

LA CODIFICACION: IMPULSO MODERNO DE LA FAMILIA ROMANISTA

POR CARLOS RAMOS NUÑEZ

El tema de la codificación es uno de los más interesantes en el debate jurídico moderno. El trabajo que se presenta enfoca dicho fenómeno como el resultado de un proceso lento y continuo, que recién será plasmado con el advenimiento del Iluminismo en Europa Occidental, para luego extenderse a nuestro continente en un contexto distinto y original. En tal sentido, el presente artículo no sólo se avoca al estudio del caso europeo, sino que pretende explicar la ola codificadora vivida en América el siglo pasado, abriendo un importante camino para futuras investigaciones

1. LA CODIFICACIÓN

La codificación consiste en una tentativa de poner orden en medio de la dispersión. Se pretende con ella sistematizar y organizar mejor el abundante material normativo existente. El mundo jurídico requiere ser sometido a la criba de la diosa razón, siguiendo la misma suerte que la filosofía, las mentalidades y la vida cotidiana. Encierra una idea jusnaturalista e iluminista, según la cual el desorden y la fragmentación del Derecho tradicional debían ser reemplazados por una legislación sistemática, racional, clara y comprensible. El presupuesto en el que reposaba esta empresa era la convicción, típicamente iluminista, conforme a la cual la actuación racional de los gobernantes o la voluntad general de la nación, fuesen, por sí solas, capaces de crear una sociedad mejor. Subyacía la creencia de que existiesen principios y valores éticos absolutos válidos para todos los tiempos y para todos los hombres, los mismos que debían ser cristalizados en normas positivas.

La codificación es, pues, uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, su expresión formal genuina⁽¹⁾. Se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Podría hablarse, en consecuencia, de Códigos, más no de codificación⁽²⁾. Desde el momento que las condiciones materiales e ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, un «imposible histórico»⁽³⁾. Solamente cuando el Derecho Natural y el Iluminismo se interiorizaron en la conciencia de los grupos dirigentes, se pasó de los deseos de unos cuantos⁽⁴⁾ a las realizaciones; de la utopía de los iniciados a las directivas de los monarcas; de las especulaciones de los estudiosos a la arena pública y a la política.

El intento de racionalización del Derecho había sido emprendido por los autores de la Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado central de la libertad del hombre y confiando en un criterio *more geométrico* -convicción según la cual las leyes podrían regular matemáticamente la conducta humana en su totalidad- procuraban deducir una serie de proposiciones jurídicas que juzgaban necesarias para el funcionamiento de una formación económica que poco a poco se iba entronizando: el capitalismo.

La idea de un cuerpo de códigos constituía una idea moderna y revolucionaria que resumía los esfuerzos seculares de príncipes, jurisconsultos y filósofos por reducir a una unidad material y formal la legislación. Para utilizar las palabras de Diez Picazo, implicaba una «refundación» de las diversas ramas del Derecho⁽⁵⁾. Subyacía en ella el utópico deseo, resultado de la tesis de la soberanía nacional y de la voluntad general democrática de los pueblos y una fe ciega depositada en la Razón, elevada a la condición de fuente central del Derecho, con la cual se pretende «proyectar y coordinar todos los sectores de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas, que se deriva y justifica lógicamente»⁽⁶⁾. A diferencia del *Ius Comune* abierto, copioso e intrincado, un ordenamiento jurídico funcional y cerrado resultaba más compatible con la aspiración de sujetar a cálculo a la nueva dinámica social.

La codificación no era una simple yuxtaposición de normas recopiladas, en la que prevalece un criterio fundamentalmente cronológico y que no distingue las diferentes áreas del Derecho. Trae, más bien, a decir de Jorge Basadre, «una concepción sistemática y completa presentando la unidad esencial de una rama del Derecho»⁽⁷⁾. Por otro lado, se hallaba asentado sobre los principios armónicos y coherentes de la Ilustración. No debe escapar al análisis que los códigos modernos, especialmente el Código Civil fran-

Carlos Ramos Nuñez

• Abogado

• Catedrático de
Introducción a las
Ciencias Jurídicas de
la Pontificia Universi-
dad Católica del Perú

• Catedrático de
Historia del Derecho
Peruano en la
Universidad de Lima

cés, contenían ideales de carácter político, económico y social. Se presentaba también como un vehículo de «transmisión y vulgarización de una ideología y de directivas políticas»⁸⁸ de tipo liberal - burgués. Empero, no se limitaba a cumplir un papel puramente notarial: dar cuenta de la realidad y de las costumbres o a desarrollar bajo el signo de la continuidad el Derecho pre-existente (como habían sido, por ejemplo, las *Ordonnances* francesas, la *Reformationen* alemana o la *Novísima Recopilación* española de 1805). Buscaba ante todo modificar el orden social y económico, remover los obstáculos que el proyecto ilustrado o liberal encontraba a su paso. No cabe duda que se le asignaba una función instrumental al servicio de intereses muy concretos⁸⁹. Perseguía entonces renovar los esquemas de vida y los ideales sociales imperantes, mediante el reordenamiento integral de todo el sistema normativo. Los códigos fueron pensados como medios de transformación revolucionaria. Si esa fue la finalidad intrínseca de la codificación puede decirse que el *Code* napoleónico cumplió su cometido con creces. Sus repercusiones tocaron desde lo epidérmico hasta los pliegues más hondos de la realidad. En efecto, tal como lo ha señalado agudamente Francesco Galgano, el *Code* pudo más que la guillotina. Con unos cuantos artículos fracturó

El *Code Civil*
destruyó para
siempre las
bases
materiales
del poder
aristocrático.

la propiedad nobiliaria, destruyendo para siempre las bases materiales del poder aristocrático y abriendo a la burguesía el acceso a la propiedad de la tierra. «La revolución francesa, la verdadera revolución -dice Galgano- no fue obra de Robespierre, sino de Pothier. Fue el producto de la fuerza poderosa del Derecho».¹¹⁰

Por otra parte, la codificación se presentaba en medio de un escenario económico, social, político e ideológico muy distinto al de la época medieval. El crecimiento industrial y mercantil, generó formas nuevas en la vida económica y permitió la constitución de un mercado mundial. Los propietarios de bienes muebles (banqueros, comerciantes e industriales) se tornan arquetipos de influencia social predominante, compitiendo primero y desplazando después a terratenientes

y clérigos¹¹¹; al punto que la burguesía, que había librado durante siete siglos una lucha sin cuartel contra el poder y las estructuras feudales, participaba ya directamente del dominio del Estado. En el período que va de la Reforma protestante a la revolución francesa, el ascenso de la burguesía como clase dirigente terminó por afirmarse. En este proceso, como lo han demostrado Tigar y Levy, el Derecho no estuvo ausente¹¹², antes bien jugó un rol protagónico.

Desde la Baja Edad Media, la burguesía que aspiraba al dominio del poder estatal, formulaba sus ataques contra el feudalismo empleando para ello reglas y principios jurídicos. El propio origen de las Universidades -en las que inevitablemente se enseñaba Derecho- en la zona meridional de la península itálica, donde al alimón se venía operando una expansión comercial y financiera hasta entonces inédita en Europa, va unido a eventos políticos como el fortalecimiento de la autoridad papal, pero también a consideraciones económicas y sociales ligadas al desarrollo de la burguesía¹¹³. Por lo tanto, resultaba natural que apenas esta clase social (hasta entonces insurgente) tomó el poder se premuniese de un sistema legal que había ido diseñando paulatinamente en sus prácticas mercantiles y que le asegurara previsibilidad para sus negocios, certeza jurídica, requisito irrenunciable para el desarrollo del tráfico comercial. No podía conformarse con un Derecho incierto, anegado de fuentes formales diversas.

Así mismo, la sociedad estamental organizada por esferas jerarquizadas, en la que la movilidad social era prácticamente imposible y la geográfica estaba harto limitada, cedía, no sin dificultades y tropiezos, el paso a «sociedades abiertas» -la expresión fue difundida por Popper-¹¹⁴. Los presupuestos prácticos y culturales de la codificación contemporánea emergen. El cimiento jurídico del flamante orden político, según la frase feliz de Maine, ya no era el status, era el contrato¹¹⁵. El Código Civil consagrará luego esa orientación.

Otro elemento importante de la atmósfera del proceso codificador descansa en el tránsito que se produce de la férrea unidad a la diversidad religiosa. La Reforma protestante resquebrajó el poder y la influencia de la Iglesia católica e introdujo una idea disolvente: la intermediación entre el creyente y las escrituras. Las repercusiones de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, a pesar, inclusive, de las advertencias de sus precursores.¹¹⁶

Lentamente, la ciencia reemplaza a la fe religiosa. Así, los hallazgos de Copérnico, Kepler y Newton, los descubrimientos geográficos, la cosmología moderna, el rápido avance de las matemáticas y de las invenciones técnicas contribuyeron a la formación de las ideas directrices que precedieron a la codificación. La plena confianza, ciertamente exagerada, de sus posibilidades reguladoras de la vida social, se deriva justamente de la creencia de pensarse a sí misma como la plasmación jurídica de estas transformaciones.

El horizonte de los nuevos tiempos no se agota en los aspectos descritos. La idea de progreso y perfectibilidad del hombre se instala definitivamente en el pensamiento filosófico y hasta en la cosmovisión del hombre corriente. En lugar de las concepciones corporativistas, tan caras para la Edad Media, se impone la iniciativa individual y el espíritu capitalista. Como ha anotado Harold Lasky, «en la moral la victoria es para el utilitarismo; en religión para la tolerancia; para el gobierno constitucional en la política; en el campo económico, el Estado se convierte en asistente del comercio»⁽¹⁷⁾. A estas variables debe agregarse otra: la codificación en el Derecho.

En el campo político, amén del protagonismo de la clase burguesa, quedó definida la construcción de los Estados nacionales modernos, desarrollándose simultáneamente el concepto de soberanía nacional. De ese modo, el Estado, se convirtió en árbitro y gendarme de los destinos individuales. La idea del Estado moderno, como un sujeto político unitario, era la consecuencia lógica de la codificación⁽¹⁸⁾. Las constituciones y los códigos procuraban contribuir y, de hecho ayudaban a la edificación -tal cosa aconteció con los códigos de los diversos estados germánicos y con el Código Civil del Reino de Italia de 1865- o a la consolidación -como en la Francia revolucionaria, donde la unidad política preexistía a la entrada en vigor del Code- del Estado-Nación. La promulgación de los Códigos trajo consigo entonces el desplazamiento del Ius Comune -ese viejo Derecho derivado de los Derechos Romano y Canónico y aplicable en toda Europa continental- que iba siendo desterrado por un Derecho codificado cuyo ámbito de competencia si bien más pequeño desde el punto de vista territorial, era más vigoroso y eficiente. A la vez que se delineaba, con una clara voluntad política, un Derecho «nacional» -la codificación jugó en este aspecto un importante papel⁽¹⁹⁾-, ya que ella misma representaba una afirmación del llama-

do Derecho patrio; como contrapartida se asistiría a un penoso desenlace: al fenecimiento de la cultura jurídica supranacional y a la liquidación de la «república sin confines de los doctos»⁽²⁰⁾. Como ha señalado Mario Cattaneo, la codificación se convirtió, tanto en el plano jurídico como en el político, en el puente de paso entre el cosmopolitismo y el nacionalismo.⁽²¹⁾ Incluso, el medio de comunicación por excelencia del Ius Comune, el latín, deja de ser rápidamente la lengua universal de los hombres instruidos. Hasta entonces los juristas europeos e iberoamericanos, a despecho de su origen -origen, dicho sea de paso, definido en términos muy precarios- eran leídos en lengua latina no sólo por los profesores, sino también por los alumnos de las Universidades y colegios superiores. Jurisconsultos como Alciato, «italiano»; Cujacio, «francés»; Gregorio López «español», Hevia Bolaños «español americano»; Arnoldo Vinnius, «holandés»; Heinecius, «alemán», entre otros, eran ampliamente conocidos. Sus obras eran auténticos manuales de estudio y no cabían dudas sobre su operatividad y vigencia. Con la construcción de los Estados Nacionales, así como con el paulatino debilitamiento del Ius Comune y la expansión del proceso codificador, las leyes y doctrinas empiezan a ser redactadas en lenguas nacionales que día a día cobraban más fuerza. El Derecho y el lenguaje se convierten, pues, en instrumentos de afirmación nacional. Debe advertirse, sin embargo, que la codificación no fue sólo una ruptura con el pasado. Fue también, aunque parezca paradójico, una continuidad. En efecto, el Derecho Romano, condensado en el Corpus Iuris Civilis, el Derecho Canónico y todo el Ius Comune con algo más de siete siglos de existencia proporcionaron los materiales indispensables para llevarla a cabo. Se equivocan entonces quienes ven en ella un producto absoluto de la modernidad, desvinculado totalmente de una vieja tradición legal. Se trataba, por el contrario, de un esfuerzo de adaptación del sistema jurídico romanista, en cuyo seno se gestó, a las más variadas exigencias de los nuevos tiempos. Glosadores y post-glosadores abandonaban poco a poco el exclusivo estudio de la legislación justiniana, dirigiendo su atención al derecho canónico. Desde entonces tuvo inicio, como ha anotado Bruno Paradisi, «un nuevo capítulo de la historia jurídica, destinado a cambiar radicalmente la relación de la ciencia del Derecho con el Derecho del pasado y a renovar los métodos»⁽²²⁾. No podría explicarse, conse-

cuentemente, todo el proceso codificador si prescindieramos del Derecho Romano, del *Ius Comune*, del Derecho Canónico y de las costumbres locales que cada uno de los códigos recogió. Obviamente, el peso de toda esa tradición jurídica no hace de la codificación una mera fijación del derecho anterior en un nuevo texto más completo y sistemático⁽²³⁾; aparecieron, sin duda, una serie de elementos nuevos, aportados por la filosofía y el Derecho comparado. Filósofos y juristas revisaron y adaptaron el Derecho Romano y las otras fuentes al racionalismo y al individualismo de la época. En fin, todas estas vertientes confluyeron en los códigos modernos de los siglos XVIII y XIX. Modernidad y tradición se entrelazaban.

Es interesante observar que la obra codificadora en los países europeos fue sobre todo resultado del trabajo de juristas muy cercanos al poder político o políticos ellos mismos. Los códigos no fueron elaborados por jurisconsultos que realizaran su trabajo en el ámbito universitario o judicial⁽²⁴⁾. Se trataba, más bien, de funcionarios de gobierno o parlamentarios premunidos de la confianza y el respaldo de un soberano ilustrado. Piénsese, por ejemplo, en Kreittmayr, en Baviera; Carmer y Zedlitz, en Prusia; Portalis, en Francia.

2. EL PROCESO CODIFICADOR

El proceso codificador ha sido dividido por Wieacker, en una clasificación muy divulgada, en tres grandes fases: génesis, apogeo y «declinación».⁽²⁵⁾

La primera fase, que es de la que nos ocuparemos centralmente, comenzaría en Europa central con la dación de los códigos de Baviera. Estos cuerpos legislativos, auspiciados por el Príncipe Maximiliano José III, son: el *Codex Iuris Bavaricus Criminalis*, de 1751, que insistía en castigar la magia, consentía la tortura y consignaba penas atroces⁽²⁶⁾. El *Codex Iuris Bavaricus Judiciari*, de 1753 y el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, redactado por el vicescanciller bávaro Wiguläus Luigi barone di Kreittmayr (1704-1790), dictado en 1756. Se trata éste último de un Código que en sustancia recoge la versión regional del *usus modernus pandectorum*, aclarando algunas cuestiones sujetas a controversia. Refleja ya la confianza iluminista en la «razón» de los legisladores de la época, a la que se recurre frecuentemente, y usa un alemán (enunciar la utilización de esta lengua no es banal) claro y preciso.⁽²⁷⁾

Todos estos códigos que abren el proceso codificador, no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del Humanismo del Setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa como luego acontecería en Francia. El individuo no se encuentra al centro mismo del diseño normativo. Se observa en ellos, más bien, el paternalismo benévolo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder político absolutista y a asegurar la dominación de los súbditos, el mismo que podríamos llamar, siguiendo a Corradini, «estadualista».⁽²⁸⁾

Posteriormente, siempre en el mismo período, se promulga, en 1794, el Código Prusiano (*Allgemeines Landrecht*, ALR), que permanecerá en vigor en el estado de Prusia hasta la entrada en vigencia del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), el primero de enero de 1900. Aunque los trabajos preparatorios del ALR se remontan a comienzos del siglo XVII, en el reinado de Federico Guillermo I, recién con Federico II, el Grande, prototipo del príncipe ilustrado, lector atento de los filósofos del Iluminismo francés, amigo de Voltaire y pertinaz impulsor de la unidad territorial de Brandenburgo, se dieron pasos concretos hacia la consecución del proyecto. En el largo proceso de gestación de la obra, Federico, encontró en juristas como Juan Casimiro von Carmer (1720-1801), Carl Gottlieb Svarez (1746-1796) y Ernest Ferdinand Klein (1744-1810), a los hombres capaces de impregnar su inmensa obra legislativa (contiene casi 17,000 numerales) del espíritu racionalista y de los ideales políticos que ambicionaba.

El *Landrecht* (ordenamiento territorial) reflejaba la influencia -merced al rol intermediario de Christian Wolff- del pensamiento de Pufendorf, retomando el concepto de la doble naturaleza del hombre: como individuo y como miembro de una comunidad. De allí que dedique la primera parte a sus derechos patrimoniales y la segunda a la posición jurídica del individuo frente a la familia, la comunidad y el Estado. Carece el ALR del espíritu igualitario que detenta el Code, por ello que reconociendo la estructura estamental existente regula la servidumbre y divide a la población en tres clases. Con un lenguaje directo y paternal recuerda a cada uno el puesto que ocupa en la sociedad. Es una idea extraña al *Landrecht* la libertad plena del ciudadano. Al contrario, se evidencia la pretensión estatal de inmiscuirse en los asuntos privados, controlan-

do al súbdito a cada paso⁽²⁹⁾. Por otro lado, como lúcidamente lo han expresado Zwigert y Kötz, «no se trata de un Código que quiere modificar la sociedad, sino más bien describirla fielmente de modo cumplido»⁽³⁰⁾. De allí justamente su carácter conservador. Pudo haber sido una obra más avanzada como se proponían sus autores, pero debido a los cuestionamientos reaccionarios debieron de morigerar ciertos «excesos» nada gratos a la aristocracia. En ese sentido el iusnaturalismo relativo, con dosis de «historicismo», cultivado por Montesquieu y difundido por Thomasius en la Europa central, cumplía un gran servicio.

Una de sus mayores limitaciones del ALR descansaba en su infinita casuística, convencido de que ningún hecho con efectos jurídicos quedaría fuera de su alcance, al punto que se atribuye a Federico la frase: «¡Pero es demasiado grande! Las leyes deben ser breves, no prolijas»⁽³¹⁾, cuando sorprendido recibió el inmenso proyecto. El monarca prusiano expresaba así, lúcidamente, uno de los ideales del Iluminismo: las leyes deben ser pocas y simples.

En el Landrecht prusiano la fe en el iluminismo del legislador es tan grande que prohíbe al juez interpretar las normas, obligándolo a recurrir, en caso de duda, a la comisión legislativa o al Ministro de Justicia. Para confirmar esta postura, se anuncia en la Introducción que los jueces «no tendrán en cuenta las opiniones de los profesores ni las decisiones precedentes emitidas por los jueces». Como señalaba Gioele Solari, «Federico II, embebido de la doctrina del Derecho natural, deliraba con la idea de un código simple, popular, completo, en virtud al cual el juez no debiera hacer otra cosa que aplicarlo»⁽³²⁾. El sueño de Federico, a pesar suyo, no se cumplió: su Código era todavía oscuro, tanto que Bernardi llegó a decir que parecía «el álgebra de la jurisprudencia»⁽³³⁾.

Finalmente, mientras que para Thibaut, éste Código le inspiró el deseo de unificar el Derecho de toda la nación alemana; para un enérgico crítico del Iluminismo como Savigni, no significaba más que, en un improntus exagerado y descortés, «un montón de basura»⁽³⁴⁾.

En la primera fase también se incluye el Código Civil austriaco de 1797 (Westgalizisches Gesetzbuch -WGB-). También este Código halla sus raíces ideológicas, de manera más resuelta, en el iluminismo, concebido como el intento de crear una vasta obra legislativa dirigida por la

autoridad estatal y que sea ordenada, racional y clara⁽³⁵⁾. Los trabajos preparatorios de este Código se iniciaron hacia la mitad del siglo XVIII, bajo el impulso del despotismo ilustrado de la emperatriz Maria Teresa, quien impartió directivas precisas para la redacción del Código:

«la comisión en la redacción del Codex debe limitarse al derecho privado, manteniendo en vigor el derecho tradicional, que deberá ser en la medida de lo posible conservado; se debe alcanzar un acuerdo entre los diversos derechos provinciales existentes, en cuanto las condiciones lo permitan, teniendo en cuenta al Derecho Común y a sus mejores intérpretes, así como a las leyes de los otros Estados y, cuando hubiese necesidad de corrección o de integración, se recurrirá al derecho común de la razón»⁽³⁶⁾.

Este Código, a diferencia del Landrecht prusiano, se ocuparía solamente del Derecho Civil. El año de 1766, la Comisión designada presentó al Consejo de Estado austriaco un proyecto denominado Codex Theresianus. Las críticas no se dejaron esperar. Se cuestionó su carácter excesivamente doctrinal, su gran extensión y la preponderancia del Derecho Romano. La emperatriz Maria Teresa pidió entonces una reelaboración, puesto que, «por doquier la equidad natural, antes que el Derecho Romano, debe constituir la base de la ley»⁽³⁷⁾. Muchos años después, en 1787, el emperador José II promulgó la parte referida a las personas. Su sucesor Leopoldo II, en 1790, nominó una nueva Comisión, bajo la presidencia de Karl Anton von Martini (1726-1800), que en el año de 1796 alcanzó al Consejo de Estado el «Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches» o WGB. Este proyecto fue, a su vez, revisado por un discípulo de Martini, Franz von Zeiller (1753-1828), quien tuvo la virtud de compulsar la filosofía racionalista kantiana con la realidad empírica existente en Austria. Consideraba este jurista, que junto a Martini, debe ser considerado el autor del Código austriaco, que:

«Las leyes se basan sobre los principios generales e inmodificables de la razón y de la justicia... Por ello, los códigos de las naciones civilizadas se asemejan en gran parte de sus disposiciones y, por lo tanto los estados europeos aplicaron el Derecho Romano como una fuente primaria de Derecho, a fin de dirimir las controversias jurídicas. Al mismo tiempo, cada Estado tiene necesidad de leyes nacionales, que se adapten a sus condiciones particulares...El clima, los recursos,

el comercio, el transporte, el carácter honesto o deshonesto de los habitantes tienen una influencia innegable sobre las formas jurídicas...».¹³⁸⁾

Finalmente, el 1.º de junio de 1811, tras una serie de vicisitudes, el «Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande», que, en la traducción española equivaldría a «Código civil general para los territorios hereditarios de lengua alemana», más conocido como el ABGB austriaco, fue promulgado. Este Código terminó siendo un armisticio entre el racionalismo jusnaturalista y la tradición jurídica del Derecho Romano, del Ius Comune y de los derechos locales; un compromiso entre los ideales ideológicos de la Ilustración, que no se resignaba a morir, y el sentido práctico del naciente historicismo.

El ABGB se basaba sobre los principios del Iluminismo: la igualdad entre los ciudadanos, la autonomía de las relaciones de Derecho privado del control estatal, la libre competencia económica. Por esta razón, en una sociedad jerarquizada, cuyo aparato productivo y cuya mentalidad eran definitivamente precapitalistas, su promulgación se encontró con un contraste estridente con las estructuras socio-económicas prevalecientes en Austria durante esa época, en la que predominaban formas de explotación servil⁽³⁹⁾. Puede decirse que el ABGB no tradujo la realidad social que caracterizaba el Estado absolutista austriaco. Vino a ser entonces una suerte de anacronismo. Sin embargo, con la oleada revolucionaria, hacia 1848, se empezaron a percibir ciertos cambios, algunos de los cuales posiblemente fueron impulsados a la luz del nuevo Derecho positivo, como la abolición de la servidumbre. Pero, sólo a fines del siglo XIX, con la modernización capitalista del país, el ABGB con sus ideales de libertad y su individualismo se puso finalmente en sintonía con la realidad económica y social austriaca.⁽⁴⁰⁾

La circulación del ABGB no estuvo limitada a los dominios hereditarios de la Casa de Hamburgo. Fue adoptado, paulatinamente, por Liechtenstein, Croacia, Eslovenia, Dalmacia, Transilvania y Hungría.⁽⁴¹⁾

Al igual que el Landrecht prusiano, que el Código de Napoleón y que el BGB alemán, aprobado casi un siglo después, el ABGB, se ajustó a las pautas sistemáticas de las Instituciones de Gayo y de Justiniano, conforme a la ya clásica división tripartita: personae, res et actiones que los códigos modernos adoptaron con algunas variacio-

nes. Dicho Código, a saber, destina el Libro I a las Personas; el segundo, a los Derechos reales: posesión, propiedad, privilegios, servidumbres, sucesiones y, por último, el Libro III, bajo el título de «Disposiciones comunes al derecho de las personas y de las cosas», a las obligaciones (constitución, modificación, extinción, prescripción y usucapión).

Una de las ventajas comparativas del ABGB frente al Landrecht es su brevedad. Trae sólo 1502 artículos que, adicionalmente, han sido formulados de manera concisa y armoniosa, a semejanza del Código Civil napoleónico que lo precedió en siete años y del cual pudieron los legisladores austriacos inspirarse.

La raigambre jusnaturalista del Código austriaco se deja notar sobre todo al regular las fuentes formales del Derecho, de las que se excluye a la costumbre (Art. 10 de las Disposiciones Generales). Un aspecto muy interesante de esta influencia es el concerniente a la interpretación de la norma jurídica. Dicho cuerpo legal prevé que si se presentara una laguna legal el juez debía recurrir a la analogía; si la laguna persistiese debía apelar a los «principios de Derecho natural, aplicables a las circunstancias de hecho, cuidadosamente seleccionadas y ponderadas» (Art. 7 de las Disposiciones generales). En este punto, el Código austriaco se hallaba a la vanguardia del Landrecht prusiano y del Código Civil francés que no dejaban, prácticamente, ningún margen de libertad al juez para colmar las lagunas que se presentaran en su tarea de administrar justicia. Empero, en la práctica, tal disposición no tuvo un rol importante, pues durante los primeros decenios de la entrada en vigor del Código aludido, incluso las cuestiones más banales eran elevadas a la administración imperial para su interpretación, a despecho de la libertad que consagraba el texto positivo⁽⁴²⁾. Lamentablemente, las cortes no hacían uso de tan valioso medio interpretativo.

En cuanto a su ideología el ABGB lleva la impronta del Iluminismo, pero no llega a sentirse el eco de la soberanía popular ni del liberalismo político que preveían ya en el Code civil de 1804.

En esta primera etapa, se discuten también los tres proyectos de Código Civil francés preparados por el tribuno Jean-Jacques-Régis Cambacérès (1753-1824), conocidos como los Codes de la Convention, a los que había precedido una frenética actividad legislativa tanto en

los ámbitos del Derecho Público y del Derecho Privado. El primer proyecto fue presentado por Cambacérès, en nombre del Comité de la Legislación, a la Convención Nacional el 9 de agosto de 1793. Contaba con 719 artículos, divididos a la usanza de las Instituciones de Gayo y de Justiniano en tres partes: personas, cosas y contratos. Reflejaba, en gran parte, la filosofía roussoniana de la Convención al considerar a la familia, la propiedad y la herencia como instituciones de Derecho Civil; instauraba el principio de igualdad de los hijos en las sucesiones. Se trataba de un ordenamiento típicamente «garantista», puesto que el individuo se hallaba al centro del sistema⁽⁴³⁾. Lamentablemente, era moderado para el jacobinismo imperante. Tan pronto entró a debate, la Convención aprobó algunas leyes radicales como la abolición total del poder marital, la administración compartida de los bienes gananciales, el divorcio consensual. De un modo poco sutil contradecía así el proyecto. El jacobinismo, no obstante su brevedad, paradójicamente, consideraba al proyecto muy extenso. Deseaba que se establecieran sólo principios filosóficos y que las leyes civiles fuesen objeto de desarrollo posterior a través de normas especiales. No asombra entonces que por Decreto del 3 de noviembre de 1793 se dispusiera su revisión integral, la cual debía llevarse a cabo por una comisión de seis filósofos, designada por el temible Comité de Salud Pública. Los juristas estaban excluidos de la misma. No eran tiempos propicios para ellos. Posteriormente, Cambacérès alcanza el 23 Fructidor, año II (9 de setiembre de 1794) un segundo proyecto. Este insistía en la sistemática romana de las Instituciones (No en vano había recibido una formación romanista en Montpellier) y era sumamente breve: la suma de sus artículos sólo llegaba a 287. Se trataba, como habían deseado los jacobinos, de un código de principios, exclusivamente filosófico, sustancialmente privado de toda tradición legal o consuetudinaria y expresión típica del Derecho Natural⁽⁴⁴⁾. La Convención Nacional aprobó solamente diez artículos y dispuso su revisión por el Consejo de los Once. Curiosamente, ahora, los convencionales, que libraban una ardorosa lucha entre sí (Robespierre y Saint Just ya estaban muertos), calificaban al proyecto más «una tabla de materias, antes que un cuerpo de leyes civiles»⁽⁴⁵⁾. Se comprendió, después de que los jacobinos cayeran en desgracia, que el Código debía ser una obra esencialmente jurídica.

Ya en el Directorio, el infatigable Cambacérès presentó el 24 de junio de 1796, un tercer proyecto al Consejo de los Quinientos. Los tiempos, sin embargo, habían cambiado. Ya no gobernaban Francia los jacobinos, ahora prevalecía una tendencia crecientemente conservadora que emprendió una firme revisión legislativa de las normas dictadas por la Convención (Se deroga, por ejemplo, la retroactividad en materia de sucesiones y se restringe el divorcio). Dentro de este contexto, el proyecto de Cambacérès, que había tratado de conciliar los principios filosóficos iusnaturalistas con la legislación y la costumbre, en 1104 artículos, no tenía ninguna posibilidad de promulgarse. Incluso se estigmatizó su proyecto, porque contenía normas estimadas inmorales⁽⁴⁶⁾. Consciente de la inviabilidad de su proyecto, el propio Cambacérès, que sobrevivió con éxito a la purga política desatada, no volvió a persistir. Sería necesario que un gobierno fuerte y audaz como el de Napoleón, llevara a feliz término el proceso codificador, que sería esencialmente una obra colectiva, resultado de la cooperación de los elementos más dispares, de la tradición legal y consuetudinaria y de la filosofía racionalista como veremos luego. En estas circunstancias, la obra de la codificación pasa a ser tarea de juristas conocedores del Derecho Romano y consuetudinario y no de filósofos puros como la Convención había soñado.

Siempre en esta primera ola codificadora vendrían los Códigos símbolo por excelencia: los promulgados por Napoleón Bonaparte: el Civil en 1804, el de Procedimiento Civil en 1806, el de Comercio en 1807, el de Instrucción Criminal en 1808 y el Penal en 1810. A éste último lo habían precedido dos Códigos Penales, promulgados, durante la época del Derecho intermedio; es decir, durante la fase que transcurre desde la caída del Antiguo Régimen hasta la dación de los Códigos napoleónicos. El primero dictado el 6 de octubre de 1791 y el segundo aprobado el 25 de octubre de 1795.

En todo ese período de l'età delle codificazioni⁽⁴⁷⁾, el Código Civil sobresalió, ya por sus virtudes técnicas, ya por su oportunidad política y moderación y, básicamente, porque ideológica y políticamente representaba el triunfo, ahora en el plano normativo, de una clase social que desde la Baja Edad Media pugnaba por aprehender el poder del Estado: la burguesía.

La codificación napoleónica tiene, por otro lado,

una característica hasta entonces inédita y, cuyo significado político y jurídico es inconmensurable. Antes de la Revolución francesa no existía en toda Europa esa forma de Derecho que confería a los códigos una verdadera autoridad normativa: la Ley Constituyente⁽⁴⁸⁾. No cabe duda que la toma del poder político por la burguesía y la consecuente promulgación de la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» y de la Constitución de 1791, dieron nacimiento a un nuevo orden jurídico. El ejercicio de esta atribución legislativa implicó un real poder constituyente. A partir de entonces, podría armarse con coherencia todo el edificio legislativo burgués, incluido, naturalmente, el Código Civil. Estos dos procesos, ambos de codificación, que escindieron los ámbitos público - terreno de la política- y privado, determinaron, a la vez, la asunción de un rol predominantemente técnico del jurista y su plena despolitización⁽⁴⁹⁾.

3. LA CODIFICACIÓN EN AMÉRICA

El movimiento codificador se presentaría también en América, incluso en un país de Common Law como los Estados Unidos. Así, en 1811, el filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832), escribió al presidente James Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incerteza del Common Law, ofrecía sus servicios para llevar a cabo la codificación del Derecho norteamericano⁽⁵⁰⁾. Madison declinó la oferta. Años después, en el propio país surgiría la idea de elaborar un Código. En 1836, el Parlamento de Massachusetts designó una Comisión con ese propósito, de ella formaba parte nada menos que uno de los juristas

más brillantes de la historia norteamericana, Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo éxito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field, cuyo Código Civil (1858- 1865) rechazado en este Estado después de un largo debate, fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895)⁽⁵¹⁾. El objetivo de este autor

consistía en condensar el Common Law en fórmulas sistemáticas y accesibles, libre de anacronismos y adaptado a las condiciones de la época. No es casual tampoco que hubiera tenido éxito en los Estados más jóvenes del Oeste, menos atados a las fórmulas históricas del Common Law, mientras que en Nueva York, un Estado de viejo origen colonial y vinculado más estrechamente a la tradición inglesa, tuvo un férrea resistencia de los abogados prácticos.

Por todo ello, la Unión Americana no estuvo al margen del proceso codificador. En primer lugar, porque tuvo, como hemos visto, episódicos intentos de codificación del Derecho Privado. En segundo lugar, porque se premunió, en 1787, de una Constitución escrita, apartándose en ese sentido de la postura ortodoxa del Common Law que le habría exigido una Constitución basada en la tradición y en las costumbres y, en tercer lugar, porque en su propio territorio subsistían regiones que pertenecían al sistema romanista como la ex colonia francesa de Lousiana, donde se dictó un Código Civil en 1808, a tan sólo cinco años de la venta del inmenso territorio de Nouvelle Orléans a favor de la potencia americana. Dicho Código, reformado en 1819 y en 1825, condensaba las ordenanzas reales y la Costumbre de París, vigentes hasta entonces, así como el Derecho español (sobre todo las Siete Partidas) que dejó sus huellas durante la dominación hispánica del territorio; esto es, de 1762 a 1800⁽⁵²⁾. Hay serias dudas si la Comisión encargada de la elaboración y reforma del Código (integrada por Pierre Derbigny, Moreau-Lislet y Edward Livingston) tuvo o no a su disposición la versión final del Code napoléonico⁽⁵³⁾, lo cierto es que se trató de un ordenamiento bastante original y adscrito a la tradición jurídica romanista, de la cual, a pesar de los embates del Common Law y de su inmensa repercusión, el Derecho de la Lousiana, afortunadamente, no ha llegado a salir, constituyendo en nuestros días un «sistema jurídico sui generis».⁽⁵⁴⁾

La codificación se desarrolla en América Latina, en forma simultánea al proceso codificador europeo. Si bien a aquélla la preceden el Landrecht prusiano, el Code francés y el ABGB austriaco, se adelanta a la codificación italiana (1861), portuguesa (1867), española (1889) y alemana del BGB (1896). Lo cual, como sugiere Bravo Lira, «invita a revisar la imagen, demasiado simplista, de que la codificación avanza desde Europa hasta el resto del mundo».⁽⁵⁵⁾ Cabe preguntarse por las motivaciones que im-

La codificación
se desarrolla
en América
Latina simultáneamente
al proceso
europeo.

pulsaron el proceso codificador latinoamericano. Este es un tema que ha sido escasamente tratado⁽⁵⁶⁾. Existen evidentemente investigaciones que han completado con innegable erudición el desarrollo de todo el proceso⁽⁵⁷⁾ y al respecto queda poco que agregar. Lamentablemente, poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales o, culturales en general, que acompañaron dicha formulación. Aquí también se perciben diferencias con las causas que alentaban las codificaciones europeas. Mientras que en los pueblos germánicos y en Italia eran concebidas como instrumentos hacia la unidad nacional y en Francia como medio eficaz hacia la uniformidad legislativa; en América Latina, no se presentaban tales presupuestos. Cuando promulgan sus Códigos nuestros países ya habían alcanzado la independencia política y la unidad nacional -incluso en aquellos lugares con inmensas poblaciones indígenas-, se daba por concluida. Así mismo, desde la óptica liberal, no se presentaba la necesidad de rescatar el Derecho consuetudinario, codificándolo a la par con las leyes. No debe olvidarse en ese sentido que el Derecho Indiano, que reconocía las fuentes consuetudinarias, fue desterrado. Lo más probable es que el mencionado proceso obedeciera a razones técnicas, políticas e ideológicas, todas ellas vinculadas entre sí. Técnicas, porque era sabido que la certeza jurídica, clave del progreso que afanosamente buscaban, no habrían de encontrarlo en la frondosa legislación colonial. Políticas, dado que cada Estado, así como contaba con una Constitución, ambicionaba también disponer de un cuerpo de leyes, susceptible de llamar nacional, digno de una nación independiente, que no toleraba continuar rigiéndose por las leyes de un país de cuyo dominio se acababa de librar. Ideológicas, porque la concepción iluminista -que ya tenía vieja data y que se asocia a la necesidad de certeza jurídica- se hallaba firmemente interiorizada en la conciencia de los grupos dominantes. El «ejemplo» de las naciones «civilizadas» cundía y era impensable que dejara de seguir el derrotero trazado por ellas. El paradigma francés era imprescindible, máxime cuando estos grupos, en todo género de ideas y comportamientos, hacían de Francia un referente obligatorio. Por otro lado, el Code napoleónico ejercía una fascinación cautivante. Se presentaba como la coronación de los ideales liberales que, en gran medida, habían inspirado los movimientos independentistas. Constituía un cuerpo legal prestigioso, amén de sus virtudes técnicas, porque

cancelaba al odiado régimen absolutista. La lógica consecuencia estaba descontada: si Francia tenía el Code, era natural que también los flamantes Estados tuvieran el suyo. Esto explica la premura de ciertos países en adoptarlo con tenues modificaciones.

Haití, en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano. Le sucede Santo Domingo, que bajo la dominación haitiana, en 1826, adopta los Cinq Codes, traduciéndolos al español en 1884. A estos dos sigue el Código civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer Código latinoamericano⁽⁵⁸⁾. A continuación viene el Código Civil de Bolivia, dictado el año de 1831 por el mariscal Andrés de Santa Cruz. Este mismo gobernante extiende, en 1836, el vigor de su Código, muy semejante al napoleónico, al Perú. A los Códigos de Santa Cruz le sucede en Costa Rica, el año de 1841, el Código General de Braulio Carrillo, redactado por el mismísimo presidente de la República. Estos códigos fueron en líneas generales fuertemente inspirados en el Code de Napoleón, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho familiar, en base a las reglas del Derecho canónico, aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos códigos fueron una simple reproducción integral del Code, pues tanto el de Oaxaca, como el Código boliviano y el de Costa Rica introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano-indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos del que inspiraron el código francés.

En la mentalidad de las clases dirigentes más lúcidas no tardará en descubrirse que la simple adopción del Código napoleónico, con una u otra reforma de por medio, está lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación; pero, por otro, conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretende regular. En esas circunstancias, adviene el Código Civil peruano de 1852, que, se presenta como el primer código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo y, que abre, en el proceso codificador latinoamericano una fase hasta entonces inédita: la de elaboración autónoma. El Perú se adelantó al brillante Código Civil chileno, obra del sabio venezolano Andrés Bello, el mismo que entró en vigor en 1855, y al Código Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio Vélez Sársfield, que rige

desde 1871 hasta hoy y, al no menos brillante Esbozo de Código Civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, que sustancialmente sirvió de base al Código argentino. A diferencia de éstos no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideológicas que patrocinaban Ramón Castilla y José Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos.

La estratificación social jerarquizada, la profunda religiosidad, el papel central jugado por la Iglesia Católica y el fuerte arraigo de la propiedad vinculada y de ciertas formas de servidumbre predial no habrían permitido, por ejemplo, una plena igualdad civil, la intromisión del Estado en las sacrosantas relaciones familiares y un repentino tráfico inmobiliario. Los países de América Latina, poseían, por otra parte una rica tradición jurídica desde la colonia. El Derecho castellano y lusitano rigieron aquí en todo su esplendor, sin los problemas que tuvieron que afrontar en Europa. Desde el siglo XVI funcionaban en América universidades, tribunales y una impresionante red burocrática religiosa y seglar que habían sentado las bases de un desarrollo jurídico respetable. Se produjo, en consecuencia,

La codificación en Iberoamérica abría las puertas de una integración jurídica.

que ataban a las clases dirigentes latinoamericanas con el pasado hispánico. Los valores y la mentalidad, no obstante la declarada simpatía republicana, en la práctica, no habían variado. A esa élite pertenecían los codificadores. Querían, pues, una transacción entre la herencia colonial y las ideas modernas. Los códigos de esta segunda fase encierran ese ideal social.

No puede dejarse de subrayar que los códigos latinoamericanos, cuyo segundo ciclo se inicia con la dación del peruano de 1852, primer momento de la codificación autónoma, en mayor o menor medida, bebieron de las fuentes castella-

nas o lusitanas y del Derecho francés. En ese sentido, fueron herederos de una tradición que hundía sus raíces en la Conquista, y de otro, receptarios de un Derecho moderno impregnado de iluminismo, optimista del porvenir y acogido voluntariamente¹⁶⁰. Tradición sobre la cual el Derecho Romano operaba como factor de cohesión no sólo entre las dos vertientes: la ibérica y la francesa, que recrearon el Derecho Romano¹⁶¹, sino inclusive de dichos códigos entre sí.¹⁶² Por consiguiente, la codificación en Iberoamérica, aparentemente cancelaba un Derecho que hasta entonces les era común, pero, al mismo tiempo, abría las puertas de una anhelada integración jurídica.

Estos códigos derivados de más de una «mezcla»¹⁶³ y que, en el caso del Proyecto de Freitas y de los códigos de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sársfield, devinieron, usando la expresión de Sandro Schipani, en «códigos tipo»¹⁶⁴. En efecto, el Código de Bello fue adoptado por Colombia (que entonces incluía a Panamá) y El Salvador en 1860; por Ecuador en 1861; Nicaragua en 1871 y Honduras en 1880¹⁶⁵; en tanto que el Código argentino fue acogido por el Paraguay en 1876.

Al margen de las virtudes técnicas que encerraban estos Códigos «tipo» y del inmenso prestigio intelectual de un humanista como Bello, no deben soslayarse otras razones tanto o más decisivas que facilitaron su recepción. La crisis que atravesaban los estudios de Derecho en aquellos países que acogieron podría dar una pauta. No estaban ausentes tampoco consideraciones ideológicas, en la medida que dichos Códigos no representaban un cambio traumático en el plano normativo, sino una progresiva adaptación del Derecho existente y, que por lo mismo, no habrían de generar cambios desestabilizantes en la estructura económica y social. Finalmente, causas de naturaleza política pudieron haber acelerado este proceso. Hasta hoy no se ha emprendido un imprescindible estudio crítico de las actas de debates producidas en las cámaras legislativas y en las comisiones de reforma legal. Hasta que no contemos con esa información, procesada con un criterio interdisciplinario, la historia de la codificación latinoamericana estará por hacerse.

- 1 GIOLE SOLARI, «Individualismo e Diritto Privato», Turín, 1959, pp. 56-57.
- 2 BARTOLOMÉ CLAVERO, «Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio», en *Quaderni Fiorentini* 18, Florencia, 1989, p. 84. Consideramos, sin embargo, que

- «códigos» no es una expresión feliz para aplicarla a los cuerpos positivos no modernos, siendo más pertinente la de «recopilación». Una precisión terminológica y conceptual ha sido sugerida por M. Viora, «Consolidazioni e codificazioni», Turin, 1967.
- Las expresiones Código, Codice, Code hallan su origen etimológico en el término Codex que significa libro compacto cocido por el lomo.
- 3 Ibid, p. 84.
 - 4 Un intento prematuro de codificación es el proyecto «Corpus Iuris reconcinnatum» del joven Leibniz, compuesto, en 1672, por encargo de von Boynebur, canciller de Maguncia. Vid. Viehweg, «Topica e Giurisprudenza», Milán, 1962, pp. 89 y siguientes.
 - 5 LUIS DIEZ PICAZO sugiere un paralelo gráfico y elocuente con el nuevo calendario de los revolucionarios franceses, pero, sobre todo, con la reforma de las escalas de pesos y medidas que, trataban de «suprimir un particularismo intolerable, para facilitar una más completa relación social». Vid. «Codificación, Descodificación y Recodificación», en Themis - Revista de Derecho N° 25, Lima, 1993, p. 12.
 - 6 MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans.- «Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado», Bosch, Barcelona, 1975, p. 61.
 - 7 BASADRE GROHMANN, Jorge.- «Los fundamentos de la historia del Derecho», segunda edición, Edigraf S.A., Lima, año (?), p. 362.
 - 8 Vid. Luis Diez Picazo, o., c., p. 13.
 - 9 Sobre este doble papel del Derecho véase el trabajo de WILLIAM M. EVAN «El Derecho como instrumento de cambio social», Applied Sociology; Opportunities and Problems, en Materiales de enseñanza de Introducción a la Sociología del Derecho, Lorenzo Zolezzi, PUCP, Lima, 1987, pp. 338 - 347.
 - 10 GALGANO, FRANCESCO.- «Il Rovescio del Diritto», Giuffrè Editore, Milán, 1991, p. 11. Sobre estas ideas consúltese la traducción parcial al español en nuestros materiales de Historia del Derecho Peruano de la Universidad de Lima y en Cuadernos de Derecho Nro. 4, Revista del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.
 - 11 Una visión sintética de todos estos cambios puede encontrarse en el notable y ya clásico trabajo de Harold Lasky, «El liberalismo europeo», Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
 - 12 TIGAR, MICHAEL E., y LEVY, MADELAINE R.- «El Derecho y el Capitalismo», segunda edición, Siglo XXI, México, 1981. Tigar y Levy rechazan la posición asumida por historiadores como Tawney y sociólogos como Max Weber que consideran a la Reforma protestante como el clima moral del Derecho burgués. Sostienen, más bien, que la teoría legal de la burguesía fue anterior a aquélla y que constituyó un ingrediente ideológico fundamental de la revolución burguesa.
 - 13 BERMAN, Harold J.- «Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition», Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1983. Pueden consultarse también los trabajos de Francesco Calasso: «Medio Evo del diritto», Giuffrè, Milán, 1954; V. Piano Mortari: «Aspetti del pensiero giuridico medioevale», Liguori, Napoli, 1985; del mismo autor: «Gli inizi del diritto moderno in Europa», Liguori, Napoli, 1984 y, de Peter Stein: «I fondamenti del Diritto europeo», Giuffrè, Milán, 1987.
 - 14 POPPER, KARL R.- «La sociedad abierta y sus enemigos», Ediciones Orbis S.A., Buenos Aires, 1985. Aunque el libro es una suerte de manifiesto ideológico trae una serie de reflexiones históricas que nos parecen muy valiosas.
 - 15 Esta idea fue acuñada por un antropólogo del siglo XIX, Henry Maine, en su trabajo clásico «El Derecho antiguo», Editorial Extemporáneos, México, 1980.
 - 16 Lutero era un detractor de la teoría heliocéntrica de Copérnico. En tono de reproche, diría: «Ha aparecido un nuevo astrónomo que se jacta de poder probar que la tierra se mueve y no el sol, la luna y las estrellas; este loco quiere cambiar por completo la astronomía sin tener en cuenta lo que la escritura dice sobre la cuestión cuando narra que Josué ordenó al sol detenerse y no a la tierra». Calvino era también un severo crítico de esa teoría, convencido de que la Biblia había dicho la última palabra sobre la cuestión. En su comentario al Génesis cita el primer verso del Salmo 93 y pregunta: «¿Hemos de poner la autoridad de Copérnico sobre la del Espíritu Santo?». Las citas han sido tomadas del magnífico trabajo de Enrique Tierno Galván «Tradición y Modernismo», Editorial Tecnos, Madrid, 1962, p. 59.
 - 17 LASKY, o., c., p. 76.
 - 18 La relación entre el Estado moderno y la codificación ha sido expuesta por Domenico Corradini, «Garantismo e stadualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento», Giuffrè, Milán, 1971 y por Giovanni Tarello, «Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto», Il Mulino, Bologna, 1976.
 - 19 Vid. UNGARI, Paolo.- «Per la storia dell'idea di Codice», en Quaderni fiorentini Nro. 1, Firenze, 1972, pp. 207-227.
 - 20 GERO DOLEZALEK ha empleado esta afortunada expresión para referirse a los juristas peruanos de la Colonia que miraban fuera del Perú e incluso más allá del mundo hispánico. Ese elemento universalista era la nota dominante del Ius Commune. Véase de dicho autor «Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX», en Diritto Romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano, Studi Sassaesi V, Giuffrè editore, Milán, 1981, pp. 491-518.
 - 21 MARIO CATTANEO, «Illuminismo e legislazione», Edizioni di Comunità, Milán, 1966, p. 168.
 - 22 PARADISI, Bruno.- «Questioni fondamentali per una moderna storia del Diritto», en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno Nro. 1, Firenze, 1972, p. 8.
 - 23 BERNARDINO BRAVO LIRA, «Codificación Civil en Iberoamerica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y europeización», en Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana, Coordinador Abelardo Levaggi, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, p. 84.
 - 24 FRANZ WIECKER, Storia del Diritto Privato Moderno, Giuffrè, Milán, 1980, t. I, p. 496.
 - 25 Seguimos en este punto el criterio de Franz Wieacker, Ibid. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el uso de la expresión «declinación» usada para describir la tercera fase, es sumamente discutida, más aún cuando en nuestro tiempo se presentan ciertos hechos que desmienten esa supuesta decadencia. A saber: 1. La puesta a la orden del día de los viejos ideales liberales que, precisamente, acompañaron a la codificación europea y latinoamericana del siglo XIX. 2. Los países que abandonaron el «socialismo real» y aquéllos que instalan «economías socialistas de mercado» (?), retoman y modifican sus códigos. 3. El acelerado tránsito del Common Law hacia la codificación. Por todo ello quizás se pueda hablar de una cuarta etapa: la del rejuvenecimiento de la codificación.
 - 26 Ibid, p. 499.
 - 27 KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÖTZ, «Introduzione al

- Diritto Comparato», Giuffrè, Milano, 1992, p. 170
- 28 DOMENICO CORRADINI, «Garantismo e Statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento», o., c., p. IX-X, p. 13.
- 29 Ibid.
- 30 Ibid.
- 31 WIEACKER, o., c., p. 504. No era la primera vez que Federico II expresaba aversión por las leyes ingentes y confusas. La exaltación de un cuerpo positivo perfecto, racional y funcional se halla a la base de su Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois, en Ouvres de Frédéric II, roi de prusse, vol. II, 1790, p. 89 y siguientes.
- 32 SOLARI, «Individualismo e Diritto Privato», o., c., p. 83.
- 33 J.E. D. Bernardi citado por André Arnaud, «Les Origines doctrinales del Code Civil Français», Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, Introduction, p. 3.k
- 34 Carta de Savigni dirigida en 1816 a von Arnim, citada por Wieacker, o., c., pp. 511-512.
- 35 CATTANEO, «Illuminismo e legislazione», o., c.
- 36 ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p. 195, citando la obra de von Zeiler «Commentar über das allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1811-1813, I, p. 7).
- 37 PHILIPP RITTER HARRAS VON HARRASOWSKY, «Der Codex Theresianus un seine Umarbeitungen I», Viena, 1883, p. 11.(En el fondo de la biblioteca del Instituto de Historia del Derecho Italiano de la Universidad de Roma «La Sapienza»).
- 38 ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p. 197.
- 39 En general en toda Europa, entendida muchas veces como la depositaria y protagonista de la modernidad, una serie de elementos propios del tradicionalismo persistieron en su estructura económica, en la cultura política y en la mentalidad popular, como lo demuestra el apasionante libro de Arno J. Mayer, «La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra», Alianza Editorial, Madrid, 1984
- 40 ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., p. 198.
- 41 WIEACKER, o., c., p. 515.
- 42 ZWEIGERT y KÖTZ, o., c., pp. 198-200.
- 43 CORRADINI, o., c., p. 13.
- 44 P. A. FENET, «Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil», Paris, Videcoq, Librairie Place du Panthéon, Imprimerie D'Hippolyte Tilliard, 1836, t. I, p. XLVII.
- 45 Citación no precisada por Gioele Solari, «L'idea individuale e l'idea sociale nel Diritto Privato», Fratelli Boca editore, Milano, Torino, Roma, 1911, p. 159.
- 46 Ibid, p. 161.
- 47 BRUNO PARADISI, «Apologia della Storia Giuridica», Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 97-98.
- 48 Esta dimensión del problema ha sido subrayada por Cattaneo, «Illuminismo e legislazione», o., c., capítulo II: «La rivoluzione francese», 1: «La teoria giuridica rivoluzionaria». 2: «La codificazione francese», 3: «Dall'ideologia giuridica della Rivoluzione alla filosofia del Codice Napoleone», pp. 99-142. Una presentación global del problema puede encontrarse en el trabajo de Tarello, «Storia della cultura giuridica moderna...», o., c., pp. 25-28. También ha sido desarrollado por Clavero, en un trabajo ahora clásico: «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», o., c., pp. 79-145.
- 49 TARELLO, «Storia della cultura giuridica...», o., c., p. 28
- 50 JOHN HONNOL, «The Life of Law. Readings on the Growth of Legal Institutions», The Free Press of Glencoe, Collier - Mc. Millan-Limited, London, 1964, pp. 100-133. Esta compilación incluye la carta de Bentham, las actas del Congreso de Massachusetts, los informes de los comisionados -entre los que se halla David Dudley Field- para elaborar un Código Civil para el Estado de New York y otros documentos importantes que conciernen al proceso codificador estadounidense
- 51 Ibid.
- 52 DAINOW, «Le droit civil de la Lousianie», en Revue International de droit comparé, Nro. 6, 1954, p. 19; John H. Tucker, «The Code and the Common Law in Lousiana», en The Code Napoleon and the Common Law, B. Schwartz, New York University Press, 1956, pp. 346; Barham, A., «Methodology of the Civil Law» in Lousiana», en Tulane Law Review, Nro. 50, 1976, pp. 474 y ss.; Batiza, «Originis of Moderne Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for Lousiana Law», en Tulane Law Review Nro. 56, 1982, pp. 477 y ss.
- 53 TUCKER, o., c., p. 371.
- 54 DAINOW, o., c., p. 32.
- 55 Bernardino Bravo Lira, «Codificación en Iberoamérica y en la península ibérica...», o., c., p. 38. Tal afirmación se encuentra consignada en la página 82. Más adelante dicho autor, reconoce: «Ciertamente la codificación es de raíz europea». Agregando: «Tiene su foco en Europa Central y en Francia. Desde allí se extiende al resto de Europa continental y a ultramar, a los países regidos por el Derecho castellano y portugués, Iberoamérica, Filipinas y demás» (p. 84).
- 56 El estudio de VÍCTOR TAU ANZOÁEGUI, «La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas», Buenos Aires, 1977, constituye una excepción notable. Sin embargo, el tema está lejos de haber sido agotado.
- 57 Los esfuerzos de historiadores del Derecho como Bernardino Bravo Lira y Alejandro Guzmán Brito desde la Revista Chilena de Historia del Derecho y la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, respectivamente, pueden ser considerados inmejorables. Véase también las cronologías de la Codificación en Europa y América. En: Apéndice de la Revista de Estudios Histórico Jurídicos 7, Valparaíso, 1982, pp. 102-109 y SCHIPANI, Sandro.- «Nota Introductiva». En: Diritto Romano, Codificazione e Unità del Sistema Giuridico Latinoamericano, Studi Sassaesi 5, o., c., p. XIII. Más recientemente en los anexos del trabajo de Bernardino Bravo Lira, «Codificación Civil en Iberoamérica y en la península ibérica ...», o., c., pp. 131-138.
- 58 FRANCISCO DE ICAZA, «La codificación civil en México (1821-1884)», en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre del Derecho, año 9, Nro. 9, México, 1985, pp. 265-278. También, José Luis Soberanes Fernández, «Las codificaciones del Derecho Privado Mexicano en el siglo XIX», en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre del Derecho, año 10, Nro. 10, México, 1986, pp. 373-384.
- 59 Insiste en dicha influencia DE LOS MOZOS, José Luis.- «Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello». En Diritto Romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano, o. c., pp. 163, 197.
- 60 Sobre la diversidad de fuentes del Derecho hispanoamericano consultar ZORRAQUIN BECU, Ricardo.- «La recepción de los Derechos Extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX», en Revista de Historia del Derecho # 4, Bs. As., 1976, pp.325-359.
- 61 Sobre la presencia del Derecho romano en España vid. el volumen «Cultura Ibérica e Diritto romano», Studi Sassaesi 8, Edizioni Scientifiche Italiane, a cura de Sandro Schipani, Napoles, 1986. Por otro lado, sobre ciertas conexiones generales entre el Derecho Romano y el Código de Napoleón, puede consultarse el trabajo de SACCO, Rodolfo. «Diritto Romano e Code Napoleon», en Index 14, Napoles, 1986, pp.99-108. En tanto que sobre la influencia

- del Derecho Romano en los países latinos de Europa: GAUDEMET, JEAN. «La reception du Droit romain dans les Pays Latins», en *Diritto Romano, Codificazioni, il sistema giuridico latinoamericano*, o.,c., pp 477-490.
- 62 GUZMAN BRITO, Alejandro. «La función del Derecho Romano em la unificación jurídica de Latinoamérica», en *Index 6, Nápoles*, 1982. pp 74-82. CASTAN VASQUEZ, JOSÉ MARÍA. «El Código Civil de Bello, factor de unidad». En: *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp 333-342, en el mismo volumen vid. GUISALBERTI, Carlo. «Il Codici Civile di Andrés Bello, Codice latinoamericano», pp. 305-317. GODART, JORGE ADAME. «Vélez Sársfield y la América Latina», en *Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano*, CEDAM, Pádova, 1991, pp 583-585. En la misma publicación consúltese CARRANZA, JORGE. «Dalmacio Vélez Sársfield y la América Latina», pp. 596-610. CATALANO, PIERANGELO; STEGER H.A., LOBRANO, GIOVANNI.- «América Latina y el Derecho Romano», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
- 63 El método comparatista usado por los legisladores resultó crucial en la producción de los Códigos. Junto al Code tenían a la vista el Landrecht prusiano, el ABGB austriaco y una serie de cuerpos normativos europeos y americanos.
- 64 SCHIPANI, SANDRO. «I Codice Latinoamericani della 'transfusión' del Diritto Romano e dell'indipendeza, verso codici della 'mezcla' e codici tipo'», en: *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, o., c., pp. 645-684.
- 65 BERNARDINO BRAVO LIRA, «La difusión del Código Civil en los países de Derecho castellano y portugués», en: «Andrés Bello...», o., c., pp. 343-373.