnicas principales:

- 1° Recoge materiales jurídicos preexistentes de diversa naturaleza y procedencia⁹⁸.
- 2° Tales materiales jurídicos son reelaborados y reformulados dando origen a nuevas disposiciones, redactadas en forma clara y precisa, que conforman una unidad⁹⁹.

⁹⁷ ALBALADEJO, *Ibíd.* LALINDE, ob. citada p. 184. LACRUZ, ob. citada. p. 65.

⁹⁸ Existen autores que sostienen que los códigos no recogen material jurídico anterior y que este, en todo caso, les serviría exclusivamente de elemento informativo. LALINDE, ob. citada p. 184. Creemos que la opinión correcta es la sostenida por Guzmán, señala que los códigos recogen material legislativo proveniente del derecho romano y de los respectivos derechos nacionales. Agrega que la originalidad de la codificación no consiste en haber recogido material legislativo nuevo sino en el tratamiento que se da al material preexistente. GUZMAN, *La fijación...*, ob. citada, p. 79 y 80. En este mismo sentido, LACRUZ, ob. citada p. 67.

⁹⁹ Desde un punto de vista externo es posible apreciar esta característica si se repara en que en el código las diferentes fuentes recogidas pierden toda individualidad, ya no es más posible identificar una de otra, ya sea por ejemplo: cronológicamente (por su fecha de dictación o publicación) o por las leyes de donde se tomó su contenido, dato que proporcionan las recopilaciones. Los materiales jurídicos recogidos son reelaborados y refundidos de acuerdo a los presupuestos filosóficos e ideológicos inspiradores de la obra codificadora. de este modo, surgen nuevas disposiciones.

- 3° Las disposiciones que contiene se ordenan sistemáticamente y suelen organizarse en capítulos y artículos, entre sí relacionados e interdependientes.
- 4° Regula de un modo completo una determinada materia¹⁰⁰.
- 5° Alcanza vigencia en cuanto tal, como cuerpo fijador¹⁰¹.

2. *Síntesis de las innovaciones en esta materia*

Las principales innovaciones introducidas por la codificación en materia de técnica legislativa responden a dos valores, los que se busca realizar a través de los códigos. Su prosecución es la que en definitiva viene a determinar sus características técnicas. Tales valores son la simplificación y la sistematización del derecho. El primero, actúa en materias propias de la parte de la técnica legislativa denominada Lenguaje legal, y el segundo, en aquellas a las que se refiere la Estructuración o composición de las disposiciones jurídicas¹⁰².

La simplificación y sistematización del derecho buscan reducir al máximo las posibles dudas o equivocaciones sobre cuáles son las disposiciones jurídicas que regulan una materia, cuál es su real sentido y alcance, facilitar su conocimiento y hacer que su manejo sea más sencillo y rápido¹⁰³. En definitiva, apuntan al logro de la certeza o seguridad en las relaciones jurídicas. Son expresados por los códigos del siguiente modo:

a) Simplificación del derecho

Para una mayor comprensión se transcriben algunos textos de la Novísima Recopi-

¹⁰⁰ Es lo que se ha llamado pretensión de integridad o de suficiencia. Se pretende poder dar soluciones o resolver todos los problemas que puedan plantearse, incluso aquellos casos que no estén expresamente previstos en el texto, esto acudiendo a los llamados principios generales de la materia de que se trate, que el código contiene.

Desde otra perspectiva, esta característica implica que con la dictación del código toda disposición anterior sobre la materia pierde vigencia.

¹⁰¹ Ver cap. I. A.1.II. Código b) concepto dogmático.

¹⁰² Ver cap. II A.1. Técnica legislativa. b) objeto o contenido.

¹⁰³ DIEZ-PICAZO. *Sistema...*, ob. citada p. 50. *Experiencias jurídicas...*, ob. citada pp. 158 y 159. MOTILLA, ob. citada, p. 547.

lación, de las Leyes de Toro y de Las Siete Partidas. Se propone el siguiente ejercicio, luego de leerlos tomar cualquiera de nuestros códigos y leer un par de artículos o simplemente traer a la memoria el artículo 1° de nuestro Código Civil, por ejemplo.

i) Novísima Recopilación. Libro III. Título II. De las leyes.

Ley I. Leyes 2, 3, 4 tit. 2. Lib. I del Fuero Juzgo; y leyes I y 2°. tit. 6 Lib. I del Fuero Real.

- Cualidades de las leyes, y sus efectos.

La ley ama y enseña las cosas que son de Dios; y es fuente y enseñamiento y maestra de derecho y de justicia; ordenamiento de buenas costumbres, y guiamiento del pueblo y de su vida; y su efecto es mandar, vedar, punir y castigar: y es la ley común así para varones como para mujeres, de cualquier edad y estado que sean, y es también para los sabios como para los simples, y es así para poblados como para yermos; y es guarda del Rey y de los Pueblos. Y debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella reciba engaño, y que sea conveniente a la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa (ley I. tit. 1. Lib. 2. R).

Ley II. Ley 5. tit. 2. Lib I del Fuero Juzgo; y leyes 3 y 4 tit. 6. Lib I del Fuero Real.

- Razón y fin por qué se establecieron las leyes.

La razón que nos movió a hacer leyes fue, porque por ellas la maldad de los hombres sea refrendada, y la vida de los buenos sea segura, y por miedo de la pena los malos se excusen de hacer mal. Y establecemos, que ninguno piense mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; casi hiciere contra ley, que no se pueda excusar de culpa por no saber (ley 2. tit. 2. Lib. 2. R).

ii) Ley 11 de Toro

Porque no se pueda dudar cuáles son hijos naturales, ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascrieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres sin dispensación, con tanto, que el padre lo reconozca por su hijo,

puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; la concurrando en el hijo las cualidades susodichas, mandamos, que sea hijo natural. (Ley, 9, tit. 8, Lib. 5 R).

iii) Las Siete Partidas

Tercera Partida

Título XXIX. De los tiempos porque ome pierde las fus cofas, tambien muebles como rayzes.

Ley. III. Quales cofas fon llamadas muebles, e como fe pueden perder por tiempo. Muebles fon llamadas todas las cofas que los omes pueden mouer de vn lugar a otro. E todas las que fe pueden ellas por fi mouer naturalmente: e las que los omes puede mouer de vn lugar a otro, fon afsi como panos; o libros, o ciuera, o vino, o olio, e todas las otras cofas femejantes destas. E las que fe mueuen por fi naturalmente fon afsi como los caualllos, e los mullos, e las otras bftias, e ganados, e aues, e las otras cofas femejantes. E porende dezimos que toda cofa mueble que non fea furtada, for cada, o robada, que fe puede ganar por tiempo, tambien ella como los otros frutos, e las rentas que della falieffen, mas fi fueffe furtada, o forcada, o robada non fe podria ganar por tiempo, nin ella, nin los frutos, ni las rentas que falieren della.

Ley. IX. Por quanto tiempo puede ome ganar las cofas muebles, e que ha menester para ganar las.

Or tiempo queriendo ganar algun ome cofa mueble ha menester primeraméte que aya buena fe en tenerla, e que la aya por alguna derecha razon. Afsi como por compra, o por donadio, o por cambio, o por otra razon femejate destas. E aun demas desto que cra que aquel de quien la ouo por agúas destas razones fobre dichas, que era fuya, e que auia poder dela enagenar. E aun le ha menester que fea tenedor della por fi mismo, o por otri q la tenga en fu nóbre continuadamente tres años a lo menos, e teniendo tanto tiempo afsi como fobredicho es: gana el fenorio della, e maguer despues dello vinieffe el feñor della a deádar la nó deue fer oydo fueras ende fi el feñor de la cofa quifieffe prouar q le fuera furtada, o robada, o forcada.

La simplificación se expresa del siguiente modo:

- Los códigos contienen sólo normas legislativas y estas son el resultado de un proceso de reelaboración y reformulación de los materiales jurídicos que cada código recoge.
- La reelaboración y reformulación de tales materiales jurídicos (que sirven como fuente) se hace de manera de regular las distintas materias con el menor número de normas posibles y procurando que las disposiciones estén formuladas con claridad.
- El estilo en que están formulados los códigos es sobrio, no es persuasivo, no es amenazante, no explica el porqué ni señala finalidades, se limita a establecer las disposiciones jurídicas. El lenguaje utilizado es somero, lacónico, con carácter lapidario o, por lo menos, comprimido.
- Es con el afán de lograr una mayor claridad que se utiliza la estructura de describir el supuesto y luego señalar la consecuencia jurídica querida por el legislador.
- Como resultado de la búsqueda de simplificar el ordenamiento jurídico en oposición a la anarquía de fuentes del período anterior, es que se tiende a la exhaustividad en la regulación de cada ámbito o sector jurídico¹⁰⁴.

b) Sistematización del derecho

Se abandona el casuismo y particularismo de las recopilaciones, pues el derecho se entiende, estudia y expone a partir de la noción de sistema, sistema axiomático-deductivo¹⁰⁵:

¹⁰⁴ Ver Características de un código en este mismo capítulo, 1.b). Es importante hacer notar que esta característica de los códigos suele ser considerada consecuencia no sólo del afán simplificador del sistema jurídico sino también de que con ellos se pretende imponer determinados valores, que reflejan las nuevas concepciones e ideales de vida, derecho y justicia.

¹⁰⁵ El derecho en tanto sistema es entendido como un conjunto de proposiciones, unas con el carácter de axiomas (principios evidentes e indemostrables que son extraídos racionalmente a partir de la observación de la naturaleza humana), otras, deducidas progresivamente de las primeras, proposiciones cada vez más particulares. Todas ellas interrelacionadas (premisa-consecuencia). Es esta concepción del derecho la que es reproducida lite-

- Se confeccionan distintos códigos para cada materia, conteniendo cada uno de ellos los principios y reglas fundamentales de la materia de que se trata.
- El cuerpo del código se ordena en grupos de disposiciones (generalmente libros, capítulos y artículos) relacionados entre sí. De este modo, el código se divide y subdivide según sea necesario de acuerdo a los distintos temas que abarca la materia regulada. Las relaciones entre los distintos grupos de disposiciones, desde el artículo al código considerado como unidad, son básicamente de subordinación, dependencia o de coordinación.
- Las soluciones a los casos que se planteen se obtienen mediante un proceso de razonamiento lógico conforme a las disposiciones del código.

La simplificación y sistematización del derecho llevada a cabo con la codificación responden a un afán de racionalización de la actividad jurídica¹⁰⁶; afán que refleja en el orden de lo jurídico el proceso de racionalización que afectó desde comienzos del Renacimiento, con mayor o menor intensidad, a unas primero a otras después, a diversas actividades o ámbitos. Así por ejemplo, la implantación del método experimental en la actividad científica o el surgimiento del Estado moderno en el orden de la política, expresan la racionalización desarrollada en tales actividades¹⁰⁷.

CONCLUSIONES

I. *De la codificación en general*

- Al estudiar la historia del derecho se puede observar que en ciertos momentos los pueblos han sentido la necesidad de emprender una tarea ordenadora de las normas jurídi-

ralmente en los códigos. Ver Cap. I B. 1. Aspectos filosóficos. GUZMAN BRITO. *La fijación...*, ob. citada pp. 75 a 79. Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XC-Nº 2-1993. pp. 39-62.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO. *Sistema...*, ob. citada p. 50, *Experiencias jurídicas*, ob. citada p. 154. MOTTILLA, ob. citada p. 547.

¹⁰⁷ FREUND, Julien. *La crisis del Estado. Política*. Septiembre 1982. Universidad de Chile, Santiago, p. 10.

cas que los rigen, diversos han sido los motivos, inspiraciones, circunstancias y resultados pero en el fondo late el mismo fenómeno, la fijación del derecho.

- Codificación es aquella fijación del derecho que se desarrolla en la mayoría de los países que integran el llamado mundo occidental, a partir del siglo XVIII y que se prolonga hasta nuestros días.
- Es un fenómeno complejo en el que concurren circunstancias y factores de variada índole. Los que se encuentran íntimamente relacionados. De este modo, podemos hablar de presupuesto fáctico del fenómeno codificador, aspectos filosóficos, políticos, socioeconómicos y técnicos.
- Representa una determinada forma de concebir el derecho, que no es sino el reflejo y aplicación de la mentalidad general de la época en el ámbito de lo jurídico. En sus inicios corresponde al intento de introducir en los ordenamientos jurídicos ciertas concepciones filosóficas, políticas, sociales, económicas, en fin, por una parte reflejar y por otra contribuir a la ejecución de los nuevos esquemas e ideales de vida y justicia de la época. Paralelamente y en cierta medida como consecuencia de sus presupuestos filosóficos e ideológicos, implica una peculiar forma de presentar lo jurídico, un nuevo estilo jurídico con el que se intenta tecnificar, simplificar, en definitiva, racionalizar el mundo del derecho.

II. *Aspectos filosóficos*

- Es el resultado del encuentro entre dos corrientes de pensamiento: el derecho natural racionalista y la Ilustración. La primera es el intento de solución de una de las problemáticas permanentes dentro de la especulación europea, precisamente la relativa al derecho natural; la segunda implica un nuevo modo de sentir la vida, que busca la realización de profundos cambios sociales.
- El derecho natural racionalista considera que la sociedad humana está regulada por un conjunto de leyes racionales, leyes de la naturaleza, fijas, inmutables y, por lo tanto, totalmente ajenas al cambio histórico. Tales leyes pueden ser conocidas por la razón humana, aún más, es su deber descubrirlas. Distingue entre estado natural y estado civil, en el primero no existe organización política ni derecho positivo, todos los

hombres gozan de la más absoluta libertad, produciéndose graves conflictos que ponen en peligro hasta la conservación de la existencia. El estado civil es consecuencia de la unión (pacto social) entre los hombres para formar la sociedad y organizarla políticamente. Su característica principal es la positivación de los derechos innatos, conjunto de exigencias que emanan de la naturaleza del hombre, que de ser una exigencia meramente racional pasan a convertirse en verdaderos derechos que la autoridad política debe garantizar y, junto con todos los miembros del estado civil, respetar.

- Es la ilustración la que crea el clima propicio para que surja el fenómeno codificador. No designa a una determinada escuela filosófica sino más bien a una corriente de pensamiento cuyos contornos son difíciles de precisar, pero que se ha descrito como una mentalidad, una tendencia o un espíritu que impregna los distintos sectores del pensamiento de la época. Toma del derecho natural racionalista los elementos que constituyen las bases de su doctrina jurídica. En síntesis, son dos sus ideas fundamentales: afirmación de los derechos del hombre; y predominio de la ley sobre las demás fuentes del derecho.

III. Aspectos políticos

- Los nuevos planteamientos políticos se relacionan doblemente con la codificación, por una parte, influyen en ella, y por otra, es la codificación la que tiene una gran importancia en su desarrollo y concreción. Estos nuevos planteamientos pueden resumirse en que se produce una reformulación de los derechos y deberes del hombre (en tanto ser político) y de la estructura y características de la organización política de la sociedad, que en la época se concretiza en el llamado Estado moderno. Se establece que todos y cada uno de los hombres es titular de ciertos derechos inherentes a su naturaleza, anteriores y superiores a toda autoridad, la que en ningún caso puede desconocerlos. Por su parte, se determina que el Estado es fruto de una convención entre los hombres por la que se organiza la convivencia social y política, y que es de la esencia del Estado el estar al servicio de los individuos. En la práctica, estas nuevas tendencias comienzan a concretarse en las

llamadas "monarquías ilustradas" representantes del despotismo ilustrado, y en Francia posrevolucionaria, donde alcanzan un mayor desarrollo, que representa la ilustración liberal y democrática (por lo menos en los textos normativos).

IV. Aspectos socioeconómicos

- La codificación refleja y está en íntima relación con los intereses de la burguesía como clase social, grupo revolucionario mientras deseaba cambiar el orden de cosas establecido y que le era adverso, pero que una vez que logra triunfar se transforma en una clase conservadora que busca asegurar lo conseguido, lo que lleva a cabo mediante la consagración legal, en los códigos, de los principios de la nueva sociedad, la sociedad burguesa. Principios que pueden ser resumidos en la defensa de la propiedad privada, de la libertad y de la igualdad.

V. Aspectos técnicos

- La técnica legislativa (tl) es aquella rama de las ciencias de la legislación que se ocupa de la formulación (composición y redacción) de las normas jurídicas. Su objetivo inmediato es el de perfeccionar tal formulación (texto normativo), es decir, mejorar la manera en que la decisión legislativa se expresa en palabras. Esto con el fin de contribuir a la obtención de un grado mayor de eficacia y conveniencia de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se divide en parte general y partes especiales. La parte general estudia lo relativo al lenguaje legal y la estructuración de las normas jurídicas, las partes especiales establecen criterios propios de tl según el tipo de norma de que se trate.
- La codificación como toda fijación fue precedida por un intenso e importante movimiento de crítica del derecho vigente. Esta crítica puede revestir dos caracteres y según esto se le denomina crítica externa o interna. Es la crítica externa la que se refiere a aspectos de técnica legislativa denunciando vicios de forma, exterioridad o apariencia del ordenamiento jurídico.
- Entre ellos se encuentran la multitud de leyes (el vicio más denunciado), su complicación, deficiencias en el lenguaje, falta de

lógica en la construcción y formulación de las normas y de los cuerpos que los reúnen, etc.

- Con la codificación se produce una reforma trascendental en materia de técnica legislativa. Surge el código, cuerpo fijador del derecho que significa y reúne las innovaciones introducidas en esta materia. Código puede definirse como "libro sistemático de derecho, construido con materiales de diversa procedencia pero refundidos en una unidad nueva que de un modo completo y unitario regula una materia". Sus características principales son las siguientes: 1) reúne materiales jurídicos de diversa naturaleza y procedencia; 2) tales materiales son reelaborados y reformulados dando origen a nuevas disposiciones, redactadas en forma clara y precisa, que conforman una unidad; 3) las disposiciones que contiene se ordenan sistemáticamente y suelen organizarse en capítulos y artículos, entre sí relacionados e independientes; 4) regula de un modo completo una determinada materia; y, 5) alcanza vigencia en cuanto tal (como cuerpo fijador).
- Las innovaciones introducidas por el Código en materia de técnica legislativa responden a la prosecución de dos valores: 1) simplificación y 2) sistematización del derecho.
- La simplificación y sistematización buscan reducir al máximo las posibles dudas o equivocaciones sobre cuáles son las disposiciones jurídicas que regulan una materia, cuál es su real sentido y alcance, facilitar su conocimiento y hacer que su manejo sea más sencillo y rápido, logrando imponer certeza y seguridad en las relaciones jurídicas.
- Responden a un afán de racionalización de la actividad jurídica. El que refleja en este ámbito el proceso de racionalización que afectó desde comienzos del Renacimiento a diversas actividades.

COMENTARIOS FINALES

Aun cuando pueda significar una digresión, pues implica apartarse de lo que estrictamente se ha definido como el objetivo de este trabajo —ofrecer una visión general y global del fenómeno codificador— no quisiéramos terminar sin llamar la atención sobre los siguientes puntos:

1. Al iniciar el estudio de la codificación señalamos que se trata de un fenómeno complejo y que como tal comprende varios aspectos, nos parece importante recalcar ahora esta característica y el que tales aspectos se encuentran íntimamente relacionados, ejerciendo influencias unos sobre otros. Las características técnicas del código son en gran medida consecuencia del caótico estado de las fuentes del derecho en el período anterior, a la gran cantidad de leyes, a la ambigüedad, al desorden se opone la simplificación y sistematización como una necesidad práctica pero también como una exigencia de sus aspectos filosóficos, políticos y socioeconómicos. Aún más, la forma en que concretamente tales valores (simplificación y sistematización) se expresan en los códigos, determinando sus características técnicas, no es sino el reflejo de cada uno de dichos aspectos en la manera de formular el derecho. Así, por ejemplo, si el derecho se entiende y estudia como sistema parece necesaria consecuencia que se exponga del mismo modo; si se considera que las normas deben ser conocidas por todos, como una manera de contribuir a la difusión y protección de los derechos establecidos es necesario que el lenguaje legal sea claro, comprensible para la gran mayoría, etc.

2. Los presupuestos filosóficos, políticos y sociales inspiradores de las primeras codificaciones variaron y, sin embargo, se siguió codificando. Aún más, se codificó el derecho en países en que tales presupuestos nunca estuvieron presentes. Y es que el código, como manera de formular o exponer el derecho, se independizó de los presupuestos ideológicos que le dieron origen¹⁰⁸. Así han surgido códigos en los más variados países y de las más diversas inspiraciones¹⁰⁹.

Y es precisamente el código, ya no considerado como instrumento de ingeniería social, sino como instrumento de técnica legislativa, el mayor aporte de la codificación¹¹⁰.

¹⁰⁸ GUZMAN BRITO distingue dos épocas dentro de la codificación. La primera, en que se encuentra íntimamente ligada a los presupuestos filosóficos e ideológicos que le dan origen y una segunda, en que se transforma en una solución técnica, en la manera considerada más idónea de formular el derecho. *La fijación del derecho*, ob. citada p. 53-54.

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO. *Sistema...* ob. citada p. 52, LACRUZ, ob. citada p. 55.

¹¹⁰ GUZMAN BRITO. *La fijación del derecho*, ob. citada p. 79.

3. Los cambios sociales, políticos y económicos (nuevas condiciones de vida, precisiones de grupos, nuevas funciones del Estado, etc.) han repercutido en el sistema de fuentes del derecho, pensar por ejemplo, en la dictación de numerosas leyes especiales, viéndose afectada la posición y valor de los códigos dentro del ordenamiento jurídico. Se habla de descodificación, recodificación, revisión, unificación, etc. Se plantea que los códigos han perdido su carácter de fuente central y dominante dentro de la materia respectiva debiendo cumplir una función residual (regular lo que no esté regulado por leyes especiales) o de contenedor de ciertos principios generales relativos a la rama de que se trate. Dentro del panorama descrito, el que es más o menos aplicable a la generalidad de los países de derecho codificado, nos parece útil identificar dos cuestiones:

- 1° Sistema legal. En que la certeza en las relaciones jurídicas se ha visto seriamente disminuida, principalmente debido a la confusión provocada por la llamada "inflación legislativa", la que se ve agravada por importantes defectos de forma de las leyes.
- 2° Códigos, pilar fundamental de tales sistemas (por lo menos teóricamente). Se ha suscitado un debate en torno a la función que deben cumplir dentro del sistema de fuentes, a cuáles de sus características técnicas deben permanecer y son aprovechables (no sólo en los códigos, sino también en otro tipo de normas)¹¹¹. Sin perjuicio de que creemos que tanto el diagnóstico de la situación como las posibles soluciones "específicas" tienen un carácter eminentemente nacional (el que viene dado por la naturaleza misma del derecho como ordenamiento jurídico vigente

en un territorio determinado), nos parece que en general, más que el código en sí, el gran aporte de la codificación son la simplificación y la sistematización, entendidas estas como valores que debe realizar la manera de formular el derecho.

El modo en que concretamente tales valores fueron expresados en los códigos, tal vez ya no sea del todo aprovechable, pues si bien el código se independizó de los presupuestos ideológicos que inspiraron las primeras codificaciones y pasó a ser considerado el instrumento más idóneo de formular las normas jurídicas, no se debe olvidar que como tal (solución técnica) refleja y es resultado de unas determinadas circunstancias y presupuestos ideológicos, lejanos en tiempo y en contenido.

- 4° Aun específicamente, creemos que la forma en que la simplificación es realizada por los códigos es aprovechable en nuestros días y a futuro, recordemos que se refiere principalmente al lenguaje legal. En cuanto a la sistematización, creo que lo fundamental es la idea misma.

Exponer el derecho sistemáticamente es entenderlo de ese modo (como un conjunto ordenado). Ya no podemos considerar a cada materia como un sistema en que el código es el único componente (y que sus partes son las partes del sistema), pero nos parece que desde las leyes (cada ley) hasta el ordenamiento jurídico debe aplicarse esta noción. Principalmente, a nivel de ordenamiento jurídico, el gran sistema jurídico articulado por la Constitución. Esta aplicación "generalizada" de la noción de sistema debe necesariamente reflejarse y concretarse en la manera de formular el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros

¹¹¹ Ver. DIEZ-PICAZO, *Sistema...*, ob. citada pp. 52 y sgtes. Guastavino Elías P., Estado Actual de la codificación del derecho civil. La Ley. V. 135. julio-septiembre 1969, pp. 1296-1306. U. Bs. As. GUZMAN B. Codificación, descodificación..., ob. citada pp. 39-62. IRTI NATALINO. *La edad de la descodificación*. Barcelona. Editor José María Bosch 1992. LACRUZ, ob. citada pp. 72-73. Lorenzetti, Ricardo Luis, La descodificación y fractura del derecho civil. La Ley. Año LVIII N° 153. 11 de agosto de 1994. U. Bs. As. MOTILLA, ob. citada pp. 570 a 574. NICOLAU, Noemí L. ob. citada pp. 751-760. NOVOA MONREAL. ob. citada.

ALBALADEJO, Manuel. *Curso de derecho civil español*. Editorial Cometa S.A. Barcelona. Tomo I. Introducción y parte general. 1980.
 ALEJANDRE GARCÍA, Juan y GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. *Temas de historia del derecho: Derecho del constitucionalismo y de la codificación*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1980-1981
 BIELSA, Rafael. *La metodología jurídica*. Librería y Editorial Castelbir. Santa Fe. 1971.

- CAPELLA, Juan-Ramón. *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.
- CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la Ilustración*. Fondo de Cultura Económica. México 1972. 3ª edición.
- CORDECH, Pablo Salvador y otros. *Curso de técnica legislativa Gretel*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1989. Cuadernos y debates Nº 14. Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Guillón. *Sistema de derecho civil. Parte general*. Ediciones Tecnos S.A. Séptima edición. Madrid, 1989. Reedición 1990. Tomo I. Introducción.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y teoría del derecho*. Ediciones Ariel, Barcelona. 1973.
- D'ORS, Alvaro. *Una introducción al estudio del derecho*. Ediciones Rialp. S.A. Sexta Edición. Madrid, 1987.
- DUCCI Claro, Carlos. *Derecho Civil. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980.
- ESCUADERO, José Antonio. *Curso de historia del derecho*. Gráficas Solana. Tercera edición, Madrid, 1987.
- GRANERIS Giuseppe. *La filosofía del derecho a través de su historia y problemas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- GUZMÁN Brito, Alejandro. *La fijación del derecho*. Ediciones Universidad de Valparaíso. Valparaíso, 1977.
- GUZMÁN Brito, Alejandro. *Andrés Bello Codificador*. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982. 2 Tomos.
- HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Fundamentos del derecho. Editorial Taurus. Madrid, 1968.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de la ciencia del derecho*. Gráficas Uguina- Meléndez-Valdés. Madrid, 1971-1973.
- HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Ediciones de la Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1987.
- HÜBNER GALLÓ, Jorge. *Manual de filosofía del derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Santiago, 1963.
- IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Editorial José María Bosch. Barcelona, 1992.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al derecho español*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1970.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Elementos de derecho civil*. Bosch Editor. Barcelona. 1988. Tomo I.
- LÓPEZ, Mario Justo. *Manual de derecho político*. Editorial Kapeluz. Buenos Aires. 1976.
- MEEHAN H., José. *Teoría y técnica legislativa*. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1986. 8ª edición.
- PÉREZ PRENDES, José Manuel. *Curso de historia del derecho español*. Sección publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1983.
- PORTALIS, Jean-Etienne. Discurso preliminar. *Sobre el Proyecto de Código Civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la Comisión designada por el gobierno consular*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1959.
- QUINTANA, Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Ediciones Alfa. Buenos Aires. 1953. Volumen I.
- TAPIA VALDÉS, Jorge. *La técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1960.
- TEJEDOR, Campomanes César. *Historia de la filosofía*. Ediciones Cesma S.A. Madrid, 1991.
- VELA, Fernando. *Abreviatura del espíritu del derecho romano de R. Von Ihering*. Ed. Revista de Occidente. Madrid, 1962. 2ª edición.
- VERGARA BLANCO, Alejandro y otros. *Seminario El proceso legislativo en Chile CEAL*. Ediciones Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 1990. La técnica legislativa.
- WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado en la edad moderna*. Editorial Aguilar S.A. Madrid, 1957.

B) Revistas

- BOFFI BOGGERO, Luz María. *Reflexiones en torno al centenario de un acontecimiento histórico: la sanción del Código Civil argentino*. La Ley. Universidad de Bs. As. Julio-septiembre (1970) V. 135. pp. 1257-1268.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos. V. 9 (1984). pp. 51-64.
- CARPINTERO, Francisco. *Mos italicus. mos gallicus y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*. Prudencia Iuris. Universidad Católica de Bs. As. Nº VII. Diciembre de 1982. pp. 9-60.
- COING, Helmut. *Sobre la prehistoria de la codificación; la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII*. Revista Chilena de Historia del Derecho (1983) Nº 9.
- COING, Helmut. *Experiencia de una codificación: el Código Civil alemán de 1900*. Revista de Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Bs. As. (1981) Nº 9. pp. 159 y sgtes.
- COLMO, Alfredo. *La técnica legislativa en materia de codificación civil*. Revista del Colegio de Abogados Bs.As. Mayo-junio (1934) Año X T. IX Nº 3. pp. 201-229.
- DE DIEGO, Felipe Clemente. *Técnica legislativa codificada*. Revista de Derecho Privado. Ene-

- ro diciembre (1934). Año XXI N° 246. pp. 65-81.
- GENTA, Jordán B. *Concepto del derecho en el Estado moderno*. Revista del Colegio de Abogados de Rosario. Septiembre-diciembre (1937) V. VIII N° 3. pp. 424-429.
- GOANE, René Mario. *El racionalismo jurídico y la escuela histórica del derecho*. Revista Jurídica. Universidad de Tucumán (1970) N° 21. pp. 119-126.
- GÓMEZ Arboleya, Enrique. *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*. Revista de Estudios Políticos. Instituto de estudios políticos. Madrid. Noviembre-diciembre (1950). V. XXXIV N° 54. pp. 57-76.
- GÓMEZ Arboleya Enrique. *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*. Revista de Estudios Políticos. Instituto de estudios políticos. Madrid (1951). V. XXXVII N° 57. pp. 15-34.
- GUASTAVINO Elías P. *Estado actual de la codificación del derecho civil argentino*. La Ley. Julio-septiembre (1969) U. Bs. As. pp. 1296-1306.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Codex*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos. V. 10 (1985). pp. 107-144.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La revolución francesa y la legislación civil y constitucional*. Revista Chilena de Humanidades. Facultad de Filosofía de la Universidad de Chile (1989). Número especial. pp. 35-50.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Codificación, descodificación y recodificación en el derecho civil chileno*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XC-N° 2-1993. pp. 39-62.
- LORENZETTI, Ricardo L. *La descodificación y fractura del derecho civil*. La Ley (1994). Año LVIII N° 153 pp. 1-6.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. *Iusnaturalismo y derechos humanos*. El derecho. Universidad Católica de Bs. As. Tomo 124, a. 1987. pp. 753-759.
- MOTILLA, AGUSTÍN. *La codificación como técnica de producción legislativa*. Revista de Derecho Privado. Junio (1987). pp. 545-574.
- NICOLAU, Noemí L. *Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del derecho privado argentino*. El Derecho. Universidad Católica de Bs. As. (9-6-88) T. 128,a. pp. 751-760.
- ORGAZ, Arturo. *Código e idioma. Anotaciones críticas al proyecto del nuevo Código Civil*. Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Año (1939) - 1-3. pp. 303-332. Año (1939) -4-5. pp. 181-214.
- PÉREZ Serrano, Nicolás. *Constitutionalismo y constitución*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1953). pp. 92-104.
- VERGARA Blanco, Alejandro. *Formación de la ley y técnica legislativa*. Revista Chilena de Derecho (1991) Vol. 18 N° 2, pp. 213-259.
- ZULETA Puceiro, Enrique. *Razón y Codificación*. Anuario de Derecho Civil (1977). pp. 557-590
- ZULETA PUCEIRO, Enrique. *La noción de ley en el iluminismo*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Bs. As. (1986) N° 6. pp. 177-191.
- ZULETA Puceiro, Enrique. *Enfoques actuales acerca de la escuela histórica del derecho*. Revista de Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Bs. As. (1982) N° 10. pp. 459-476.