

**UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
ESCUELA DE DERECHO**

**“ORIGEN Y EVOLUCION DE LA CODIFICACION”**

**ALUMNO: EDUARDO DIAZ DAUDET  
PROFESOR: ALDO TOPASIO FERRETI**

# INDICE

<b>Introducción</b>	4
<b>I) Conceptualización de Codificación.</b>	5
I.1.- Fijación y Codificación.	5
I.2.- Código.	7
I.3.- Codificación.	8
<b>II) Origen del proceso codificador.</b>	10
II.1.- Corpus Iuris Civiles y el trabajo de Justiniano.	10
II.2.- Conceptualización y desarrollo del Derecho Común.	13
II.3.- Pensamiento jurídico pre-codificación. Movimientos y escuelas del Derecho Común.	15
II.4.- Crisis del Derecho Común.	20
II.5.- Alternativas al Ius Commune.	23
<b>III) Movimiento Codificador en Europa.</b>	25
III.1.- Codificación como fenómeno europeo.	26
III.2.- Nueva referencia al Ius Naturalismo.	26
III.3.- Ciencia de la Legislación y Codificación.	27
III.4.- Relevancia de la Ilustración para el proceso codificador.	29
III.5.- Aproximación a las distintas etapas del proceso.	32
III.6.- Referencia a distintas realidades codificadoras.	34
III.6.1.- Prusia.	35
III.6.2.- Bavaria.	37
III.6.3.- Austria.	37
III.7.- Análisis particular al proceso codificador francés.	38
III.7.1.- Contexto político-social.	39
III.7.2.- El Code Civil Napoleón.	44

<b>IV) Movimiento Codificador Iberoamericano.</b>	48
IV.1.- Espacio geográfico a regular en Hispanoamérica.	49
IV.2.- Derecho de las Indias.	50
IV.3.- Transición del Derecho Indiano a la Legislación patria (o superposición de la Ley nacional sobre la monárquica).	52
IV.4.- Origen codificador americano.	55
IV.5.- Especial influencia del Código Civil Francés en el Derecho patrio codificado.	59
IV.6.- Cronología del proceso codificador Iberoamericano.	61
<b>Conclusión.</b>	64
<b>Bibliografía</b>	67

## INTRODUCCIÓN

A menudo los operadores del Derecho se encuentran en complejas situaciones o encrucijadas jurídicas que, a veces con justa razón, atribuyen a la dispersión normativa que en algunas determinadas áreas legislativas existen. Basta sólo con revisar algunas normas de carácter procesal para darse cuenta que, la aplicación de uno u otro procedimiento será una u otra dependiendo del Tribunal o del operador de turno. Lo anterior surge como consecuencia de la dispersión en comento que, combinada con elementos de ambigüedad y vaguedad del derecho, puede llegar a provocar este tipo de problemas.

Los ordenamientos jurídicos, además de ser un conjunto de normas de derecho que rigen en un lugar y época determinada, deben detentar, para ser propiamente jurídicos, un conjunto de características como las siguientes: las normas lo componen deben ser dictadas por aquellos órganos a los que la Constitución ha atribuido la potestad legislativa; el ordenamiento también debe constituir una realidad orgánica mediante la regulación conjunta de las formas de elaboración, desarrollo, aplicación y enjuiciamiento de las normas que contiene; en sus bases el ordenamiento debe regirse por ciertos parámetros socialmente aceptados como “buenos” o deseables, entre otras características que le son propias.

Si bien las características anteriormente señaladas parecen pertenecer a la esencia de un ordenamiento jurídico eficiente, o al menos válido, la operatividad de las diversas ramas normativas contenidas en un ordenamiento

se haría prácticamente nula en el evento de carecer de una estructura o de un orden que permita la correcta y oportuna interpretación, un feliz conocimiento del derecho y una consecuente eficaz aplicación del derecho. Al carecer un ordenamiento de dicho orden, se promueve directamente la incertidumbre e inseguridad en su aplicación, y consecuentemente a una mala administración de justicia.

En esta presentación abarcaremos justamente lo vinculado al orden normativo impuesto por el proceso codificador. A través de referencias a las etapas previas al movimiento codificador, europeo en su origen, buscaremos reflejar la importancia no sólo jurídica de este movimiento, sino también su relevancia histórica.

Para realizar lo señalado en el párrafo anterior, lo primero será determinar el alcance del concepto de código, diferenciando oportunamente lo que es la codificación respecto de la fijación. Una vez aclarados estos conceptos fundamentales nos remontaremos a los orígenes del proceso codificador, haciendo referencia a las etapas previas: la labor de Justiniano, el desarrollo del *Ius Commune*, las distintas escuelas pre-codificadoras, etc. Después de este análisis, indagaremos el proceso codificador propiamente tal y su origen directo como un fenómeno europeo, haciendo mención a los ensayos codificatorios más relevantes e influyentes en el posterior devenir histórico jurídico universal. Finalmente se tratará el fenómeno de la codificación en América latina y la transición del derecho Indiano al derecho patrio, haciendo especial hincapié en la marcada influencia que tuvo el Code Civil francés de 1804 en esta región.

# PRIMER CAPÍTULO: CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CODIFICACIÓN.

## I.1.- FIJACIÓN Y CODIFICACIÓN

La historia del Derecho nos ha enseñado que no podemos concebir a la codificación como un fenómeno o como una técnica independiente. No podemos entenderla como una técnica aislada, sino que debemos subsumirla dentro de un género más amplio de fenómenos que pueden ser llamados como “la fijación del Derecho”. Este fenómeno más amplio en que subsumimos a la codificación consiste, a priori, en la *reunión sistemática, de carácter formal o material, de diversas fuentes de derecho en un solo cuerpo o código que las reemplaza*<sup>1</sup>. Si desglosamos este concepto de fenómeno fijador habemos de remitirnos en un primer lugar al alcance de la palabra “**sistemática**”, que precisamente alude el empleo de cualquier parámetro de orden para proceder a la tarea unificadora, estos parámetros pueden ir desde lo menos elaborado hasta los criterios de mayor sofisticación, lo que se ha visto reflejado a lo largo de la historia cuando apreciamos que en los albores de las manifestaciones fijadoras los criterios eran meramente cronológicos y luego, con correr del tiempo y del aprendizaje de las técnicas jurídicas y pedagógicas, se llegó a parámetros más refinados, especialmente al orden por materia específica, llegando hoy en día a existir tantos cuerpos legales (códigos, como se verá en su momento) como ramas del derecho existen, incluso subespecies dentro de cada una de estas ramas.

Dentro de este concepto entregado de la fijación de derecho, se hizo mención al carácter formal y/o material que este proceso puede llegar a adquirir. Por una parte, el carácter fijador será **formal** en la medida en que la agrupación de fuentes, resultado del proceso fijador, no altere, al menos sustancialmente, la fórmula literaria y la estructura externa de cada una de las fuentes recogidas, por lo que éstas conservarían, al menos en o medular, su autonomía e independencia. Por otra parte, el proceso será **material** en la

---

<sup>1</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2000, p. 15.

medida de que las fuentes empleadas en la fijación sean absorbidas por el producto finalmente agrupado, incluso mediando una reelaboración y reestructuración de los contenido de cada una de estas fuentes que finalmente quedarán confundidas entre sí, feneciendo su individualidad y autonomía previa. Quizás podría señalarse, de forma bastante severa, que la fijación formal podría conducir a una mera recopilación, mientras que la de carácter formal podría conducir a la creación de obras nuevas u originales.

De este modo podemos señalar que el resultado de este proceso fijado quedará comprendido en un libro o texto fijador, el que recibe la denominación de *código*.

Es por lo anteriormente señalado que podemos decir que existe una relación género-especie entre la fijación y la codificación del derecho, siendo esta última un fenómeno histórico moderno que iniciado propiamente tal hacia fines del siglo XVIII, evidentemente fijador pero con ciertas características especiales que lo distinguen de la labor de hacer códigos, acercándola a la labor de realizarlos pero de determinadas maneras.

## **I.2.- CODIGO.**

Para poder obtener una conceptualización más pura de lo que es, específica y técnicamente, el proceso codificador, debemos encontrar primero un concepto de código, puesto que, como se apreció anteriormente a manera de aproximación, se conceptualizó al código como el producto final del proceso fijador, o en su caso particular del proceso codificador del derecho, concebido como el texto o libro en el que convergen las diversas fuentes reunidas en estos procesos.

Definiendo el concepto podemos señalar que un código corresponde a un conjunto de normas legales sistemáticas, que regulan, de forma unitaria, una materia determinada. Por añadidura, código es la recopilación sistemática de diversas leyes, y el conjunto de reglas o preceptos reguladores de una materia

Específica o determinada<sup>2</sup>. De esta definición se desprende con claridad que el código es justamente el resultado de un proceso, llámese codificación.

De todas formas, a través del empleo de un lenguaje técnico jurídico más fino, debemos señalar que un código es una Ley que regula una disciplina jurídica determinada de modo extensivo, exponiéndola en forma lógica y sistemática<sup>3</sup>. De esta definición entregada por Aldo Topasio Ferreti podemos encontrar la diferencia fundamental entre el código y una mera recopilación, consecuentemente la diferencia entre fijación y codificación, puesto que como se señala en la definición un código es una ley y no una recopilación de leyes. Mientras los preceptos de un código, que agrupa preceptos reguladores de una misma materia específica, se numeran a mediante artículos, una recopilación puede estar constituida por una amplia gama de fuentes y preceptos regulatorios de distintas materias e incluso de distintas épocas. Por el contrario el código corresponde a una sola Ley, elaborada por un solo legislador, promulgada en un momento dado, y todos sus preceptos pertenecen a un mismo acto legislativo<sup>4</sup>. A mayor abundamiento, citando a Luis Vogel, “*un código es la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado*”<sup>5</sup>, a lo que habría que agregarle el rango de Ley que representa el manto que a estas “presentaciones” envuelve.

### **I.3.- CODIFICACIÓN.**

Si bien ya hemos abarcado someramente el concepto de codificación diciendo que fue un movimiento jurídico-cultural que tuvo lugar ya entrada la modernidad de la humanidad y que marcó para siempre la historia jurídica de Europa continental y consecuentemente la de Hispanoamérica, ahora nos aproximaremos al concepto de codificación como el proceso técnico-jurídico de

---

<sup>2</sup> Página web [www.bibliotecajuridica.org](http://www.bibliotecajuridica.org).

<sup>3</sup> Topasio Ferretti, Aldo; *Historia del derecho*, Edeval, Valparaíso Chile, 1996, p. 105.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>5</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *De la Codificación a la Descodificación: Code civil (1804-2004) Código Bello (1855-2005)*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago Chile, 2005, p. 101.

elaboración de una Ley reguladora de materias determinadas que a su vez agrupa distintos preceptos, también legales, de manera sistemática, esto es un código. Así, la codificación consiste justamente en un proceso a través del cual se busca reunir en un solo cuerpo orgánico legal un número determinado de leyes relativas a una materia también determinada.

Con el correr de los años se ha desarrollado bastante doctrina en relación a los distintos procesos codificatorios, en cuales serían los mecanismos más idóneos para obtener un texto legal, código, que revista la suficiencia necesaria para regular completamente una materia determinada o aproximarse lo más posible a una regulación íntegra del tema de turno. En este sentido, la discusión se ha referido a los métodos deductivos o inductivos, al uso de lenguajes refinado y técnicos o al empleo de vocablos de carácter más coloquial para una mejor comprensión del promedio de la población que por dicha normativa va a regirse y de paso restringir el espectro interpretativo para una aplicación común del derecho, y otras bifurcaciones doctrinales que hasta hoy tienen aplicación y que son y serán objeto de análisis en la labor legislativa. Por otra parte, lo que nos convoca en esta presentación se refiere a la codificación como movimiento histórico-jurídico de carácter legislativo, sus orígenes y su evolución, especialmente en aquello que guarda relación con la codificación vista como un fenómeno europeo y la expansión de dicho movimiento a Hispanoamérica.

## SEGUNDO CAPÍTULO: ORIGEN DEL PROCESO CODIFICADOR

El proceso histórico denominado Codificación encuentra su raíz en lo que fuera conocido como el Derecho Común o *Ius Commune*. En este sentido, lo anterior puede afirmarse bajo dos puntos de vista distintos. El primero de ellos consistiría en señalar que la codificación corresponde justamente a la labor de codificar o recopilar toda la normativa conceptualizada como parte de este derecho común<sup>6</sup>. La otra alternativa consiste en decir que el proceso codificador constituye una respuesta justamente al derecho común, y que lejos de venir a recopilarlo vino, por contrario, a reemplazarlo.

De todas formas, cualquiera sea la postura que se adopte, debemos convenir en que el germen de la codificación se encuentra de todas maneras en el *Ius Commune* o Derecho Común.

### II.1.- CORPUS IURIS CIVILE Y EL TRABAJO DE JUSTINIANO

Nacido en el año 483 en Tauresio Dardania, Justiniano I fue un emperador Bizantino que dedicó su vida e imperio a la recuperación de las antiguas provincias romanas perdidas ante los invasores bárbaros, librando para tales efectos prolongadas guerras en contra de los Ostrogodos, así como contra los búlgaros, eslavos, Hunos y Ávaros<sup>7</sup>. Del mismo modo, y también en pos la unificación definitiva del imperio, el emperador Justiniano buscó establecer la organización del gobierno imperial intentando, para ello, dotar de estructuras gubernamentales cada una de las provincias romanas recuperadas o anexadas, de manera de dotar de un gobierno común los extensos territorios romanos a gobernar. Para esta magna empresa, Justiniano llevó a cabo el proyecto de mayor trascendencia en el concierto jurídico de su época, y quizás de la historia, esto corresponde a una labor de recopilación, en un gran cuerpo, de distintas normas de derecho romano. Así fue como entre los años 529 y 533 después de Cristo en Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente, se llevó a cabo esta labor de fijación del derecho que corresponde en esencia a

---

<sup>6</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Codificación Civil*, editorial, ciudad país, p. 23.

<sup>7</sup> *Enciclopedia Británica*, Salvat, Madrid, España, p. 1445.

la columna vertebral de lo que posteriormente será concebido como Derecho Común.

Esta recopilación, el Corpus Iuris Civile, estaba constituida por dos ramas distintas del derecho romano. Por una parte encontramos a la *leges*, correspondiente a la legislación imperial, configurada por una amplia gama de tipologías de actos normativos (*subscripciones, decreta y mandata* entre otras), y que genéricamente recibían la denominación de constituciones *principium*. La otra rama que componía a este cuerpo normativo corresponde al *lura*, es decir, libros de derecho escritos y desarrollados por juristas de épocas previas y contemporáneas a Justiniano<sup>8</sup>. Este proceso de fijación tomó como antecedentes, en lo relativo a la recopilación de *leges*, obras anteriores a la Justiniana tales como el *Codex Gregorianus*, el *Codex Hermogenianus* y el *Codex Theodosianus*. Estas recopilaciones guardaban en común el hecho de seguir un orden cronológico en lo relativo al área normativa del imperio.

En esta línea, al asumir la tarea de la fijación, el emperador Justiniano en lugar de la configuración de un cuarto *Codex* decidió justamente recopilar todas las *leges* contenidas en los tres modelos anteriores, adjuntando además nueva legislación imperial posterior a la época Teodosiana, configurándose de esta manera en el año 529 d.c. el ***Codex Iustinianus***. Con posterioridad, en el año 534 d.c. se debió realizar una nueva edición para incorporar toda la legislación creada bajo el mandato del mismo Justiniano. Con el paso de los años, incluso tras la muerte de Justiniano, se continuó con la elaboración legislativa, *leges*, y toda esta producción no fue incorporada a este *Codex* en una nueva edición, sino que mantuvo una total independencia, no tanto en la aplicación sino que en cuanto al trabajo recopilatorio se refiere, recibiendo la denominación de ***Novellae Iustiniani***.

Por su parte, la otra cara de Corpus Iuris Civile estuvo constituida por la recopilación de *lura*, que en esencia correspondía a antologías jurídicas en las que se combinaban selecciones de textos autorizados elaborados por juristas

---

<sup>8</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX, op. cit.*, p. 24.

de la época y comentarios que éstos desarrollaban respecto de la normativa vigente, ordenados en relación a las distintas materias reguladas. A modo de ejemplo de esta literatura postclásica podemos mencionar los *Fragmenta Vaticana*, *la Mosaicarum et Romanarum legum collatio* y *la Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio*<sup>9</sup>.

El resultado de estas recopilaciones jurisprudenciales de autores autorizados clásicos, o al menos atribuidas a ellos, fueron los **Digestos Iustiniani**. Fue el ministro Triboniano quien presidió la tarea compiladora. Esta labor facultaba a los compiladores además a introducir modificaciones en los textos agrupados, y bajo el mando de este ministro, estas “interpolaciones” realizadas por cada uno de los miembros del equipo compilador eran coincidentes, de modo de evitar cualquier tipo de contradicciones entre estas modificaciones realizadas a los textos clásicos de los autores<sup>10</sup>.

El corpus Iuris Civilis estaba compuesto, además de las *leges* y del *Iura*, por una tercera obra que consistía en una reedición de las antiguas *Instituciones de Gayo*, las que habían sido escritas originalmente hacia mediados del Siglo II d.c., y que habían logrado tener una gran difusión en la época postclásica al ser utilizadas en el concierto académico. Por su antigua data, evidentemente estas Institutas no se correspondían con el orden que Justiniano pretendía instaurar, lo que finalmente motivó al emperador y sus funcionarios a realizar la revisión y reedición de sus postulados. Este proceso también fue desarrollado por Triboniano y sus dirigidos, y fue finalizado casi al mismo tiempo que el Digesto. La revisión final se levó a cabo a fines del año 529 d.c., recibiendo la denominación de **Iustiniani Instituciones**<sup>11</sup>.

Por tanto, podemos concluir que la obra realizada por Justiniano denominada como el Corpus Iuris Civile estuvo constituida por el Codex (**Codex Iustinianus**), los Digestos (**Digestos Iustiniani**) y las Instituciones

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>10</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2004, p. 41.

<sup>11</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Codificación civil*, op. cit. p. 26.

(*Iustiniani Instituciones*), además de la colección de Novellae (Normas creadas en la época de Justiniano ajenas al trabajo fijador del imperio).

## **II.2.- CONCEPTUALIZACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO COMÚN**

Tradicionalmente, y por razones eminentemente pedagógicas, se ha sostenido que la edad media abarcó diez siglos, estableciendo, para determinar su inicio y fin, fechas históricas convencionales. De este modo puede decirse que la edad media se inicia hacia el año 476 d.c. con la caída del imperio romano de occidente, y que culminaría con la destrucción Constantinopla en manos de los turcos en el año 1453 o con el “descubrimiento” de América en el año 1492. De todas formas, existen autores que fijan el límite entre la antigüedad y el medioevo los comienzos del siglo VIII con la irrupción del Islam en el concierto romano europeo<sup>12</sup>. En este sentido es preciso distinguir dos períodos dentro de la edad media. El primero de éstos, denominado como alta edad media (siglos VIII, IX, X XI si nos acogemos a la postura señalada) y el segundo llamado baja edad media (XII, XIII, XIV, XV).

Habiendo dicho lo anterior podemos ahora señalar que durante el período concebido como la alta edad media se produjo una verdadera desaparición de lo que fue el Corpus Iuris Civile, y que vino a ser redescubierto solamente hacia fines del siglo XI. Este fenómeno de redescubrimiento o renacimiento jurídico de las fuentes justinianas constituyó un verdadero fenómeno durante la época señalada, incluyendo los siglos XII y XIII.

El pensamiento prevaleciente del hombre de la época señalada apuntaba a concebirse a sí mismo como un individuo inserto en una sociedad, sociedad correspondiente al continente europeo, que tiende justamente a la universalidad<sup>13</sup>. De este modo se produce una concepción, en la Europa general, de un todo unitario que debía, indefectiblemente, ser dotado de un derecho también unitario y consecuentemente común para todos los componentes de la sociedad en comento.

---

<sup>12</sup> Merello, Ítalo; *Historia del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, ciudad país, año, p. 112.

<sup>13</sup> Topasio, Aldo; *Historia del Derecho*, op. cit. p. 16.

Es así como se desarrolla entonces el Derecho Común, como un sistema continental europeo desarrollado por vía de juristas y cuyas fuentes principales estaban constituidas por el Derecho Romano Justiniano y por el Derecho Canónico<sup>14</sup>, consecuencia del nexo entre el Imperio y la Cristiandad que colaboran con el sentir universalista europeo preponderante. En este mismo sentido, el Corpus Iuris Civile, extraviado durante la primera etapa de la edad media y redescubierto durante la baja edad media gracias a la labor de glosadores y comentaristas cuya labor examinaremos más adelante, junto con el derecho canónico van a recibir la denominación de Ius Commune o Derecho Común ya que se configuró como una contrapartida al Ius Propium o Derecho propio de carácter tradicional y consuetudinario imperante en cada ciudad o comarca dentro del vasto imperio Romano medieval. Como una primera referencia a las posturas de los glosadores y comentarista podemos señalar que la aplicación del derecho Común era de carácter meramente subsidiario en efecto del derecho particular o Ius Propium<sup>15</sup>, esto en virtud de que los textos de derecho romano no constituían en esencia un ordenamiento jurídico positivo, siendo el verdadero derecho el nacional, del cual el romano era el auxiliar.

Fue así como el derecho común mantuvo vigencia práctica en toda Europa durante el transcurso de la edad media, vigencia que se vio sustentada por la concepción universalista imperante en el continente europeo en la época en cuestión, e intensificada además por la autoridad que en la baja edad media detentaba el Corpus Iuris Civile<sup>16</sup>. Justamente, como señala Wieacker, este Corpus fue considerado en su época como el Derecho Imperial (Lex Imperio), como *“el más alto pensamiento político y la suprema organización jurídica. La idea de Roma no es ninguna ideología política, sino sólo la expresión misma histórica y dogmática de la conciencia medieval del Derecho y del Estado; pues*

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>15</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Codificación Civil*, op. cit. p. 26.

<sup>16</sup> Topasio, Aldo; *Historia del Derecho*, op. cit., p. 19.

*para ésta el Imperio tiene validez como forma por antonomasia, perdurable hasta el fin de los tiempos, de la comunidad jurídica humana*<sup>17</sup>.

Dentro de esta misma línea cabe destacar que no solo la autoridad del Corpus Iuris Civile junto con el universalismo contribuyeron a la vigencia del Derecho Común en su aplicación en Europa. Debemos decir que, además de la autoridad del cuerpo normativo individualizado, el Derecho Romano por sí mismo gozaba de un gran prestigio más allá de la denominación de Lex Imperio. En este sentido, el Derecho Romano, tanto para glosadores como para comentaristas, fue conceptualizado como el derecho de la razón, que en directo vínculo con el Imperio, determinó que la colectividad de juristas lo sindicaran como el Derecho establecido “por imperio de la razón”<sup>18</sup>.

### **II.3.- PENSAMIENTO JURÍDICO PRE-CODIFICACIÓN. MOVIMIENTOS Y ESCUELAS DEL IUS COMUNNE**

Ya hemos hecho mención a lo que se conceptualiza como renacimiento jurídico, que corresponde básicamente aquel redescubrimiento de las fuentes justinianas hacia fines del siglo XI. En este contexto es menester precisar que tuvieron que aparecer, y en ciertas etapas históricas también confluyeron, diversas escuelas y movimientos que hicieron evolucionar este Corpus Iuris “re encontrado” hasta el fenómeno fijador de la codificación. De esta forma es como se configura el pensamiento jurídico imperante en Occidente previo al fenómeno codificador. Será entonces el Derecho Romano Justiniano el objeto común de análisis de todas las escuelas y movimientos que representan a los distintos pensamientos jurídicos de occidente que precedieron a la codificación, pensamientos que pese a sus diferencias supieron entrelazarse y retroalimentarse en relación a su objeto común: El Derecho Romano<sup>19</sup>.

En relación a estos diversos movimientos cabe hacer presente que nada puede asegurar que efectivamente haya existido un orden cronológico exacto

---

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 30.

como para dar inicio y término a cada uno de ellos, pero sí puede realizarse una aproximación, de manera tal que podemos decir que el primer movimiento, el de los *glosadores* tuvo su inicio y desarrollo entre los siglos XII y XIII; posteriormente los *comentaristas* o *postglosadores* que realizaron su labor durante los siglos XIV y XV. Posteriormente, hacia el siglo XVI, tuvo lugar el desarrollo de la escuela *Humanista*, terminando con el movimiento *lus racionalista* en los siglos XVII y XVIII y el *Historicismo* durante el siglo XIX.

Temporalmente, la primera de las escuelas mencionadas corresponde a la de los **glosadores**. Este movimiento vio su origen durante el siglo XI en forma prácticamente paralela con el redescubrimiento de las fuentes Justinianas, constituyéndose la obra de Justiniano como su objeto de estudio, especialmente la parte correspondiente al Digesto, justamente la rama que se conecta de mejor manera con la metodología pedagógica y sistemática de estudio de los precursores del movimiento glosador. En este sentido, la técnica de trabajo de los glosadores se desarrolló a través de las anotaciones de glosas que los autores realizaban en los márgenes o entre las líneas de los escritos correspondientes (Corpus Iuris o Digesto en forma particular). Con esta técnica se busca explicar exegéticamente cada uno de los fragmentos o de los textos de este Corpus Iuris. Mediante estas glosas se busca entonces desarrollar las relaciones entre los distintos conceptos utilizando la lógica aristotélica como era la usanza en las universidades europeas por ese entonces. Durante esta etapa, siglos, XII y XIII existe entre la comunidad jurídica, conformada por autoridades, autores, profesores, juristas y jueces, un respeto irrestricto frente al derecho romano concebido por los glosadores como el Derecho Imperial emanado de una autoridad y por tanto dotado de una obligatoriedad y pervivencia irrefutable (*imperium romanum*). Por otra parte, este aprecio por el Corpus Iuris redescubierto se manifestaba también por la concepción que de él tenían los glosadores como una obra insuperable dentro de un contexto cultural, como expresión de una técnica jurídica suprema, y cuyos preceptos constituían la verdadera razón jurídica (*ratio iuris*). De esta forma, los glosadores reúnen en sus conceptos, un respeto irrestricto frente a la autoridad del emperador y al derecho que de él emana, y un especial miramiento frente al Corpus como un derecho del más alto valor y prestigio.

Muestra de lo anterior es que Tomás y Valiente asemeja la labor de los glosadores frente al Corpus con el trabajo de los Teólogos frente a la Biblia<sup>20</sup>.

Una de las obras más trascendentes de la escuela de los glosadores corresponde a la *Suma*, un resumen sistemático de una parte específica del Corpus, diseñada especialmente para fines pedagógicos. Uno de los más connotados glosadores fue Accursio, quien desarrolló una recopilación de glosas conocida como la *Magna Glossa*, de vital importancia para la historia del derecho occidental, como señala Alejandro Guzmán Brito en su obra “La Fijación del Derecho”, “la *Magna Glossa* se constituyó en la expresión vigente del derecho común, de incontrastable autoridad en la enseñanza, en el foro, en la administración, con desplazamiento de los escritos anteriores de los cuales se había nutrido”<sup>21</sup>.

Ya entrando a la segunda mitad del siglo XIII surge un nuevo método de análisis del Corpus Iuris distinto de la glosa. Los cultores del movimiento generador de esta nueva metodología recibieron la denominación de **comentaristas** o **postglosadores**. La técnica de los comentaristas alcanzó su máximo desarrollo en Italia, por lo que también fue identificado como *mos italicus*. Lo más característico de esta escuela cultivada por juristas es su clara finalidad práctica acompañada de criterios de aplicación realista del ius commune en conjunto con la legislación vigente de la época (derecho estatutario de los municipios, el consuetudinario, y otros derechos locales con vigencia y aplicación). De esta manera los comentaristas buscan coordinar la aplicación de los derechos locales con los principios orientadores del derecho común. Otro rasgo característico de los postglosadores fue su búsqueda de propuestas o soluciones concretas para los casos que periódicamente surgían en la práctica, sin quedarse en el campo meramente explicativo o descriptivo del derecho común. Estas soluciones eran obtenidas mediante la conjugación del derecho local vigente y el derecho común previamente estudiado por los cultivadores de la escuela en comento. Podemos decir que el principal exponente de este movimiento fue Bartolo Sassoferrato, quien asumió la

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 36.

existencia de un derecho local aplicable subsumido dentro de un sistema jurídico basado en el Derecho Romano<sup>22</sup>.

Como se dijo anteriormente, la gran diferencia entre la glosa y los comentarios consiste en que mientras la primera se dedica a explicar los pasajes del Corpus Iuris, la segunda gira en torno a los casos concretos que se presentan en el día a día, buscando las soluciones prácticas concretas de carácter judicial y extrajudicial, por lo que en definitiva busca la aplicación del derecho basándose siempre en principios pertenecientes al derecho común. En este sentido podemos encontrar los *concilios* (soluciones planteadas por juristas destacados ante consultas de jueces y particulares) y los *tractatus* (obras que desarrollan de manera pormenorizada un tema específico hasta agotarlo). Fue así como los comentarios o el *mos italicus* se configuró en definitiva como un derecho de juristas, que en palabras de Alejandro Guzmán Brito significa que *“la formación y elaboración del derecho vigente se haya reservada al estamento de juristas práctico-profesionales”* a diferencia del derecho legal, que corresponde a *“aquel único derecho que se acepta como vigente es aquel contenido en los mandatos del poder público denominado *latus sensus leges*.”*

Otro movimiento pre codificador es el **Humanismo**, que se configuró como un movimiento cultural caracterizado por un espíritu crítico e individualista en el que se produce un vuelco desde los intereses religiosos a los seculares. La repercusión de este fenómeno en el mundo jurídico, tema que nos convoca, se materializa principalmente a través de una revisión de las Instituciones de Gayo y de la manera en que el derecho en ellas se presentaba. Así, los humanistas reconocieron en estas *institutas* una exposición del derecho a través de métodos clásicos de conexiones internas de conceptos jurídicos, distinto al derecho planteado en el Digesto y el Codex, los otros componentes del Corpus Iuris, en los que se percibe una descripción de carácter compilatorio. La escuela humanista era partidaria de la elaboración de un libro redactado a la manera de las Instituciones pero dotado de una gran profundidad a aras de

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 38.

hacerlo utilizable para su aplicación en el campo normativo. De esta forma el humanismo planteaba una semilla de codificación tendente a provocar una sustitución del Corpus Iuris Civile por un nuevo cuerpo o Código. Esta tarea no pudo llegar a término pues se produjo la declinación de este movimiento sin que hubieran resultados en ese sentido, quedando la labor codificadora relegada para otra época.

Si bien es cierto que las primeras voces de la escuela moderna del **derecho natural o ius racionalista** se oyeron como tal a principios del siglo XVII, conectada de forma manifiesta con las escuelas anteriormente mencionadas, a través de eminencias como Hugo Grocio o Samuel Pufendorf, no deja de ser verdad que la doctrina en comento, que establece como base la existencia de un derecho natural que existiría aún ante la inexistencia de Dios o aún en el caso de que éste existiera pero no se preocupara de los asuntos humanos, encontró sus orígenes ya en la antigua Grecia. Es Aristóteles quien plantea la existencia de un derecho natural de corte superior pero que pese a dicha característica forma parte del derecho político, por lo que no se tiene de él una concepción idealista ni se concibe como un derecho distinto del positivo sino como un derecho vigente dentro de la polis griega. Así lo señala el célebre filósofo en un pasaje de la *Ética Nicomaquea*: “*Lo justo político es de una parte natural y de otra legal; natural, lo que en todas los lugares tiene la misma potencia, independientemente de la opinión que sobre ello se tenga o no; legal, aquello que al principio es indiferente que sea de una manera u otra, pero que una vez establecido ya no es indiferente...*”<sup>23</sup>. Es así como en el contexto del movimiento pre codificador fueron confluyendo distintos elementos de las escuelas previas junto con nuevos factores que ayudaron a moldear esta nueva escuela (como la escolástica española, el humanismo jurídico, el liberalismo y la revolución científica), siendo su carácter principal la concepción de un derecho puramente laico y racional, pero natural, que tiene valor con absoluta independencia de la opinión humana en todo tiempo y lugar, determina reglas de la conducta humana que no corresponden a la voluntad del legislador (divino o humano), aunque puedan coincidir, sino la constante, uniforme

---

<sup>23</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Codificación civil, op. cit.*, p. 65.

naturaleza humana. No es un sistema de valores o de prescripciones, sino un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana destinadas a fundar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. Es un derecho que corresponde al estado de naturaleza, interpretando la naturaleza en función de principios diferentes, que pueden ser, para unos, el de socialidad; para otros, el instinto de conservación; para otros, por ejemplo, la idea de perfeccionamiento, etc<sup>24</sup>.

De este modo, Pufendorf desarrolla un concepto de la *lex naturales* diciendo que es “*aquella que es de tal modo congruente con la naturaleza racional y social del hombre, que fuera de ella no sería posible una honesta y pacífica sociedad en el género humano; o, si así se prefiere, la que tiene una bondad como natural o utilidad a partir de una eficacia nativa, en orden a todo el género humano*”<sup>25</sup>.

De esta manera hemos revisado, a grandes rasgos, las principales escuelas o movimientos que orientaron el quehacer jurídico en el concierto occidental y que registran como objeto común de su aplicación, en mayor o menor medida, al Derecho común ya analizado. Antes de arribar al fenómeno europeo que significó la codificación, cuyas bases se configuran justamente a partir de las escuelas mencionadas, será preciso examinar cuales fueron las circunstancias que motivaron el desencanto de Europa por las fuentes romanas justinianeas y que finalmente derivaron en el advenimiento del movimiento codificador.

#### **II.4.- CRISIS DEL IUS COMMUNE**

Como se señaló en pasajes anteriores, una de las principales características apreciables en el derecho común, correspondía a su condición de derecho de juristas, apreciación fundamentalmente desarrollada por la escuela de los postglosadores. Fue precisamente esta propiedad la que contribuyó a la generación de una primera crítica contra el respetado *Ius Commune*, ya que de

---

<sup>24</sup> Página Web <http://www.mercaba.org/>

<sup>25</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *Codificación Civil, op. cit.* p. 75

por esta razón finalmente podían llegar a converger un número ilimitado de opiniones jurídicas, provenientes de las más diversas escuelas y posiciones dentro del contexto dogmático de la ciencia jurídica como del concierto práctico, aplicación del derecho, y pedagógico. De esta manera se llega inevitablemente a la disensión y a la controversia de opiniones dentro del mundo de los juristas y, consecuentemente, en algún momento se configuraría una total ambigüedad en la aplicación e interpretación de lo que se conocía como derecho común.

Fue por las razones antes señaladas que se creó la *communis opinio doctorum*. Según ésta, el juez no estaba íntimamente ligado a la opinión interpretativa de los juristas, sino a la opinión que resultara común a todos ellos o, al menos, a los más autorizados.<sup>26</sup>

Esta solución resultó en definitiva insuficiente para eliminar o contrarrestar la ambigüedad en comento, pues una vez que se desarrolla la internacionalización de la ciencia de los juristas, la cantidad de obras, opiniones e interpretaciones alcanzó proporciones inmanejables que escaparon al control intentado mediante la institución de esta *communis opinio doctorum*. De esta forma, resultó imposible que pudiese existir una real convergencia de opiniones dentro de la masa internacional de juristas operadores del derecho común.

Como ya fue señalado, en la práctica la potestad legislativa imperial no fue muy desarrollada, constituyéndose de esa manera en derecho común como un derecho de juristas más que uno legal. Pero la gran dispersión del derecho común motivó a que los gobernantes locales reconstruyeran su poder político sobre la base del derecho romano y su mutación para de esa forma dotarlo de características propias del territorio en el que ejercía sus potestades, por lo que se dejan ver finalmente dos fenómenos a partir de la calidad de derecho de juristas que detenta el *Ius Commune*: Por una parte el auge en el uso de las potestades legislativas por cada uno de los gobernantes de los reinos en los que encontraba aplicación el derecho común, y en segundo lugar, el carácter

---

<sup>26</sup> *Ibidem* p. 32.

localista de esta creación normativa, lo que evidentemente propende al uso y aplicación de derecho local en desmedro del derecho común.

A este fenómeno de dispersión del derecho común y el consecuencial aumento de derechos propios locales se suma una ácida crítica formulada por los autores, especialmente por los humanistas, a la matriz de lo que hemos conceptualizado como el derecho común. El Corpus Iuris Civilis. La crítica apuntaba a que la labor compiladora encargada por Justiniano se había desarrollado a través de la reunión de material jurídico recogido de la experiencia romana, lo que desencadenó en que el resultado de dicho proceso compilador arrojara como resultado un texto de gran valor y riqueza histórico-jurídico, pero de una escasa aplicabilidad ya que el contexto histórico en que se produjo la fijación y la época en que el resultado de dicho proceso fijador pretendía ser aplicado, era completamente distinto. Así, llegó un momento en que el Corpus Iuris Civilis se encontró completamente desligado de su contexto original y se vio situado en uno completamente artificial. Si bien esto era sabido por los autores medievales, no cesaron en la admiración al texto justiniano al concebirlo como una obra racional y no histórica. En cambio los humanistas si repararon en la descontextualización temporal de la obra e intentaron enmendar el rumbo a través de la intervención de los textos, ayudados sobre todo con los instrumentos de la filología y de la historia, además de textos jurídicos y no jurídicos descubiertos o desarrollados por ellos mismos. Lamentablemente para sus pretensiones, el nuevo carácter que los humanistas quisieron imprimirle al Corpus Iuris Civilis condujo a su desestimación como cuerpo de derecho vigente <sup>27</sup>, dándole un nuevo golpe al Derecho Común al haber atacado sus bases mismas.

## **II.5.- ALTERNATIVAS AL IUS COMMUNE.**

---

<sup>27</sup> *Ibidem* p. 40

Todas las críticas que anteriormente se señalaron contribuyeron con la posterior debacle del Derecho Común, pero antes de que llegara este punto fatídico para el *Ius Commune* los autores barajaron diversas posibles soluciones para superar las distintas deficiencias de este derecho. De todas formas, como se verá más adelante, ninguna de estas fue la definitiva, pues será el proceso codificador el que rompa definitivamente con el antiguo sistema normativo.

Una de las primeras soluciones planteadas por los autores era aquella que implicaba la promulgación de leyes específicamente dirigidas a zanjar de manera definitiva las controversias existentes entre los juristas, una de las principales falencias del Derecho Común, de modo de poner coto definitivo al vil fenómeno de la disensión.<sup>28</sup>

Esta solución no era una idea original de los autores medievales, ya que fue recogida por los autores modernos a partir de normas similares dictadas por el propio Justiniano, quien efectivamente promulgó una serie de constituciones cuyo objeto era precisamente dirimir las controversias generadas a partir de la aplicación del *Corpus Iuris Civile*. Fue así como autores de diversos países europeos propusieron recoger este mecanismo normativo creado en el período justiniano para terminar con la importante contradicción de opiniones entre los escritores de derecho. Así, hubo legisladores que lo aplicaron como en el caso del reino de Castilla, donde su reina Juana de Castilla (Juana la loca) promulgó las conocidas *Leyes de Toro*, constituidas por 83 leyes decisorias de controversias.<sup>29</sup>

Otro intento por solucionar las deficiencias del Derecho Común, también con precedentes romanos, fue la limitación legislativa de los autores citables o alegables en juicio. El precedente romano mencionado correspondió a la Ley de citas, una constitución imperial dictada por Valentino III de Occidente en Ravena el año 426 y que posteriormente fue recogida por el *Codex Theodosianus*. Esta solución fue también reutilizada por los autores europeos

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 45.

modernos, ejemplo de aquello fue lo acontecido también en Castilla hacia el año 1427 a través de una pragmática del rey Juan II de Castilla con la que se prohibió citar en juicio opiniones de doctores posteriores a Juan Andrés entre los canonistas y a Bártolo entre los civilistas.

De todas formas estos remedios no lograron constituirse en soluciones definitivas, pero cabe destacar que sí van a formar parte importante de la solución definitiva, o sea la de la codificación.<sup>30</sup>

## **TERCER CAPÍTULO: MOVIMIENTO CODIFICADOR EN EUROPA.**

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 47

### **III.1.- LA CODIFICACIÓN: UN FENÓMENO EUROPEO.**

Si bien puede discutirse el momento exacto del origen del fenómeno codificador, podemos decir con total certeza que la evolución desde los procesos jurídicos de recopilación hasta el de la codificación tiene lugar en la Europa de la edad media. La codificación encuentra su raíz en Europa central y en Francia, desde donde posteriormente se extenderá al resto del continente europeo y a ultramar, países regidos por el derecho castellano y portugués, directamente a Iberoamérica y otros países como las Filipinas. La discusión que persiste entre los autores respecto del origen preciso de este movimiento radica en que algunos sostienen que el fenómeno en comento habría surgido a partir de la segunda mitad del siglo XVII, mientras que otros señalan que el movimiento codificador se habría iniciado en los albores del siglo XIX con lo que para ellos corresponde al padre de todos los códigos modernos: El *Code Civil* francés de 1804 (Código de Napoleón).

Lo anterior puede señalarse como cierto en razón de que el movimiento codificador, como se dijo en otro apartado, representa una afirmación del derecho propio, llamado también patrio o nacional, frente al derecho imperante en Europa, esto es el Derecho Común. Es así como los códigos serán cuerpos normativos del derecho patrio cuya elaboración será promovida por los gobernantes de Europa, cuya elaboración no estará supeditada a la autoridad de los juristas sino a la potestad de estos gobernantes como un mecanismo destinado a afianzar la independencia política y soberana adquirida, desligándose así, este derecho codificado, del Derecho Común cultivado desde antiguo por juristas y por las universidades.<sup>31</sup>

Es así como la codificación determinará en Europa una disociación entre el derecho entre los derechos común y el nacional, en este sentido el proceso en comento vendrá en separar dos épocas en la historia jurídico-política de

---

<sup>31</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Impresos Universitaria, Santiago Chile, 1999, p. 147.

Europa continental y de Iberoamérica. Por una parte se pone término a siete largos siglos de una indiscutida hegemonía del Derecho Común en Europa, y a tres siglos en América hispana, mientras que en por otra parte se está dando inicio a una época de creciente independencia del Derecho Nacional respecto del común y, por tanto, de autonomía de cada uno de los gobernantes europeos.<sup>32</sup>

### III.2.- NUEVA REFERENCIA AL IUS NATURALISMO.

La corriente ius Naturalista, ya tratada como una fase previa al movimiento codificador, va a jugar un papel preponderante para el desarrollo de dicho moviendo, ya que serán los autores que adscriben a esta corriente quienes recojan aquel antiguo deseo de los humanistas de sustituir el Corpus Iuris Civile por un nuevo cuerpo normativo (código). Así, con el carácter estrictamente racional, desvinculado de consideraciones teológicas, y la asunción de una perspectiva subjetiva del derecho natural, autores ius naturalistas llevan a cabo trabajos que constituyen verdaderas aproximaciones a una teoría de la codificación. Quizás el más importante de ellos, Godofredo Guillermo Leibniz, señaló a comienzos del siglo XVIII en la postrera etapa de su vida en relación con la teoría mencionada lo siguiente: *“Si las controversias existentes fueran decididas por la autoridad pública y se formara un nuevo cuerpo de derecho o ciertamente un novísimo código que, para decirlo con pocas palabras, fuese redactado completa, breve y ordenadamente, así la incertidumbre estarían ausentes”* (33). Antes de este autor no se encuentran otros que hayan desarrollado ideas semejantes en miras a una potencial teoría de la codificación dentro del concierto ius Naturalista, pero a partir de él, este tópico se volvió recurrente para los seguidores de esta corriente y también para otros.<sup>33</sup>

Es por lo anteriormente expuesto que puede considerarse a Godofredo Guillermo Leibniz como un precursor, dentro de la corriente ius naturalista, de las teorías directamente codificadoras. Decimos directamente pues con obras como las desarrolladas por este autor se ya se está haciendo referencia a

---

<sup>32</sup> *Ídem.*

<sup>33</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica, op. cit.*, p. 115.

modelos normativos, a la forma que debe adoptar la legislación vigente para una mejor aplicación y entendimiento de la misma, independiente del fondo o contenido de esta legislación.

### III.3.- CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN.

En estricta vinculación con el punto anterior, entre los siglos XVIII y XIX se configuró, a modo crítico respecto del Derecho Común vigente, una especie de teoría general sobre la forma adecuada de formular leyes. Esta teoría recibió, en el campo de la doctrina, la denominación de “ciencia de la legislación”. Puede decirse que uno de los aspectos fundamentales tratados por esta “ciencia” guarda relación con el proceso codificador. Dicha relación, entre la ciencia de la legislación y la codificación, es tan poderosa que algunos autores como Guillermo F. Mardagant postulan, a partir de los trabajos realizados por los mismos cultores de la original ciencia de la legislación, la existencia de una ciencia de la codificación que gozaría de total autonomía respecto de la primera. De todas formas, existiendo solo la primera o ambas ciencias, podemos encontrar una raíz común que permite a estas disciplinas compartir principios orientadores, por lo que aquello que a una de ellas puede aplicarse también resulta adaptable a la otra.

La creación de la ciencia de la legislación, o de la codificación conforme lo señalado, se le atribuye al jurista racionalista inglés Jeremías Bentham, cuyas teorías sobre legislación-codificación fueron popularizadas a través de la obra de Etienne Pierredonis Dumont. A partir de ahí, la discusión a nivel doctrinario llevó a conformar una opinión mas o menos común acerca de cuales debían ser los principios fundamentales para el desarrollo de una buena obra de codificación. De esta forma, algunos de los principios necesarios para la configuración de un buen código que reunieron un mayor consenso fueron los siguientes:

a.- En la redacción de un buen código debe evitarse todo casuismo, de esta manera deberá siempre definir de manera precisa cada una de las instituciones que conforman el código, su reglamento y estructura orgánica. Este punto en

particular obedece a una crítica directa al Corpus Iuris Civile que precisamente adolecía de esta característica.

b.- Un buen código debe abarcar una rama completa del derecho que revista una vital importancia para la sociedad toda (ejemplo actual de aquello son los códigos civil y penal con los respectivos códigos de procedimiento) o que sean relevantes para una categoría amplia y abierta de ciudadanos (código de comercio).

c.- La normativa inserta dentro de un buen código no debe dejar un margen amplio de discrecionalidad al juez. Dentro de su todo rigor deberá siempre ser lo suficientemente claro.

d.- Para que un código pueda cumplir con todas las expectativas que en su entorno se forman al momento de su redacción, deberá evitarse siempre las remisiones a otros sistemas jurídicos para llenar lagunas de las que pueda adolecer o para resolver dudas respecto de su aplicación. Por contrapartida, para llenar esas lagunas y para salvar cualquier dificultad sobre la aplicación de las normas que componen el código, éste deberá contener principios generales que faciliten la labor del operador de turno.

e.- Para que un código resulte eficaz su completa redacción debe sustentarse en la racionalidad, en ningún caso podrá obedecer al conformismo histórico. De todas formas el codificador no debe caer en la tentación de transformarse en un innovador compulsivo.

Si bien los principios señalados<sup>34</sup> responden a lo necesario para la elaboración de un código eficiente, existe otra corriente de autores que, distinguiendo entre la ciencia de la codificación y la de la legislación, individualizan algunos principios o exigencias técnicas para el ejercicio de la labor legislativa o simplemente la creación de normas con rango legal por quien corresponda. Entre estos principios se encontraba aquel que señalaba la

---

<sup>34</sup> Página web [www.bibliotecajuridica.org](http://www.bibliotecajuridica.org)

necesidad de crear pocas leyes, vinculado con la precisión requerida para la redacción de un buen código. Este principio se presenta como una contrapartida a lo expuesto por el *Ius Commune* y su abundancia de leyes.<sup>35</sup> Otra recomendación que esta corriente plantea es la utilización de un lenguaje moderno, lo que se traduce en una legislación breve y clara, lo que se logra mediante un lenguaje carente de tecnicismos. Por otra parte la ley debe ser abstracta, formulada a través de principios, huyendo en todo momento de la casuística, al igual que en materia de codificación. Finalmente la ley debe ser completa y sin lagunas, de modo de resolver todos los casos reales posibles, del mismo modo deberá ser ordenada, sistemática y que no deje lugar a interpretaciones.<sup>36</sup>

Cumplidas estas últimas exigencias planteadas por la ciencia de la legislación, en sentido estricto, al juez no le quedaría más que aplicar casi mecánicamente las prescripciones normativas aplicadas al caso específico sometido a su conocimiento, finalidad compartida con la ciencia de la codificación, lo que no hace más que corroborar que ambas representan conceptos cuando menos similares.

#### **III.4.- RELEVANCIA DE LA ILUSTRACIÓN EN EL PROCESO CODIFICADOR.**

Como ya se señaló, tanto el *Ius Naturalismo* como la ciencia o teoría de la legislación van a ser factores influyentes para el origen y desarrollo del fenómeno de la codificación. Pese a esto podemos decir que el impulso decisivo para el florecimiento del germen codificador vino dado por una suerte de alianza entre los factores mencionados y la ideología de la Ilustración.<sup>37</sup> (37) Si bien la Ilustración, movimiento cultural europeo que se desarrolló especialmente en Francia e Inglaterra desde principios del siglo XVIII hasta prácticamente el inicio del proceso revolucionario francés, fue tan importante y trascendente como para contener al *Ius Naturalismo* y a la teoría de la

---

<sup>35</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica, po. Cit.*, p. 110.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 116.

legislación más que formar una alianza con ellos, si sólo nos limitamos a la Ilustración política (modo o manera particular de ser alcanzado por el absolutismo del siglo XVIII) para relacionar a estos tres fenómenos como elementos confluyentes en el nacimiento de la codificación, podremos así apartarnos de la relación género-especie existente entre la Ilustración en general y los otros dos elementos individualizados, el ius naturalismo y la teoría de la legislación.

La Ilustración, denominada de ese modo por su claro objetivo de “disipar las tinieblas de la humanidad a través de las luces de la razón” repercutió directamente en el poder real. El absolutismo, pese a los constantes cuestionamientos dirigidos contra el ejercicio del poder producto del uso de la razón humana en pos de “combatir la ignorancia, la superstición y la tiranía, para así construir un mundo mejor”<sup>38</sup>, no renunció a ninguna de sus supremas facultades, pero al mismo tiempo asumió el deber de promover el bienestar de todos sus súbditos, su educación, salud y cultura, teniendo como fin último siempre “la felicidad del pueblo”. Lo señalado responde al rótulo de Despotismo o absolutismo ilustrado. Para esta clase gobernante el instrumento idóneo para lograr el objetivo planteado era en primer lugar una correcta legislación, surgiendo en este punto la alianza de los tres fenómenos ya señalada, ya que uno de los ámbitos a cuidar por parte del monarca ilustrado era precisamente el bien de la justicia. Así, una reforma a la legislación tan criticada mediante una buena nueva legislación que siguiera los principios ilustrados de la razón, el derecho natural y la ciencia de la legislación fue adoptado como tarea propia por parte de la monarquía ilustrada la confección de esta nueva legislación y particularmente la codificación.<sup>39</sup>

Lo anteriormente expuesto realza la actitud de la monarquía en relación a la generación de normas como consecuencia del movimiento de la Ilustración, pero evidentemente no fue únicamente la clase gobernante quienes se acoplaron, en esta línea, al movimiento en comento. Fue así como a consecuencia del advenimiento de un nuevo grupo social dentro de la

---

<sup>38</sup> Página web [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

<sup>39</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica*, op. cit., p. 117.

estructura jerárquica estamental, la burguesía, se va a crear un sentimiento de repudio frente a las diferencias en las políticas socio-económica entre las clases nobles y el estado llano conformado por los burgueses.

Hacia el siglo XVIII ya se había conformado un nuevo grupo social cuyos orígenes datan de la alta edad media como consecuencia del movimiento migratoria desde el contexto rural hacia los núcleos urbanos. Este grupo, que posteriormente sería sindicado como el estado llano, alcanzó un alto nivel de desarrollo, llegando a marcar un predominio en materias económicas, gracias a las diversas actividades de comercio y científicas por ellos practicadas. Con todo, el desarrollo obtenido por la burguesía encontró siempre un límite en las políticas normativas injustas y diferenciadas establecidas por la clase monárquica asustada por este auge de este nuevo grupo y la amenaza que aquello significaba para el statu quo imperante. Fue así como el movimiento de la Ilustración va a inspirar a la clase postergada a llevar a cabo diversos movimientos reivindicatorios de sus derechos, buscando sobre todo el establecimiento de normas que aseguren un plano mínimo de igualdad entre todos los sujetos imperados. Una manifestación clara de esto último constituirán el *Bill of Rights* de Virginia en el año 1776 y posteriormente la *Declaration des droits de l'Homme et du citaron* en el año 1789, ambos ensayos consecuencia de movimientos sociales independentistas, en el caso Norteamericano, y revolucionarios, en el caso francés.<sup>40</sup> En los dos ejemplos señalados se contiene el principio de la igualdad jurídica entre todos los hombres y el que todos poseen ciertos derechos mínimos e inalienables dignos de proteger, tanto por el Estado como por la ley.

De esta forma, las presiones populares por las reivindicaciones señaladas surtirán efecto, en muchos casos por la fuerza, y serán las Cartas fundamentales o las Constituciones y también los Códigos los que van a asegurar la obligatoriedad en la observancia de igualdades y libertades de cada individuo. En este sentido se logrará sustituir el antiguo e injusto régimen jurídico por otro más acorde con las necesidades de los sujetos imperados.

---

<sup>40</sup> Topasio, Aldo; *Historia del derecho, op. cit.*, p. 113.

Así, se puede señalar que la filosofía político-jurídica de la Ilustración va a constituir un antecedente directo de la Codificación y previamente del Constitucionalismo europeo. De aquella manera, mientras las Constituciones van a representar la organización de los nuevos Estados liberales de Derecho, los códigos buscarán establecer la nueva organización jurídica que sigue al antiguo régimen.<sup>41</sup> Lo señala Tomás y Valiente cuando dice: "...las Constituciones debieron preceder a los Códigos ya que significan respecto a ellos el presupuesto lógico y jurídico fundamental. El modo de creación de Derecho del Estado Liberal consiste, pues, en el Constitucionalismo y la Codificación."<sup>42</sup>

### **III.5.- APROXIMACIÓN A LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO CODIFICADOR.**

Pese a la concordancia entre la mayoría de los autores en relación a la época en que tuvo lugar el origen y el mayor desarrollo del proceso codificador, no cabe duda de que no existe un momento preciso en el inicio del mismo, ni tampoco para su término, de hecho en la actualidad existen diversas teorías sobre el continuismo en la codificación o sobre una mayor tendencia hacia la "descodificación". De todas formas, algunos de estos autores, entre ellos Bernardino Bravo Lira, distinguen diversas etapas del proceso codificador estableciendo en ellas su inicio, desarrollo, fin o continuidad. Justamente el autor recientemente señalado distingue tres momentos dentro del proceso codificador, a saber: génesis, apogeo y declinación. En primer término, la etapa originaria, **génesis**, es aquella en que se llevan a cabo los grandes códigos que se constituirán como modelos históricos para los que vendrán. En este momento se define y realiza por primera vez el ideal codificador<sup>43</sup>. Puede señalarse como hito original de la etapa en comento a la confección del código de *Kreittmayr* (1705-1790) en Baviera, y fijar como término las codificaciones prusiana, austriaca y francesa. Por esta época, en la Península Ibérica y en

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>43</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit., p. 149.

Iberoamérica recién se comienza con los trabajos dirigidos a la elaboración de códigos, mientras que el foco principal de elaboración en esta materia se radica en la Europa central y en Francia.

La segunda etapa conlleva un proceso expansionista de este movimiento bajo el alero de los grandes modelos los Naturalistas. Se produce la generalización del proceso codificador en Europa continental así como en Hispanoamérica y Filipinas. Los códigos de esta fase no se limitan a refundir el derecho nacional o patrio en base a los postulados los Naturalistas, a diferencia de lo acontecido en la etapa anterior, sino que, cimentados en los grandes modelos previamente señalados, utilizan nuevas corrientes doctrinales para desarrollar derecho nuevo. Se configura como una etapa que en fuerza supera ampliamente a la etapa inicial, y que va a cerrarse con la confección de los códigos de principios del siglo XX, entre los que encontramos al Código Civil alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* del año 1900, el suizo *Zivilgesetzbuch* de 1907 y el brasileño del año 1917.<sup>44</sup>

La última etapa mencionada por Bravo Lira es aquella en que el movimiento codificador pierde su impulso e incluso sufre un retroceso, por esta razón se le denomina como su etapa final. Esto se hace claramente perceptible a partir de la segunda década del siglo XX, donde los códigos comienzan a envejecer, volviéndose anticuados e inadecuados, no obstante aún se elaboran códigos en Europa continental y en América hispana, incluso en países del cercano y lejano Oriente, pero los códigos dictados en el apogeo del movimiento codificador devienen en profundo desuso. Sin embargo del contenido de estos códigos van a permanecer de forma indiscutida algunas nociones fundamentales como “los contratos”, “la pena”, “la indemnización” y otros conceptos similares provenientes del Derecho Común y que pasaron a los códigos parecen sobrevivir al fenómeno de la descodificación imperante en la época señalada y para algunos existentes en la actualidad.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, 150.

<sup>45</sup> *Idem*.

### **III.6.- REFERENCIA A LAS REALIDADES CODIFICADORAS DE PRUSIA, BAVARIA Y AUSTRIA.**

Al distinguir entre las distintas etapas históricas dentro del fenómeno codificador dijimos que podían advertirse tres momentos, siendo el último el correspondiente al decadente o epilodal del proceso en comento. Por contrapartida, las dos primeras fases se consagran como las del origen y el apogeo para el movimiento de la codificación. Así, serán las codificaciones de Baviera de *Kreittmayr* (1705-1790), todavía en latín, el *Codex iuris bavarici criminalis* del año 1751, *Codex iuris bavarici iudicialis* de 1753 y el *Codex maximilianus bavaricus civilis* de 1756<sup>46</sup> los que den inicio al proceso y sobre todo se constituyan como antecedentes directos de los grandes códigos lus Naturalistas como serán el prusiano *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* (ALR) de 1794, el austriaco *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del año 1811 y los *Cinq Codes* franceses de 1804- 1810. Cabe en esta parte señalar que a diferencia de lo acontecido en los países de derecho castellano y portugués, la formación de códigos precedió a la de las constituciones, muestra clara de aquello son los ensayos codificatorios recién enumerados.<sup>47</sup>

A continuación se exponen las características más relevantes de cada uno de los códigos, o intentos codificatorios, de carácter lus Naturalista que ponen término a la etapa histórica inicial del fenómeno de la codificación y que para el futuro serán los principales modelos a seguir en materia codificatoria concreta en el orden occidental.

#### **III.6.1.- Prusia: El *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*.**

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 51

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 52

Hacia el 5 de Febrero del año 1794 se publicó en Berlín el *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* para entrar en vigencia el primer día de Junio del mismo año. Se configuró como la culminación de un proceso codificador desarrollado en los países germánicos impregnado por la Ilustración jurídica que repercutió fuertemente en esta región.<sup>48</sup>

Federico II de Prusia, a través de una “orden de gabinete” dirigida al canciller Samuel Cocceji, decretó en 1746 componer un derecho general territorial (*Landrecht*) fundado exclusivamente en la razón y en los estatutos territoriales. Así se hizo y en 1749 y 1751 respectivamente fueron editadas las dos primeras secciones de su *Project des corporis iuris Fridericiani* referidas básicamente a las personas y a las cosas. El desarrollo de esta labor legislativa se vio truncado por la muerte del Canciller Coccejil y por el advenimiento de la Guerra de Siete años.<sup>49</sup>

No fue sino hasta 1780 que se retomaron los trabajos legislativos por iniciativa nuevamente de Federico II, quien encomendó ahora la tarea al Gran Canciller Juan Casimiro von Carmer. Su labor consistía en confeccionar un *Landrecht* para cada una de las provincias y un *Allgemeines Landrecht* para todos los estados con un carácter subsidiario, fundado en el derecho romano en cuanto consonante con la equidad natural y redactado en alemán.<sup>50</sup> El proyecto definitivo fue terminado en 1792, pero no fue promulgado hasta el 5 de Julio de 1794, día en que entró en vigor con la denominación oficial de *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*.

Este código constaba de una Introducción dedicada al tratamiento de las leyes (*Von den Gesetzen überhaupt*) y a señalar algunos principios generales del derecho (*Allgemeine Grundsätze des Rechts*). Además su contenido normativo constaba de dos partes. La primera parte estaba destinada al derecho civil, pero exclusivamente al ámbito patrimonial, así, los puntos tratados en esta primera parte en cada uno de los títulos correspondientes eran

---

<sup>48</sup> Página web [www.revistas.um.es](http://www.revistas.um.es)

<sup>49</sup> Página web [www.bibliojurídica.org](http://www.bibliojurídica.org)

<sup>50</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica, op. cit.*, p. 121.

los siguientes: de las personas, de las cosas, de los actos, de las declaraciones de voluntad, de los contratos, de los actos ilícitos, de la posesión, de la propiedad, de la adquisición en general, de la adquisición entre vivos, de la adquisición por causa de muerte, de la adquisición por medio de terceros, de la conservación de la propiedad, de la persecución de la propiedad, de la extinción de la propiedad, de la copropiedad, de la propiedad dividida, de los derechos reales y personales en cosa ajena, derechos reales en la sustancia de una cosa ajena: derechos prendarios, derecho de retracto, opción, retrocompra, derechos de uso y disfrute en cosa ajena, limitaciones al dominio y ciertos monopolios feudales. La segunda parte de esta legislación codificada tenía un carácter notoriamente misceláneo ya que en ella se trataban puntos relacionados con el matrimonio y la familia, la sucesión intestada, temas vinculados al derecho social, a las corporaciones y asociaciones, al cuerpo burocrático y militar, así como lo concerniente a las Iglesias y comunidades religiosas, escuelas y universidades. Esta parte se hacía cargo también de regular la extensión jurisdiccional, el derecho administrativo además del ámbito penal.<sup>51</sup>

Este código derogó el derecho común preexistente, el romano, pero no hizo lo mismo con los derechos provinciales, de modo que él reemplazó al anterior derecho común como subsidiario de los mencionados derechos provinciales, marcándose así la distinción entre el derecho general territorial (*Allgemeines Landrecht*) y el derecho local vigente en cada provincia (*Landrecht*).

El *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* resultó ser, conforme a su técnica, sistema y lenguaje, un código resueltamente iusnaturalista y moderno. Pese a lo anterior, su gran extensión, proveniente de su intención por abarcar la mayor cantidad de tópicos posibles y su tendencia al casuismo, provocó que muchas voces se alzarán en su contra aludiendo a su carácter tradicional y totalmente opuesto a las nuevas corrientes modernas. De todas formas esta voces no fueron suficientes como para restarle mérito a

---

<sup>51</sup> *Ídem.*

esta legislación que sin lugar a dudas representa a cabalidad el espíritu de la codificación moderna.

### **III.6.2.- Baviera: El *Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles*.**

La “orden de gabinete” dictada por Federico II de Prusia en 1746 tendiente a iniciar la labor legislativa anteriormente señalada, no sólo fue escuchada en Prusia, sino que también sirvió para motivar al príncipe elector de Baviera Maximiliano José III para obtener objetivos similares a los buscados por los prusianos. Así, a instancias del Vicecanciller Kreittmayr, el año 1756 se promulga el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles*, compuesto por cinco partes: una dedicada a las fuentes generales y las restantes a las personas, las cosas, la herencia y a las obligaciones.<sup>52</sup>

Este código ha sido señalado como un instrumento de transición entre la antigua forma legislativa alemana, las *Reformationen*, y las modernas codificaciones iusnaturalistas. Ha sido concebido como una suerte de compendio de derecho común no envuelto aún completamente por las corrientes iusnaturalistas, pero conformado por un sin número de derogaciones tácitas a la antigua normativa, con lo que asumía realmente el papel de derecho subsidiario.

### **III.6.3.- Austria: El *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.**

Al igual que lo ocurrido en el caso prusiano, la promulgación del Código Civil Austriaco es el resultado de un largo proceso legislativo. En este sentido, fueron varios los gobernantes que tuvieron que ver en el establecimiento de la legislación en comento que se erige como una de las obras más importantes de su tiempo. Así, ya en 1753, la emperatriz María Teresa ordenó la confección de un *Codex Theresianus iuris civiles* sustentado en el derecho nacional, el común y la razón. El resultado de este trabajo fue, hacia 1766, el voluminoso proyecto de un *Codex Theresianus*, rechazado por la emperatriz atendida su gran

---

<sup>52</sup> *Ibidem*. P. 119.

extensión y su oscuridad. En 1876, el emperador José II pudo promulgar un *Josefinische Gesetzbuch*, gracias a una comisión formada a partir de ordenes de la anterior emperatriz María Teresa, pero los trabajos de perfeccionamiento de este instrumento se suspendieron en 1787. Finalmente, el emperador Leopoldo II designó una nueva comisión encargada de elaborar el proyecto definitivo, el que comenzó a regir, de forma experimental, a partir del 13 de febrero del año 1797. Tras varias revisiones, el 7 de julio d 1810 se sancionó como *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, para entrar en vigencia al año siguiente.<sup>53</sup>

Este cuerpo legal está compuesto por una introducción sobre las leyes civiles en general y de tres partes. La primera de ellas contiene normas relativas al derecho de las personas y la familia, la segunda se refiere al derecho de las cosas (derechos reales, clasificación de las cosas, la propiedad, adquisición de la propiedad, la prenda, las servidumbres, derechos personales,, contratos, actos jurídicos, indemnizaciones, etc.), y la tercera parte contiene disposiciones comunes a los derechos personales y a los reales.

Dentro de la región germánica el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* superó en estilo, precisión y calidad a los otros ensayos contemporáneos, debido principalmente a que se trató de un código exclusivamente de derecho civil y a que ya contaba con el precedente del código francés.

### **III.7.- ANÁLISIS PARTICULAR DEL PROCESO CODIFICADOR FRANCÉS.**

Antes de la Revolución Francesa, durante el Antiguo Régimen y su legislación real, existió siempre en Francia el problema de ciertas contradicciones entre las leyes de las distintas regiones. Básicamente, existían dos tipos de Derechos en Francia: al norte, un Derecho consuetudinario, herencia del derecho germano, y al sur, un Derecho escrito, herencia del Derecho Romano. Cada provincia o región se manejaba con sus propias leyes,

---

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 128.

producto de las costumbres tradicionales. Como los reyes nunca tuvieron la facultad de modificar las leyes regionales, la unificación legislativa fue siempre difícil de llevar a cabo. Estaba además el Derecho Canónico y las Ordenanzas Reales. En el año 1665 Luis XIV había nombrado una comisión codificadora, sin llegar a concretar su objetivo. En el siglo XVIII se produce un movimiento de interés general hacia el derecho civil francés: Jean Domat publica "*Lois Civiles dans leur ordre naturel*", y cerca de 1750 Robert-Joseph Pothier, ilustre jurisconsulto de Orleans, publica su *Pandectae Justinianae* donde hace un profundo estudio de las leyes del emperador romano Justiniano, y luego se interesa por el derecho francés, comparando las leyes de costumbres con las escritas. A estas alturas ya se estaba produciendo el germen de una conciencia de unificación legislativa en Francia que posteriormente se verá impulsada gracias a los vertiginosos acontecimientos previos y, sobre todo, posteriores a la revolución.

### **III.7.1.- Contexto político y social.**

Para fines del siglo XVIII, el movimiento de cultural de la Ilustración había dejado su huella en gran parte de la civilización Occidental. Las nuevas ideas y conceptos postulados por esta nueva corriente empaparon no sólo a intelectuales o a los líderes políticos sino que a la sociedad toda. Así, la renovada confianza en el progreso y la razón, o en el progreso a través del uso de la razón, contribuyó por una parte a que la sociedad en general, sobre todo las clases oprimidas, se rebelara en contra de la autoridad establecida en pos de un enaltecimiento de los derechos del hombre, como se expresa claramente en la frase acuñada por Rousseau cuando dice que "el hombre nace libre, pero en todas partes está encadenado". Por contrapartida, las clases gobernantes van a detentar el poder absoluto y van a ejercer su autoridad prestando poco oído a los vientos reformistas defensores de los derechos de las personas a nivel individual y social. Esta situación no hará más que enardecer los ánimos del pueblo, que ya buscaba derechos y libertades, y que ahora además inspirará una mayor animadversión en contra de la autoridad absoluta concentrada en la figura de la corona.

El antiguo régimen, caracterizado por el absolutismo real, la ausencia de representación popular en cualquier tipo de cargo directivo y el papel privilegiado de la nobleza y el clero comenzará a ser cuestionado durante el siglo XVIII por las ideas de la Ilustración, que se difundieron entre la nobleza y sobre todo entre la burguesía. Mientras los primeros no buscaban más que el reconocimiento de algunas prerrogativas básicas, la burguesía más exaltada procurará la implantación de gobiernos verdaderamente representativos, basados en dos derechos fundamentales: libertad, para expresar las opiniones, e igualdad de todos los hombres ante la ley. En los países católicos se lucharía también por apartar a la Iglesia de la intervención en la vida política y en la enseñanza.<sup>54</sup>

Si bien las causas para el estallido de las revueltas sociales son muchas, como la exigencias de cambio político, acorde con las renovadoras teorías del liberalismo propuestas por los filósofos ilustrados y racionalistas o el descontento de las clases populares oprimidas ( estado llano o Tercer Estado), será la profunda crisis económica que azotará al pueblo francés la que se constituya como la causa desencadenante para el origen de las revueltas populares. El rey Luis XVI, a través de sus ministros, llevará a cabo diversos planes para intentar mermar la crisis financiera, entre las medidas se encuentra el alza de los impuestos, lo que, como era de esperar, generará y un mayor descontento social y consecuentemente airadas protestas.

La situación social y política en Francia era sumamente delicada, por lo que en el año 1788, a propuesta del antiguo ministro de Hacienda Nécker, el rey convoca a los Estados Generales (una asamblea formada por representantes del clero, la nobleza, y el tercer estado), exigida también por el pueblo. Las profundas diferencias entre los distintos estados parte de la asamblea obstaculizaron la toma de acuerdos pese al consenso en relación la necesidad de profundas reformas para asegurar la firmeza del Estado francés. Estas diferencias de fondo acompañadas de diferencias formales en relación a la

---

<sup>54</sup> Página web [www.thales.cica.es](http://www.thales.cica.es)

validez y mecanismos para ejercer el voto por cada uno de los estamentos involucrados (el rey era partidario del voto por órdenes, al estilo tradicional; mientras el partido patriota, formado en su mayoría por representantes del Tercer Estado, prefería el voto individual), provocó que la labor de esta asamblea fuera poco fructífera. Todo lo anterior hizo que un grupo dirigido por Emmanuel Joseph Sieyès y el conde de Mirabeau creara la Asamblea Nacional, en abierto desafío al gobierno monárquico que había apoyado al clero y a la nobleza. Esta asamblea se atribuye la facultad legislativa exclusiva para materias fiscales, y su principal objetivo será el de redactar una Constitución para el estado de Francia. Por esta razón, la institución en comento derivó en la denominación de Asamblea Nacional Constituyente en el año 1789, configurándose así una verdadera revolución jurídica que muy pronto, el 14 de Julio del mismo año, sería acompañada de la revolución popular más trascendente en la historia occidental, la del pueblo francés, simbolizada en el hito de la toma de la Bastilla.

En medio de este tormentoso clima la Asamblea Nacional Constituyente desarrolla su labor legislativa teniendo siempre como horizonte redactar una Constitución que, en un primer momento, organizase de otro modo la monarquía francesa. Así, como un paso previo a la formulación de una carta fundamental, la Asamblea elaboró y votó la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano (26 de Agosto de 1789), derechos más tarde sintetizados en los tres principios base de la Revolución, "*Liberté, Égalité, Fraternité*" ("Libertad, Igualdad, Fraternidad"). La redacción de esta Declaración, pese a mantener vigencia universal hasta hoy, no provocó el término del caos interno en Francia. Las sublevaciones populares se sucedieron a consecuencia de la persistente crisis económica y de la permanencia del rey en el poder, aunque con muchas limitaciones.

La Asamblea pudo comenzar a cumplir con su objetivo al redactar un primer borrador constitucional que fue aprobado por el monarca francés, con manifiesta disconformidad por todo lo que aquello implicaba, en fastuosas ceremonias, a las que acudieron delegados de todos los lugares del país, el 14 de julio de 1790. Este primer ensayo constitucional suprimía la división

provincial de Francia y establecía un sistema administrativo cuyas unidades eran los departamentos, que dispondrían de organismos locales elegibles. Se ilegalizaron los títulos hereditarios, se crearon los juicios con jurado en las causas penales y se propuso una modificación fundamental de la legislación francesa. Con respecto a la institución que establecía requisitos de propiedad para acceder al voto (sufragio censitario), la Constitución disponía que el universo electoral se limitaría a las clases alta y media. El nuevo estatuto confería el poder legislativo a la Asamblea Nacional, compuesta por 745 miembros elegidos por un sistema de votación indirecto. Aunque el rey seguía ejerciendo el poder ejecutivo, se le impusieron estrictas limitaciones. Su poder de veto tenía un carácter meramente suspensivo, y era la Asamblea quien tenía el control efectivo de la dirección de la política exterior. El poder judicial sería desempeñado por jueces elegidos por el pueblo. Quedaba abolido el absolutismo, estableciéndose un régimen de monarquía constitucional, claramente favorable a los intereses de la nueva clase emergente: la burguesía adinerada.<sup>55</sup>

Una vez terminada la tarea de redactar una carta fundamental, la Asamblea Constituyente se disolvió, dando paso a la Asamblea Legislativa, que tenía por misión el formular leyes para desarrollar y aplicar los principios base de la nueva Constitución del año 1791. Esta asamblea estaba compuesta por 263 diputados de derecha o *cistercienses*, defensores de la Monarquía constitucional, y 136 de izquierda (divididos en *jacobinos* y *girondinos*) partidarios de la revolución y la república. En el centro quedaban unos 300 diputados equidistantes de ambos extremos. Cabe señalar que los girondinos representaban una postura revolucionaria más moderada que la de los jacobinos cuyas posturas eran más extremistas, allí radica el origen de una posterior división extrema que traerá consecuencias políticas y sociales negativas para el desarrollo del ideal revolucionario sobre todo por la inobservancia de uno de los principios esenciales de todo el proceso: la fraternidad.

---

<sup>55</sup> Página web [www.laguia2000.com](http://www.laguia2000.com)

Las divisiones dentro de la propia burguesía junto con los conflictos bélicos con Austria y Prusia, que sentían sus monarquías amenazadas, por las nuevas ideas democráticas que habían surgido con la revolución, contribuyeron con el mal funcionamiento de la monarquía constitucional establecida por la constitución, lo que derivó en una segunda revolución en agosto de 1792, que acabó con la monarquía y estableció la primera república. A partir de esta nueva etapa en el proceso revolucionario van a sucederse distintas disputas de poder, sobre todo entre quienes en un primer momento fueron aliados en la lucha por poner término al antiguo régimen. Así, entre 1792 y 1794, los jacobinos llegaron al poder, y para establecer sus ideas, impusieron un gobierno de terror que comenzó con la decapitación del rey Luis XVI y su familia (21 de enero de 1793) y continuó con la de todos los opositores a la revolución, incluyendo algunos ex camaradas revolucionarios.

Durante este período, conocido históricamente como el Régimen del Terror, el 24 de junio de 1793 se promulga una nueva Constitución cuyas principales características eran el reconocimiento al derecho al trabajo, a la asistencia social y a la enseñanza gratuita para todos, además de que a partir de ese texto el sufragio censatario era sustituido por el sufragio universal.

En 1794, los jacobinos fueron desplazados del gobierno, y éste fue asumido por un Directorio, que sólo admitió el derecho a voto a las clases adineradas. Durante esta época Francia mantiene controversias bélicas con algunas de las potencias europeas además de una exitosa campaña en Egipto. Al mando de estas operaciones de guerra se encontraba el joven general Napoleón Bonaparte, quien, fruto de sus dotes natas de organizador y su genio indiscutible para ganar batallas y obtiene un gran prestigio, aunque del mismo modo logra crearse profundas enemistades. Pero la estrella del joven general estaba en alza.

Durante el ejercicio del poder, el Directorio tuvo que lidiar tanto con monárquicos como con revolucionarios. Sucesivos golpes de estado tuvieron lugar, lo que fue debilitando al gobierno. Así, finalmente se forma un grupo de líderes partidarios de una revisión constitucional, pero dentro del marco de la

moderación. Este grupo encontró su brazo ejecutor en el joven y brillante general. El 9 de noviembre de 1799 Napoleón Bonaparte tomó el poder por las armas, abriendo una nueva etapa en la historia de Francia. El general Napoleón Bonaparte, en aquellos momentos héroe de las últimas campañas, fue la figura central del golpe y de los acontecimientos que se produjeron posteriormente que devinieron en la redacción de una nueva Constitución el 24 de diciembre del año 1799. Esta fue la carta que establecía al Consulado como nuevo régimen de gobierno, a cuya cabeza por supuesto se encontraba Napoleón Bonaparte.

### **III.7.2.- El *Code Civil* Napoleón.**

El año 1800 puede ser sindicado como el del origen de la codificación propiamente tal en el Estado francés. Fueron los Cónsules (en la práctica Napoleón Bonaparte que era el primer Cónsul) quienes, reflejo de un sentimiento generalizado sentir, concibieron la necesidad de codificar sus leyes civiles para afirmar, primeramente, la igualdad y, luego, la libertad que se ofrecía entonces a todos los franceses, promovidos a la calidad de ciudadanos.<sup>56</sup> Así, será Napoleón quien designe una Comisión integrada por cuatro miembros, que no eran precisamente revolucionarios, sino más bien abogados y jueces prácticos. Los cuatro miembros de la comisión en comento eran: François Denis Tronchet (1726-1806), literato, traductor, y, en ese momento, Presidente de la Corte de Casación; Jélix Julien Jean Bigot de Prémeneau (1747-1825), abogado ante el parlamento de París, y comisario del gobierno ante la Corte de Casación, ambos profundos conocedores del *Droit coutumie* o Derecho de la costumbre. Por otra parte también conformaban esta comisión Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807), alto funcionario administrativo, además de brillante orador y escritor; y Jacques Maleville (1741-1824), magistrado de la Corte de Casación, primer comentarista del *Code*, expertos los dos en el *Droit écrit* o Derecho escrito.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Figueroa Yañez, Gonzalo; *Codificación, descodificación, remodificación del derecho civil en De la codificación a la descodificación: code vicil (1804-2004): código de Bello (1855-2005)*, Editorial Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2005, p. 101.

<sup>57</sup> Página web [www.inmf.org](http://www.inmf.org)

Lo que se buscaba con la redacción de este nuevo cuerpo legal era justamente dotar al pueblo francés de un solo texto para todos, que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales. Se quería establecer un derecho sin distinciones, libre de discriminaciones, que pudiera afirmar la igualdad moral de todos, “las relaciones igualitarias entre los ciudadanos”.<sup>58</sup> Con este código se intenta dotar de vigencia legal aquello que une al pueblo francés, aquello en que todos coinciden, como la condición y la dignidad de las personas, los matrimonios que éstas celebran, los contratos que consientan, las obligaciones que contraigan, etc. Esto queda reflejado en las palabras de Portalis cuando dice que, “el orden civil vino a cimentar el orden político. No somos provenzales, bretones, alsacianos: somos franceses”.

Los cuatro juristas a quienes Napoleón encargó la redacción del *Code*, trabajaron bajo la dirección de Cambacérès. El trabajo de redacción y aprobación del Código Civil llevó alrededor de 3 años y medio hasta su aprobación en Marzo de 1804. Se efectuaron cerca de 107 sesiones en la Comisión de Legislación del Consejo de Estado. Napoleón compareció personalmente a cerca de 30 de estas sesiones. Algunos historiadores sostienen que estaba especialmente interesado en las leyes de matrimonio, divorcio y adopción de menores, por motivos personales.

El resultado final fue un trabajo ejemplar, donde quedaban resumidas y claramente sintetizadas las antiguas leyes del régimen real, las leyes de la costumbre de París y el Norte de Francia, y el derecho escrito de las regiones occitanas, combinadas con la nueva filosofía de la Revolución (pese a que los juristas encargados habían sido siempre moderados en cuanto a su afinidad con el proceso revolucionario, atribuible a una preocupación expresa de Napoleón a la hora de elegir a los encargados de aquella noble empresa). Así, el *Code* se presenta como una síntesis entre las influencias jurídicas y políticas del Derecho Romano, del Derecho Consuetudinario, del Derecho vigente

---

<sup>58</sup> Figueroa Yañez, Gonzalo; *Codificación, descodificación, remodificación del derecho civil*, op. cit., p. 102.

durante el Antiguo Régimen, del Derecho Natural, del espíritu de las luces y del liberalismo.<sup>59</sup>

Así termina por configurarse el famoso Código Napoleónico, que en su primera edición contó con 2.281 artículos divididos en tres libros. El primero de ellos era de las personas (artículos 1 al 515), el segundo era de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad (artículos 516 al 710) y finalmente sobre las distintas maneras de adquirir la propiedad (artículos 711 al 2.281).

El primer libro estaba destinado casi completamente a regular las relaciones de familia. Así, en sus diversos títulos se normaban las distintas condiciones y los diversos tipos de matrimonio así como las potestades paternas. En este libro también se trataba lo relativo a los derechos políticos, mencionándose las vías para adquirir la nacionalidad francesa y haciéndose las distinciones entre nacionales y extranjeros en materia de aplicabilidad legislativa. Los principios en los que este libro se sustenta tenían indefectiblemente que evolucionar, consecuentemente correspondía que la normativa en él contenida fuese con el tiempo modificada, pero con mucha prudencia y racionalidad en sus variaciones pues, como señaló el gran artífice de este código Jean Etienne Marie Portalis: “convenía tocarlo sólo con una mano temblorosa”.<sup>60</sup>

La consagración del derecho de propiedad estaba radicada en el libro segundo, así, el artículo 544 rezaba: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos*”. Se trata de un derecho absoluto e intangible. Las disposiciones de este libro reflejan el papel central que jugó la propiedad individual a comienzos del siglo XIX.

Por su parte el libro tercero versaba sobre las modificaciones del dominio y distintas formas de adquirirlo. Además trataba a las sucesiones y las liberalidades. Por otro lado, se consagraba también, en materia contractual, el principio del consensualismo, así por ejemplo el artículo 1.101 definía al contrato como “...un convenio por el cual una o varias personas se obligan,

---

<sup>59</sup> Couailler, Michel; *La descodificación en la jurisprudencia francesa. Mirada de un juez en De la codificación a la descodificación: code vicil (1804-2004): código de Bello (1855-2005), op. cit, p. 121.*

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 123.

frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo". En este ámbito, los elementos esenciales para la validez de un contrato corresponden al consentimiento, al objeto y a la causa del contrato, además, se definen y regulan los contratos especiales como la venta o el arrendamiento de cosas. Este mismo libro dedica una breve referencia a las obligaciones que no nacen fruto de una convención. Pese a dedicarle sólo diecisiete artículos se trata de una parte esencial de este Código.

El Code Civil representó el tipo más acabado de código iusnaturalista y el que llevó sus exigencias al mejor nivel. Los ideales de generalidad, brevedad, concisión y claridad fueron logrados a plenitud.<sup>61</sup> El Código de Napoleón satisfizo casi la totalidad de las necesidades privadas de los ciudadanos franceses. La historia ha sabido reconocer los méritos de este cuerpo legal, constituyéndose como el principal modelo para sus sucesores. El Código Civil francés del año 1804 cumplió con consagrar la unidad de la Francia civil, el término de la propiedad vinculada, la exaltación de la libertad del individuo, la igualdad civil, la secularización del matrimonio y del estado civil, la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad individual, la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la libre circulación de los bienes y la neutralidad confesional del Derecho Civil.<sup>62</sup> Podemos señalar que estos logros conseguidos por el Código fueron posibles gracias a que la Revolución ya le había despejado el camino cuando abolió el antiguo régimen económico-social.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica, op. cit.*, p. 126.

<sup>62</sup> Figueroa Yañez, Gonzalo; *Codificación, descodificación, remodelación del derecho civil, op. cit.*, P. 103

<sup>63</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en iberoamérica, op. cit.*, p. 126.

## CUARTO CAPÍTULO: MOVIMIENTO CODIFICADOR IBEROAMERICANO.

Llama poderosamente la atención el que hasta ahora no hayamos hecho mención alguna al derecho ibérico y a su intervención, o falta de ella, dentro del proceso codificador. Potencias medievales y modernas como España y Portugal, conquistadores y gobernantes de un vasto imperio por muchos años, no debieran haberse restado de este importante movimiento pues, como se mencionara en un acápite anterior, si la codificación se concibe como un fenómeno europeo, lo más natural hubiese sido que las grandes potencias contemporáneas, España y Portugal, fuesen quienes llevaran la batuta al respecto o por lo menos haber tenido algún papel protagónico en el desarrollo de este movimiento de relevancia universal. Para ambos países la codificación llegará de forma tardía, recién hacia fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, esto es cuando tanto el derecho castellano como el derecho portugués ya tenían un milenio de existencia y hacía por lo menos tres cientos años desde que se habían convertido en derechos mundiales vigentes en tres continentes: Península Ibérica, casi toda América, Filipinas y algunas regiones de Asia y África.<sup>64</sup>

Si bien estos países, España y Portugal, estaban al tanto del desarrollo del proceso jurídico que se estaba llevando a cabo en Europa fuera de sus fronteras durante el transcurso de los siglos XVII, XVIII y XIX, en ningún momento hubo una posición clara de dejar atrás la antigua técnica de la recopilación, manteniéndose así como la política legislativa oficial, cuya obra paradigmática es la Novísima Recopilación de las Leyes de España en el año 1805.<sup>65</sup> (65) Estos gobierno hicieron caso omiso a las nuevas corrientes en materia legislativa que vieron como se redactaban vanguardistas y contundentes ensayos codificatorios como el *Allgemeines Landrecht* Prusiano en 1794 y el propio *Code Civil* Napoleón de 1804 en Francia, que pudieron

---

<sup>64</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit. p. 173.

<sup>65</sup> Topasio Ferretti, Aldo; *Historia del derecho*, op. cit, p. 133..

haber servido de modelo para el desarrollo de una nueva legislación en estas naciones y consecuentemente en aquellos lugares donde su normativa tenía, por aquellos años, una repercusión directa. Como lo anterior no ocurrió, España se va a incorporar de lleno al proceso codificador recién en las postrimerías del siglo XIX. Aunque sus primeras aproximaciones codificadoras fueron en 1822 y 1829 con un Código Penal y con uno de Comercio respectivamente, sabemos que la materia más importante por regular, y que otorga el acceso al proceso de la codificación, es la Civil, y esto se hizo efectivo el año 1889 cuando se dicta el Código Civil español. De esta forma es que España se hace parte de este movimiento de forma manifiestamente tardía, ejemplo de aquello es que para la época de la dictación de su Código Civil una gran cantidad de países americanos, que hasta hace poco se encontraban bajo el dominio español, ya habían desarrollado sus primeros ensayos en materia de codificación, y en muchos casos hasta más de uno (México, Venezuela, Costa Rica, entre otros).

#### **IV.1.- ESPACIO GEOGRÁFICO A REGULAR EN HISPANOAMÉRICA.**

El verdadero imperio que la Corona española llegó a constituir en la América colonial hasta antes del término del proceso emancipador abarcaba un vasto territorio que comprendía, subdividiéndose en Virreinos y gobernaciones, la totalidad de Sudamérica, exceptuando a Brasil, todo Centroamérica, México por completo, California, Texas y algunas otras regiones Norteamericanas.

El territorio señalado conformó entonces una unidad política sometida claramente a las directrices emanadas de una autoridad central, la Corona, pero además, esta unidad política tenía la especial característica de ser constituir a la vez una unidad jurídica.<sup>66</sup> De esta forma, el inmenso espacio geográfico sometido no fue nunca objeto de divisiones administrativas tendientes a conformar unidades políticas individuales, lo que pudo haber contribuido a una mejor gestión gubernamental por parte de la Corona y además, probablemente, hubiese determinado que cada una de estas unidades

---

<sup>66</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, op. cit, p. 149.

políticas dotadas de cierto nivel de autonomía estuviera regida por un derecho particular distinto del vigente en los demás departamentos.

Sabemos que, si bien la idea cruzó por la mente de la clase regente española, nunca se desarrolló una división administrativa del territorio conquistado, consecuentemente, nunca existió durante este período una división jurídica, por lo que la anexión de todas las zonas anteriormente señaladas al reino de Castilla determinó que fuera justamente el derecho vigente en aquel lugar el que se empleara en el suelo colonial. Así, cada vez que era descubierta una nueva región se producía la extensión del derecho de Castilla a ese lugar. Lo mismo ocurría cuando se llevaba a cabo la conquista de un lugar determinado, sería el derecho castellano el que comenzaría a regir una vez conseguida la domesticación.

#### **IV.2.- DERECHO DE LAS INDIAS.**

El derecho de Castilla sería entonces el llamado a regir. Hacia la época de los “descubrimientos del nuevo mundo” este derecho se componía por el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* del año 1348 que posteriormente sería revisado por la Primera Ley de Toro, que posteriormente sería recogida, junto a las otras 82, por la Nueva Recopilación del año 1567. Esta normativa, las *Leyes de Toro*, sería la vigente durante prácticamente toda la estancia hispánica en América. Justamente la Ley de Toro establecía un orden de prelación de fuentes para la aplicación de derecho.<sup>67</sup>

Conforme la normativa vigente castellana y el orden de prelación establecida por ésta, en primer término debían ser aplicados los ordenamientos (leyes reales promulgadas en Cortes) y las pragmáticas (leyes reales promulgadas directamente por el Rey). Este conjunto de normas fue recopilado en una primera etapa, previa al arribo español a América, por el *Ordenamiento de Montalvo*. Posteriormente fue absorbida por la *Nueva Recopilación* de 1567 y luego por la *Novísima Recopilación* hacia el año 1805.

---

<sup>67</sup> Página web [www.alipso.com](http://www.alipso.com)

En un segundo lugar se ordenaba la aplicación de las “*leyes de los fueros, el fuero de las leyes así como las de los fueros municipales*” que comprendían tanto al *Fuero Real* del siglo XIII como las *Leyes de Estilo* (colección de sentencias basadas en el Fuero Real). Por su parte, el *Fuero Municipal* comprendía al Fuero Juzgo, vigente en varias localidades de Castilla. Finalmente, la Ley señalaba que en el último lugar en la prelación señalada correspondía la aplicación de las *Siete Partidas* (cuerpo normativo castellano dictado durante el reinado de Alfonso X).<sup>68</sup> Conforme lo señalado, el derecho castellano era el que regía para todas las Indias, con exclusión de los fueros municipales que componían el derecho castellano por su carácter localista. Así, este derecho se aplicará en un porcentaje muy próximo a su totalidad.

Cabe hacer presente que en los años 1530, 1542 y 1555 se ratificó la validez y vigencia de los derechos indígenas de carácter consuetudinario, siempre que no fueran contrarios a la fe cristiana ni a la legislación real. De esta manera se comienza a gestar una suerte de pluralismo jurídico al interior de las Indias por expreso mandato de la autoridad de gobierno. Esta pluralidad se va a ver incrementada por la normativa que comenzará a dictarse por parte del gobierno español específicamente para regular materias concernientes a los territorios americanos. Esta legislación es la que se conoce como “derecho indiano en sentido restringido”, reservándose el concepto macro para la totalidad de la legislación vigente en los territorios del nuevo mundo.<sup>69</sup>

El Derecho Indiano, en sentido amplio, se verá entonces conformado por el derecho indiano especial, o en sentido restringido, que será la normativa propia y principal por aplicar. En segundo término, el derecho castellano importado desde las Indias procedente directamente de la realidad Hispana, con un carácter común y subsidiario del anterior, siguiendo el antiguo distingo analizado a partir del derecho común y su distinción con el derecho propio o local. En subsidio de este último nos reencontramos con el *Ius Commune*,

---

<sup>68</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, op. cit., p. 153.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 156.

recogido básicamente en las *Siete Partidas*. Entonces, a falta de legislación castellana aplicable (constituyente de derecho propio en Europa) correspondería la aplicación de derecho romano o canónico, ambos componentes, como sabemos, de derecho común.

#### **IV.3.- TRANSICIÓN DEL DERECHO INDIANO A LA LEGISLACIÓN PATRIA (O SUPERPOSICIÓN DE LA LEY NACIONAL SOBRE LA MONÁRQUICA).**

Al celebrar el año del Bicentenario de “vida independiente”, para parte de la población está más o menos claro que lo ocurrido en el año 1810 no respondió a un movimiento independentista propiamente tal, sino que en realidad fue todo lo contrario. Así, la constitución de la primera junta de gobierno el 18 de septiembre de aquel año tenía como finalidad esencial el mantener la fidelidad al Monarca español apresado por el gobierno francés dirigido por Napoleón y conducir los destinos de la nación mientras el Rey no retomara sus funciones de gobernantes. Si bien en la conformación de la junta señalada radica la génesis del movimiento separatista, este sentimiento libertario propiamente tal tendrá lugar con posterioridad gracias a la convergencia de distintos factores que no cabe mencionar en esta exposición. Lo que sí resulta atingente señalar es que aquellos individuos que participan en los mencionados procesos del año 1810, las “autoridades chilenas de turno”, se vieron en la necesidad de promulgar reglamentos políticos para poder organizar este incipiente poder “autónomo”. Consecuencia de aquello fue el nacimiento de un nuevo derecho público que, después de diversas cavilaciones, se basó en los modelos de corte republicano liberal separándose de los principios conservadores mas respetuosos de la monarquía<sup>70</sup>, conforme los parámetros preestablecidos por los ensayos constitucionales de Estados Unidos en 1787 y de Francia en 1791.

Lo que ocurre después a nivel político es justamente el desarrollo del movimiento independentista propiamente tal, movimiento que arrojará como consecuencia anexa a la evidente autonomía, la ruptura de la unidad política existente entre las diversas colonias. Factores como la distancia geográfica

---

<sup>70</sup> Página web <http://userpage.fu-berlin.de>

entre las distintas capitales, el carácter aristocrático de los movimientos separatistas, y sobre todo la existencia de un ethos patrio marcado para cada región van a contribuir a que se produzca esta división, que se verá reforzada por el sentir independentista que no permitirá que ninguna de estas nuevas regiones autónomas reconozca la primacía de otra.<sup>71</sup> Así, la Independencia provocará, gracias a la fragmentación política apuntada, el advenimiento de una pluralidad de nuevos estados soberanos.

Lo señalado anteriormente en relación al quebrantamiento de la unidad política no se va a corresponder con lo ocurrido respecto de la unidad jurídica imperante en Iberoamérica. El hecho de que se hayan redactado ensayos constitucionales sobre cimientos liberales representativos va a provocar que estos nuevos estados soberanos dicten alguna normativa para complementar estos nuevos sistemas, pero aquello no va a afectar necesariamente al ámbito del derecho privado. De esta forma, estos nuevos estados independientes no se manifestaron apremiados por derogar los viejos cuerpos legislativos integradores del derecho indiano ni en sustituirlos por una nueva legislación local propia. Por esta razón, la legislación regente en Indias desde la época monárquica continuó imperando durante la incipiente etapa republicana.<sup>72</sup>

Solo una vez consolidada la independencia de los nuevos estados comenzó la inquietud por llevar a cabo una reforma del régimen social y económico imperante, legado directo de la monarquía española absolutista, y que reñía con las libertades y prerrogativas aseguradas por los nuevos sistemas políticos de corte liberal cuya consolidación se pretendía en esta parte del mundo. El mecanismo más idóneo para conseguir esta reforma definitiva era precisamente la conformación de una legislación patria, propia de cada nuevo estado, cuya fuerza reformadora estuviese revestida de los ideales vanguardistas y liberales que desde hace tiempo venían promoviendo, ya a nivel mundial, un nuevo orden en materia social, política, económica y cultural. De esta manera, en su parte sustancial se abolían las viejas instituciones y en lo formal se derogaba, o por lo menos se modificaba, la antigua legislación,

---

<sup>71</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, op. cit., p. 180

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 182.

situación que contribuye directamente con la preparación del camino para el arribo de los códigos en América Latina. Respecto a lo anterior, algunas de las materias reguladas por este nuevo derecho en los diversos estados Iberoamericanos, y que concretamente va a significar una modificación a la normativa preestablecida, fueron las siguientes: se establecerá la libertad de los hijos de esclavos (libertad de vientre, se determinará la abolición de los títulos de nobleza, se instituirá la plena capacidad civil de los indígenas, se regulará el matrimonio de los no católicos, etc.<sup>73</sup> Todas estas regulaciones son una respuesta al antiguo régimen legal, pero, como ya lo señalamos, no vino de ninguna manera a dejar sin efecto la legislación castellana.

El advenimiento de esta nueva legislación patria no provocó de forma inmediata la derogación de la legislación anterior, las Leyes de Indias, sino que la nueva normativa debió cuidar de no contrariar, en la medida de lo posible, a la preexistente, para de esa forma poder convivir simultáneamente durante un importante período de tiempo. Es por esto que se configura una suerte de superposición del nuevo derecho patrio sobre el derecho heredado de la época colonial. En este sentido, cabe destacar que si bien el nuevo derecho patrio efectivamente provocará una importante reforma en el devenir legislativo latinoamericano, en la primera etapa de su desarrollo no sólo tolerará la pervivencia de la legislación castellana, sino que, en directo beneficio de la organización de los nuevos estados, confirmará la vigencia de éste, al menos por un tiempo. Claros ejemplos de lo señalado se desprenden de los diversos ensayos constitucionales redactados por los nacientes constituyentes de cada uno de los nuevos estados, por ejemplo:

La *Constitución provisoria del Estado de Chile* del 23 de octubre del año 1818 dispuso en su artículo 2 del título V, capítulo 1º que: “... *miembros del Poder Judicial, quienes, ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido*”.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Página web <http://bibliotecajuridica.org>

<sup>74</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX, op. cit.* p. 187.

Por otra parte, el artículo 81 de la *Constitución de El Salvador* del año 1824 señalaba: “Las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias continuarán en su fuerza y vigor, menos las que directa o indirectamente se opongan a la Constitución Federal y del Estado, y a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”.<sup>75</sup>

El artículo 164 de la *Constitución de Nicaragua* del año 1826 dijo: “Todas las leyes que hasta aquí han regido continuarán en su fuerza y vigor, si no son las que se opongan a la Constitución de la República y del Estado, y a las que han sido dadas por las Legislaturas nacionales y las del mismo Estado”.<sup>76</sup>

Los casos señalados son el fiel reflejo de la intención generalizada a nivel latinoamericano respecto de la superposición normativa o la simultaneidad en la vigencia del derecho castellano y de las leyes patrias. Este fenómeno constituye la antesala de lo que vendrá a realizar el movimiento codificador en el concierto Hispanoamericano.

#### **IV.4.- ORIGEN CODIFICADOR IBEROAMERICANO.**

La independencia de los pueblos latinoamericanos significó la desintegración del imperio que la corona española logró configurar en América, sucediéndole una serie de Estados autónomos. Cada uno de estos nuevos Estados tomará para sí el trabajo de codificar la legislación aplicable a su territorio conforme los principios previamente trazados en sus cartas fundamentales. Recordemos al respecto que, a diferencia de lo acontecido en Europa con exclusión de España y Portugal.<sup>77</sup> El movimiento codificador Iberoamericano fue precedido de un constitucionalismo necesario para sentar las bases sobre las que se desarrollarían los nuevos Estados.

Una vez consolidada la independencia de los Estados Latinoamericanos, era tiempo de dedicarse a su fortalecimiento en materia legislativa. El

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>76</sup> *Ídem*.

<sup>77</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit. p. 52.

movimiento por la codificación, haciendo un símil con el original europeo dirigido contra el Estado y el derecho común, nace en Latinoamérica a partir de críticas dirigidas contra el derecho castellano-indiano heredado de la monarquía, pero también van a dirigirse en contra del propio derecho patrio creado por las naciones independientes para autorregularse. La crítica se centraba en características que lamentablemente formaban parte de la esencia de la totalidad del derecho vigente en Iberoamérica. Entre las características de carácter externo más criticadas se hallaban las que apuntaban a la multiplicidad de leyes, su heterogeneidad, incoherencia y dispersión; la confusión que se provocaba frente al exceso de comentarios por parte de los autores; la antigüedad del lenguaje empleado en la redacción de aquella legislación; el desuso de innumerables fragmentos de este derecho, etc. Todos estos elementos llevaban a dificultar el conocimiento del derecho, a promover la incertidumbre e inseguridad en su aplicación, y consecuentemente a una mala administración de justicia.<sup>78</sup>

Por otra parte, el ámbito interno de esta legislación sobreviviente al antiguo régimen también fue objeto de críticas. Así, se le acusó de ser concebida dentro de un gobierno despótico y feudal, que no tenía ya lugar en aquella nueva América<sup>79</sup>. En razón de aquello, dicha legislación, que seguía vigente, no armonizaba con los principios políticos inspiradores de la independencia y del nuevo estado libre.

El derecho patrio, vigente junto con el castellano-indiano, no se salvó de las críticas, y de él se decía que por su carácter inorgánico, contingente y particular, sólo había venido a aumentar la preexistente confusión respecto de la legislación antigua, incrementando, por lo demás, la multiplicidad normativa ya mencionada.

Cabe destacar que producto de influencias extranjeras, gracias a los movimientos políticos, sociales y culturales acontecidos en Europa, y sobre

---

<sup>78</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, op. cit., p. 29.

<sup>79</sup> *Idem*.

todo por la referencia específica de los grandes Códigos tributarios del Ius Naturalismo Racionalista (el *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*, el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles*, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* y por supuesto el *Code Civil frances*) el remedio para el conjunto de las críticas señaladas se expresaba casi inmediatamente después de formularlas: era necesaria la confección de nuevos códigos cuya labor sería la de sustituir la antigua y criticada legislación.

Así, puede fijarse de manera aproximada como época de surgimiento de la idea codificadora Iberoamericana, la segunda década del siglo XIX, que justamente corresponde al período de real emancipación de la mayoría de los pueblos americanos, salvando la excepción de países como Venezuela, Argentina y Colombia, donde la redacción concreta de ensayos codificadores no coincidió con la precoz idea de realizarlos.<sup>80</sup>

Diversas alternativas se presentaron ante los legisladores de cada estado Iberoamericano a la hora de dar comienzo a la reformulación del derecho propio e independiente. Por una parte, se podría haber optado por desarrollar una fijación sobre la base del derecho vigente (castellano-indiano y el patrio), reformulándolo conforme los nuevos parámetros de la ciencia de la legislación. La otra opción en esta primera etapa era la de adaptar alguno de los códigos ya existentes, comúnmente los europeos.<sup>81</sup>

En esta etapa primitiva de la codificación Iberoamericana, resultaba bastante difícil la posibilidad de desarrollar ensayos codificatorios originales, básicamente en razón de que la juventud de los estados americanos hacía necesario el afianzamiento de la independencia nacional. Así, la tarea de organizar el gobierno y la administración de los nuevos gobiernos requería toda la atención de sus autoridades. Por este motivo es que los nuevos estados americanos optaron por realizar una adopción/adaptación del código “más perfecto” por aquel entonces: el *Code Frances*. Fue así que estados como el de la Luisiana (EE.UU) en 1808, Haití en 1825, Oaxaca (México) entre 1827 y

---

<sup>80</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX, op. cit.*, p. 208.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 209.

1829, y Bolivia en 1830 decidieron adaptar/adoptar el prestigioso modelo francés.<sup>82</sup> Cabe destacar que en nuestro país, hacia el año 1822, el propio Director Supremo Bernardo O`Higgins propuso adoptar el código francés para Chile o alguno Iberoamericano basado en él, pero su propuesta no vio acogida en la clase legislativa chilena de la época.

Para algunos autores existiría una segunda etapa codificadora en América latina posterior a la inicial adoptadora (en algunos casos sólo adaptadora) del *Code Civil*. Esta nueva etapa se insiste por una importante manifestación codificadora que se manifiesta con la codificación peruana que tuvo lugar entre los años 1847 y 1852. Esta labor tuvo la singularidad de tener características relativamente originales al ser un Código gestado sobre contenidos desarrollados en el Perú.<sup>83</sup> La última de estas etapas en el proceso codificador Iberoamericano llegaría con la promulgación del Código Civil de Chile en el año 1855. Esto en virtud de que su autor, don Andrés Bello por supuesto, deliberadamente no quiso adaptar el Code Frances, sino que su intención fue la de crear un Código original, y además se justifica como hito para el comienzo de esta nueva etapa por que a partir de él, Iberoamérica y sus pueblos tuvieron un tercer modelo que utilizar para el desarrollo de ensayos codificadores.<sup>84</sup> De esta manera, adoptaron el modelo chileno: Ecuador en 1857; la República de Colombia en 1887, El Salvador en 1859; Venezuela en 1862: Nicaragua en 1867, entre otros.

Conforme lo señalado en este punto y el anterior podemos concluir que el desarrollar un sistema normativo que brindara certeza y seguridad jurídica, tanto a operadores como a imperados, constituyó la motivación principal para llevar a cabo el proceso de codificación Iberoamericano. Lo anterior a raíz de las importantes críticas dirigidas en contra de la legislación vigente en Latinoamérica previo a la codificación y que en otra parte se trataron.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 212

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 214.

#### **IV.5.- ESPECIAL INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN EL DERECHO PATRIO IBEROAMERICANO CODIFICADO.**

Como ya ha sido dicho en pasajes anteriores, la obtención de la independencia por parte de los distintos pueblos Latinoamericanos hizo imprescindible la configuración de un andamiaje legal propio como señal de consolidación de la emancipación alcanzada. Por otra parte, las distintas críticas, también señaladas, dirigidas en contra de la legislación perviviente sumadas al racionalismo iluminista que había acompañado el proceso libertador, imponía la sanción de códigos capaces de condensar en un número limitado de artículos soluciones a problemas de naturaleza jurídica.<sup>85</sup>

En Iberoamérica se había originado la idea de reemplazar el derecho vigente por otro derecho que, a todas luces, debía ser codificado. De esta forma es que surgen las opciones de adoptar o adaptar códigos preexistentes, o la segunda alternativa de crear ensayos codificatorios originales amoldados específicamente a las necesidades de cada uno de los nuevos estados libres y soberanos de esta región del mundo.

Para una u otra opción, agregando la posibilidad de crear un código original fundado en otro preexistente, la máxima referencia fue sin lugar a dudas el *Code Civil* francés del año 1804. Este código reflejaba de forma ejemplificadora el anhelo de las ex colonias americanas. Los estados americanos buscaban justamente sustituir de golpe un inmenso y complejo volumen de legislación sindicada como inadecuada para la regulación de este “nuevo orden de cosas” instaurado en América.<sup>86</sup> Así, el *Code Civil* aparecía como el mejor ejemplo, frente a los ojos de nueva clase gobernante, para adaptar, imitar o para fundar su nueva legislación.

En los orígenes del proceso codificador Iberoamericano, hubo otros códigos como el *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* del año

---

<sup>85</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit. p. 178.

<sup>86</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, op. cit., p. 35.

1794 o el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de 1811 que perfectamente pudieron haber servido como modelo para esta incipiente codificación, pero sus características no salvaban las falencias de la legislación vigente en Hispanoamérica como su alto volumen, como su carácter homogéneo (trataban de derecho público y privado), la existencia de diversas normas irreconciliables con el sistema político y social que se pretendía instaurar en América, etc. Así, la filosofía racionalista francesa que había nutrido la mentalidad de los próceres de la independencia les entregaba ahora el *Code*.<sup>87</sup> Este cuerpo legislativo se configuraba sobre la base de principios revolucionarios, garantizando la igualdad (concebida siempre bajo los parámetros de la época) entre los ciudadanos, la libertad contractual y la seguridad jurídica en las relaciones sociales.

Además de lo señalado con relación a los principios orientadores del *Code* compartidos por el movimiento independentista criollo, otros factores influyeron en la adopción de este código por parte de los Estados americanos. Entre ellos, el que el *Code Civil* francés estuviese redactado en un idioma cercano y familiar y que muchos americanos conocían e incluso dominaban fue un elemento muy importante al respecto. Además el código en comento adhería notablemente al Derecho romano en la forma en que éste era conocido y estudiado en América. El derecho en él contenido estaba además libre de abstracciones y de conceptualismos, elementos compartidos por los otros códigos contemporáneos ya mencionados. El volumen de legislación contenido en el *Code* era totalmente manejable y por último gozaba de un gran prestigio en Europa.<sup>88</sup> **(87)** Ahora bien, un elemento que no debe escapar al análisis es la influencia que tuvo la figura de Napoleón Bonaparte sobre los caudillos criollos. El ejemplo de este verdadero héroe para quienes aspiran realizar exitosamente la transición de lo militar a lo político, lo que en efecto aconteció con los libertadores de América a quienes ahora les correspondía ejercer el poder civil, significó que los líderes Iberoamericanos siguieran sus pasos hasta el campo de lo legislativo.

---

<sup>87</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit. p. 178.

<sup>88</sup> Guzmán Brito, Alejandro; *La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, op. cit., p. 35.

Este cúmulo de elementos condujo a que el *Code Civil* francés el sitial de modelo en las concepciones sobre nueva legislación para los distintos Estados americanos.

Así, retomando lo analizado sobre las diversas etapas de la codificación en Latinoamérica, ahora con estricta referencia a la influencia ejercida en la región por el Código Napoleónico debemos señalar que en un primer período comprendido entre los años 1804 y 1845 se desarrolló una promulgación de ensayos codificadores en América, fundados en una intensa imitación del *Code Civil* francés. Ejemplo de lo anterior son el Código Civil de la Luisiana de 1808, el *Code Civil* de la República de Haití en el año 1825, el Código Civil de la República Boliviana (Santa Cruz) de 1831, entre otros. Luego podemos encontrar un segundo período, entre 1847 y 1855, donde se crea un derecho original, autóctono en que el *Code Civil* francés obra exclusivamente como fuente inspiradora, tal como ocurrió en los casos de Perú (1847) y de Chile (1855). Hay un tercer período de naturaleza ecléctica en que se destacan las obras legislativas de Uruguay y de Argentina en 1868 y 1869 respectivamente. Un último período es aquel en que aparece una notoria declinación en cuanto a la influencia de este Código Civil napoleónico durante prácticamente todo el Siglo XX, donde las fuentes de origen pandectístico (Brasil), las Suizas (Perú), Italianas (Bolivia), entre otras van a reemplazar en trascendencia al esencial *Code Civil* francés.<sup>89</sup>

#### **IV.6.- CRONOLOGÍA DEL PROCESO CODIFICADOR IBEROAMERICANO.**

Como ya se ha dicho, el proceso codificador en América latina atravesó por diversas etapas como la adopción de códigos europeos preexistentes, la creación original, y la adaptación de códigos americanos nuevos por parte de otras ex colonias europeas. Para organizar de forma esquemática el desarrollo específico de estos procesos, a continuación se presenta el orden cronológico de las promulgaciones de los distintos ensayos codificatorios basado en los

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 59.

textos del profesor Bernardino Bravo Lira.<sup>90</sup> Las codificaciones que a continuación se mencionan corresponden al período previo a las codificaciones modernas del siglo XX, asociado también por diversos autores a la época de la declinación en la redacción de ensayos codificatorios, o derechamente de la descodificación.

- 1809**.....Código Civil de Luisiana.
- 1919**.....Código Civil II de Luisiana, Código Civil de Haití.
- 1825**.....*Cinq Codes* de Santo Domingo.
- 1827-1829**.....Código Civil de Oaxaca (México).
- 1830**..... Código Penal de Brasil.
- 1831**.....Código Civil, Penal y de Procederes de Bolivia.
- 1834**.....Código Civil de Veracruz (México).
- 1835**.....Código de Procedimiento de Ecuador.
- 1836**.....Código Penal de Colombia, Código Penal de Ecuador.
- 1838**.....Código de Procedimiento Judicial de Venezuela.
- 1841**.....Código General de Costa Rica. (civil, penal, procesal penal y procesal civil).
- 1846**.....Código de Comercio de Paraguay.
- 1850**.....Código de Comercio de Brasil.
- 1852**.....Código Civil de Perú, Código Civil II de Oaxaca (México), Código de Procedimiento Civil de Perú.
- 1853**.....Código de Comercio de Perú, Código de Comercio de Costa Rica.
- 1857**.....Código Civil de Chile, Código de Comercio de Córdoba (Argentina).
- 1859**.....Código de Comercio de Buenos Aires (Argentina), Código Penal I de El Salvador, Código Civil de Bello de El Salvador.
- 1860**.....Código Civil de Bello de Colombia, Código Civil de Bello de Panamá.
- 1861**.....Código Civil II de Veracruz, Código Civil de Bello de Ecuador.

---

<sup>90</sup> Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, op. cit. p. 45-47.

- 1862**.....Código de Comercio de la Argentina, Código Penal del Perú, Código de Procedimiento Penal del Perú.
- 1863**.....Código Civil de Bello en Venezuela.
- 1865**.....Código de Comercio de Chile.
- 1867**.....Código Civil II de Venezuela, Código Civil de Nicaragua.
- 1869**.....Código Civil de Uruguay, Código Civil II de Veracruz.
- 1870**.....Código Penal I de Nicaragua, Código Civil III de Luisiana.
- 1871**.....Código Civil de Bello en Nicaragua, Código Penal de México, Código Civil de México, Código Civil de la Argentina.
- 1872**.....Código Penal español para Cuba, Puerto Rico y las Filipinas.
- 1873**.....Código Civil de Colombia, Código Civil III de Venezuela, Código Penal de Venezuela.
- 1874**.....Código de Minería de Chile,. Código Penal de Chile.
- 1876**.....Código Civil de Paraguay.
- 1877**.....Código Civil de Guatemala.
- 1880**.....Código Civil de Bello de Honduras, Código Penal de costa Rica, Código de Procedimiento Civil y Comercial de Buenos Aires, Código de Procedimiento Civil de México, Código de Procedimiento Penal de México, Código Civil IV de Venezuela.
- 1881**.....Código Penal II de El Salvador.
- 1884**.....Código Civil II de México, Nuevo Código de Procedimiento Civil de México.
- 1888**.....Código Civil II de costa Rica, Código de Procedimiento Penal de la Argentina, Código de Minería II de Chile.
- 1889**.....Código Civil español extendido a Cuba, Puerto Rico y las Filipinas, Código Penal de Guatemala.
- 1891**.....Código Penal II de Nicaragua.
- 1896**.....Código Civil V de Venezuela.
- 1898**.....Código Penal de Honduras, Código Civil II de Honduras.
- 1904**.....Código Civil de Nicaragua.
- 1905**.....Código de Procedimiento Civil de Chile.
- 1906**.....Código Civil III de Honduras.
- 1907**.....Código de Procedimiento Penal de Chile.

**1909**.....Código Penal III de El Salvador.

**1917**.....Código Civil de Brasil, Código Civil de Panamá.

## **CONCLUSIÓN**

Así, con este esquema cronológico del proceso codificador Iberoamericano ponemos fin al presente ensayo. A través de esta presentación se han desarrollado, en distintos puntos, los orígenes y el desarrollo del proceso codificador universal, estudiándolo en un comienzo como un fenómeno jurídico europeo y en una posterior etapa como una forma de satisfacer una necesidad independentista, como lo fue en la Hispanoamérica posterior a la explosión emancipadora, donde el ideal libertario no podría consolidarse sin la estructuración de un sólido modelo legislativo que a su vez se vino a afianzar con el advenimiento de los primeros ensayos codificatorios criollos.

Aquel último punto, relativo a la importancia de la codificación para el continente americano como mecanismo asegurador de la independencia, nos viene a señalar una de las aristas relevantes del proceso codificador a nivel histórico, trascendiendo totalmente lo jurídico, pero nunca dejándolo de lado, pues es en lo estrictamente jurídico donde la codificación encuentra su raíz, su desarrollo y también quizás su decadencia. Así, algunos autores han llegado a postular que con la dictación del Código Civil francés de 1804 y la del Código Civil chileno en 1855 se puso término al fenómeno de la codificación, dándose inicio a lo que actualmente correspondería a la descodificación, la que provendría de una constante fragmentación del Derecho cuando a partir de un tronco común, por ejemplo el código Civil nacional, se comienzan a desprender nuevas ramas autónomas y con reglas propias, como el caso del Código del

Trabajo, el Código de Aguas o el Código Sanitario, siguiendo con el ejemplo chileno, que si bien constituyen la creación de nuevos códigos, implican la mutilación del originario. Esa situación se ve complementada de una constante dispersión de normas producto de la dictación de legislación complementaria de las diversas ramas, lo que hace que la legislación de una materia determinada exceda completamente la regulación contenida en el código que corresponda.

La convergencia de los elementos descritos anteriormente podrían provocar un importante retroceso en el desarrollo de los ordenes normativos y de lo que por años se ha concebido como lo óptimo para la correcta aplicación del derecho por parte de sus distintos operadores, ya que conceptos que vuelven a aparecer como la dispersión normativa, el exceso de legislación o la fragmentación del derecho, nos llevan justamente al inicio o al pre origen del fenómeno codificador, cuando fueron justamente estas características la que gatillaron la necesidad de imponer un orden normativo que entregara un cierto nivel de certeza jurídica, que acabara con la excesiva libertad de interpretación y que finalmente desembocara en la correcta aplicación del derecho y en una eficiente administración de justicia.

Ante esta situación surgen voces que plantean el inicio de un nuevo proceso: la recodificación. Este proceso no implicaría realizar una mera recopilación de todas las leyes existentes sobre una materia, ya se hizo en su momento la distinción entre fijación y codificación, sino que dicha labor requeriría ordenar, clasificar y sistematizar conceptos referentes a las materias similares, estableciendo desde un comienzo determinados principios generales aplicables a todo el espectro normativo a tratar, teniendo siempre en consideración las palabras empleadas por Portalis en el mensaje del Code Civil francés : *“Nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir*

*imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?".<sup>91</sup>*

Pese a que los hechos normativos parecen señalar que efectivamente estamos experimentando el retroceso jurídico señalado, quizás no sea tiempo aún de asumir posiciones apocalípticas y de buscar soluciones apresuradas que puedan desembocar en un caos todavía superior. Tal vez la dispersión normativa no ha alcanzado niveles irremontables que impliquen tomar drásticas medidas que impongan la reformulación de sistemas normativos completos. Así podemos seguir trabajando con las estructuras jurídicas que actualmente poseemos y aplicarlas de manera tal que no sea necesario, al menos en lo próximo, recurrir a medidas extremas que impliquen empezar desde cero, echando por tierra todo o parte del legado jurídico que tanto esfuerzo y trabajo ha costado conseguir.

---

<sup>91</sup>Topasio Ferretti, Aldo; *Historia del derecho*, op. cit., p. 127

## **Bibliografía**

Bravo Lira, Bernardino; *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Impresos Universitaria, Santiago Chile, 1999.

Couailler, Michel; *La descodificación en la jurisprudencia francesa. Mirada de un juez en De la codificación a la descodificación: code civil (1804-2004): código de Bello (1855-2005)*, Editorial Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2005.

Figuroa Yañez, Gonzalo; *Codificación, descodificación, remodificación del derecho civil en De la codificación a la descodificación: code civil (1804-2004): código de Bello (1855-2005)*, Editorial Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2005.

Guzmán Brito, Alejandro; *De la Codificación a la Descodificación: Code civil (1804-2004) Código Bello (1855-2005)*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago Chile, 2005.

Guzmán Brito, Alejandro; *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2004.

Guzmán Brito, Alejandro; *La Codificación Civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2000.

Merello, Ítalo; *Historia del Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, ciudad país, año.

Topasio Ferretti, Aldo; *Historia del derecho*, Edeval, Valparaíso Chile, 1996.

Página web [www.mercaba.org](http://www.mercaba.org).

Página web [www.bibliotecajurídica.org](http://www.bibliotecajurídica.org).

Página web [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com).

Página web [www.revistas.um.es](http://www.revistas.um.es).

Página web [www.thales.cica.es](http://www.thales.cica.es).

Página web [www.laguía2000.com](http://www.laguía2000.com).

Página web [www.inmf.org](http://www.inmf.org).

Página web [www.alipso.com](http://www.alipso.com).

Página web <http://userpage.fu-berlin.de>.

