



FACULTAD DE DERECHO

# EL MOVIMIENTO CODIFICADOR EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Autor: Antonio Orbe Retana

5º E-3 C

Filosofía del Derecho

Tutor: Rafael Vega Pasquín

Madrid

Abril 2018



## **RESUMEN**

El Código de Napoleón es una de las obras jurídicas más influyentes en toda la historia de la cultura occidental. En este trabajo procederemos a estudiarlo desde un punto de vista filosófico, analizando tanto los razonamientos que hicieron posible su efectiva elaboración, con especial atención a la obra de Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau, como los que finalmente contuvo el Código en su redacción final y la teoría puramente codificadora, personificada en la figura de Jeremy Bentham. Asimismo, se profundizará en el proceso de elaboración del Código, comparando la ideología de cada uno de los proyectos e incidiendo en el papel que tuvo en su redacción el hombre que da nombre al Código.

## **Palabras Clave**

*Código de Napoleón, Derecho positivo, Derecho natural, escuela de la exégesis, escuela histórica del Derecho, unidad del Derecho.*

## **ABSTRACT**

The Code of Napoleon is one of the most influential legal works in the history of Western culture. In this paper we will proceed to study it from a philosophical point of view, analyzing both the reasoning that made possible its effective elaboration, with special attention to the work of Thomas Hobbes and Jean-Jacques Rousseau, and those that finally contained the Code in its final draft and the purely codifying theory, personified in the person of Jeremy Bentham. Likewise, the process of elaboration of the Code will be deepened, comparing the ideology of each one of the projects and focusing on the role that the man who gave his name to the Code had in its drafting.

## **Key Words**

*Napoleon's Code, positive law, natural law, school of exegesis, historic school of law, unity of law.*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO .....</b>	<b>4</b>
2.1 LA CREACIÓN DEL SOBERANO UNIVERSAL: HOBBS.....	4
2.2 EL DERECHO SIMPLE Y UNITARIO PARA LA VUELTA AL ESTADO NATURAL: ROUSSEAU.....	9
<b>3. EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO.....</b>	<b>15</b>
3.1 EL INTENTO DE LA CODIFICACIÓN IUSNATURALISTA: CAMBACÈRES.....	16
3.2 LA ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DEFINITIVO: PORTALIS.....	18
3.3 EL ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO CIVIL .....	21
3.4 NAPOLEÓN EN LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.....	24
<b>4. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS.....</b>	<b>28</b>
4.1 LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN .....	28
4.2 CRÍTICA A LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY .....	32
<b>5. EL TEÓRICO DE LA CODIFICACIÓN: JEREMY BENTHAM .....</b>	<b>34</b>
5.1 TEORÍA DE LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO.....	37
5.2 REQUISITOS DEL CÓDIGO.....	39
<b>6. LA OPOSICIÓN A LA CODIFICACIÓN: SAVIGNY.....</b>	<b>40</b>
<b>7. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>43</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar el movimiento codificador desde una perspectiva filosófica. Para ello, realizaremos una travesía cronológica en la que profundizaremos en la ideología de los grandes filósofos inspiradores de la elaboración del Código, así como los grandes teóricos de la codificación propiamente dicha. No obstante, el núcleo central del trabajo consistirá en realizar un análisis pormenorizado del proceso de elaboración del Código de Napoleón, haciendo especial énfasis en sus principios filosóficos y en su posterior interpretación de la escuela de la exégesis.

El proceso histórico que vamos a seguir tiene como punto de partida la filosofía del Derecho de Thomas Hobbes. El pensamiento de Hobbes, como expondremos más adelante de forma más detallada, está vinculado a la creación del Estado absoluto. De esta forma, la principal aportación de Hobbes a la filosofía del Derecho es su tesis política de dotar de poder a un soberano que dicte normas de obligado cumplimiento para sus súbditos. Esta teoría, que puede parecer radicalmente opuesta a los principios racionalistas de la Ilustración, sirve de antesala a ésta para proporcionar un ideario que garantice la omnipotencia del legislador (en el caso ilustrado, como representante de la voluntad popular) como único creador del Derecho. En este sentido, no debe entenderse la teoría de Hobbes como defensora del absolutismo, sino como precedente, que posteriormente evolucionaría, del monopolio estatal en la producción jurídica.

Junto con Hobbes, vamos a tratar como antecedente histórico de la codificación al filósofo suizo Jean-Jacques Rousseau, cuya obra sirvió de complemento a la de Hobbes para completar la tesis de la codificación. De esta forma, podemos considerar la influencia de Rousseau como la personificación del pensamiento ilustrado racionalista en el Código. En consecuencia, ésta será una aportación altamente relacionada con el iusnaturalismo, entendiendo la elaboración del Código en términos de Derecho sencillo, simple y unitario y supresión del Derecho consuetudinario corrompido por las relaciones sociales de los hombres.

En estas condiciones llegaremos al punto central de la obra, que a su vez es el núcleo central de la codificación. En 1804, en el marco de la Revolución francesa, se publica en Francia el Código de Napoleón. Este Código marcaría un hito fundamental en la historia continental. Su singular importancia y la reverencia que le profesarían los grandes juristas de la época permitirían su rápida expansión a lo largo de todo el mundo. Hoy en día, toda la cultura jurídica continental está altamente influenciada por el Código de Napoleón.

El origen de la codificación se encuentra así en el periodo posrevolucionario francés, que transcurre desde 1790 hasta 1800, con dos postulados principales, que aportaron los dos grandes filósofos a los que hemos dedicado los párrafos anteriores: la posibilidad de la existencia de un legislador universal y la necesidad de que el Derecho sea simple, unitario y breve.

Ahora bien, como explica Norberto Bobbio, al analizar el Código de Napoleón se debe diferenciar entre las ideas que propusieron sus redactores, en especial las de su principal redactor, Portalis, y las que más tarde establecieron los intérpretes del Código, que terminó por modificar y, en opinión de muchos autores, entre los que se encuentra Savigny, desnaturalizar el significado del Código.

Esta escuela de los intérpretes del Código de Napoleón ha pasado a la historia con el nombre de escuela de la exégesis, y tendrá una especial relevancia como primer movimiento verdaderamente positivista. En cierto modo, si la codificación ha estado vinculada al positivismo jurídico ha sido en gran medida por la influencia de esta escuela. Su principal particularidad derivará de la interpretación que realicen del artículo 4 del Código (que, como veremos más adelante, tiene una importancia fundamental), en el sentido de que la solución a los problemas jurídicos se tendrá que obtener siempre partiendo de la ley. Es por eso que esta escuela formulará por vez primera el requisito esencial del positivismo de que no existe más Derecho que el positivo.

En otro orden, la importancia de la codificación reside en que, sin ella, no habría sido posible el nacimiento de esta escuela. Ambos fenómenos, por tanto, están estrechamente conectados en relación con el nacimiento del Derecho positivo.

Siguiendo con lo anterior, las principales aportaciones de la escuela de la exégesis serán: la inversión de las relaciones tradicionales entre Derecho natural y Derecho positivo, la concepción estatalista y legislativa del Derecho, la interpretación de la ley fundada en la voluntad del legislador y el respeto al argumento de autoridad.

Adicionalmente, consideramos que el trabajo no quedaría completo si no analizásemos la obra de un pensador puramente codificador, que desarrolle este movimiento en su totalidad. Este pensador es el inglés Jeremy Bentham, máximo representante del estudio de la codificación en Inglaterra, y, posiblemente, el único teórico puramente codificador.

En última instancia, expondremos la teoría de Savigny y, por extensión, de la Escuela Histórica del Derecho, a modo de ejemplo de postura contraria a la codificación del Derecho, y con el fin de mostrar un pensamiento de distinta tendencia al del cuerpo global del trabajo.

En resumen, este estudio cronológico nos servirá para analizar el desarrollo del movimiento codificador, comenzando por su génesis, con la elaboración de las teorías de Hobbes y Rousseau, continuando por la puesta en práctica efectiva en la Francia posrevolucionaria, para terminar con el desarrollo de la teoría filosófica puramente codificadora (y la anticodificadora).

## 2. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO

### 2.1 LA CREACIÓN DEL SOBERANO UNIVERSAL: HOBBS.

*“Homo homini lupus est”.*

*“El hombre es un lobo para el hombre”.*

En cumplimiento con lo expuesto en la introducción precedente, comenzamos el trabajo de investigación haciendo referencia a los antecedentes de la codificación, como movimiento enmarcado dentro del positivismo jurídico.

Conviene matizar, en relación a este precepto, que no se trata aquí de realizar un estudio pormenorizado de todos los precedentes históricos de lo que conocemos como codificación, en primer lugar, porque no es nuestra intención remontarnos demasiado lejos en el tiempo, y en segundo lugar porque buscamos referencias que hayan tenido un impacto directo en la creación de esta corriente.

Destaca por encima del resto de pensadores jurídicos, en este sentido, la figura de Thomas Hobbes, como antecedente directo del positivismo jurídico y de la codificación.

Es complicado enmarcar a Hobbes en una corriente filosófica. Nosotros consideramos que su pensamiento se enmarca en una versión del Derecho natural que lo que en realidad apoya es una concepción positivista del Derecho. Se trata de un pensamiento afectado en gran medida por la época en la que vivió, la que, sin entrar detalle, le confirió una visión profundamente negativa del hombre. Esta visión del hombre nos lleva al punto de partida de la obra de Hobbes: el estado de naturaleza.

El estado de naturaleza es para Hobbes un estado de guerra, de lucha de unos humanos contra otros. De este modo, el derecho natural, el derecho del hombre en el estado de naturaleza, es, en palabras del propio Hobbes: “*la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida, y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin*”<sup>1</sup>. No obstante, dicho estado de naturaleza no se puede mantener, ya que es un estado de lucha y de destrucción, constituido por la propia naturaleza humana. El hombre debe, por tanto, dotarse de un mecanismo que le permita evitar el estado de naturaleza. A este mecanismo le llama Hobbes “ley natural”, que es, según él, lo opuesto al Derecho natural.<sup>2</sup> Una ley que, por cierto, somete a todos por igual, y frente a la cual no cabe ninguna clase de resistencia. En este sentido encontramos un claro precursor de la codificación, al actuar el Estado como legislador único y supremo que crea todo el Derecho. El Estado sólo existirá realmente mientras cumpla estas premisas; en el momento que deje de hacerlo, no hay Estado, sino estado de naturaleza. Se trata, además, de una concepción realmente novedosa, puesto que es el primero que concibe y da expresión conceptual clara a la idea del Estado como un *magnum artificium* técnicamente perfecto, fabricado por hombres, como una máquina que halla su “derecho” y su “verdad” en sí misma, es decir, en su propio rendimiento y función. Además, tampoco era ajeno al genial pensador del siglo XVII el enlace entre la suprema técnica y la autoridad suprema. Al final de la “Ciudad del Sol”, aparece en la visión de Campanella un gran barco sin remos ni vela impulsado por una autoridad absoluta.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Hobbes, T. (1979). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Editora Nacional, p. 228.

<sup>2</sup> Rodríguez Paniagua, J.M. (1984). *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, pp. 111-119.

<sup>3</sup> Schmitt, C. (2003). *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Granada: Comares, pp. 35-45.

En otro orden, podemos considerar que Hobbes es el primero que intenta fundamentar la validez del Derecho positivo, si bien es cierto que lo hace a través del Derecho natural. El Estado es, por tanto, el resultante de las dos fuerzas determinantes del hombre: el ansia de poder, que lleva a la guerra de todos contra todos, y del miedo recíproco, que provoca este *bellum omnium contra omnes*. En otras palabras, el Estado no es más que el resultado del ansia de poder y del miedo recíproco. Esta relevancia del miedo la expresa Hobbes en el propio Leviatán, donde se pregunta: *¿por qué llevamos armas y buscamos acompañantes cuando emprendemos un viaje? ¿Por qué cerramos por la noche las puertas de la casa y, dentro de ella, los armarios? ¿Cuáles son, por tanto, las ideas que tenemos de nuestros conciudadanos, de nuestros vecinos de los que con nosotros comparten nuestra morada? Y a todo esto se añade que lo hacemos así en una situación en que sabemos que las leyes y la Policía nos protegen. Cómo es, empero, la vida cuando falta el poder coactivo del Estado, nos lo enseña de sobra la experiencia de una guerra civil cualquiera.*<sup>4</sup> Por tanto, el Estado tiene que tener como fundamentación principal garantizar la existencia de los ciudadanos. Como el hombre está por naturaleza corrompido, lo que el Estado debe garantizar a los ciudadanos es un orden. Cuál debe ser el contenido de ese orden es, para Hobbes, una cuestión secundaria. Si el hombre es un ser peligroso, no es posible deducir de su naturaleza ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. Y es precisamente el hecho de que relegue el contenido a un segundo plano lo que le da el carácter de pionero del positivismo jurídico.

Profundizando más en su relación con la codificación, en de capital importancia la famosa cita: *“Auctoritas, non veritas facit legem”*, recogida en el Leviatán, en el capítulo XXVI. Todo lo que el legislador preceptúa se considera bueno, mientras que lo que prohíbe es malo. Lo bueno y lo malo, por tanto, no se basa en verdades absolutas, sino en las decisiones del poder político, es decir, del legislador.

<sup>4</sup> Hobbes, T. (1979). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Editora Nacional, p. 225.

Por otra parte, aunque sin entrar en profundidad, no podemos hablar de Hobbes y no hacer, al menos, una referencia al Derecho internacional, del que es considerado una de las principales figuras fundacionales. Este Derecho se constituye como aquél que regula las relaciones entre Estados, cuyos únicos soportes son siempre Estados y en cuyo orden específico sólo tienen cabida los Estados “como tales Estados”. En consecuencia, las guerras entre Estados no son justas ni injustas, sino problemas de Estado, y, como tales, no necesitan ser justas. No obstante, en el Derecho internacional, los Estados están unos frente a otros en “estado de naturaleza”. Volviendo a lo expuesto anteriormente, concluimos que sólo en el Estado hay seguridad y orden, y, fuera de él, no existe la racionalidad ni la legalidad.

En suma, la teoría existencial del Derecho natural sostenida por Hobbes puede atribuirse el mérito de haber puesto a descubierto, en la positividad del Derecho, el calor elemental del Derecho. En éste se encuentran efectivamente entrelazadas positividad e idealidad, porque el Derecho sólo posee carácter valioso como valor real, es decir, como orden conformador de la realidad; o, como Radbruch lo ha expresado muy exactamente, porque es esencial el concepto del Derecho justo, el ser positivo<sup>5</sup>. Conviene matizar, sin embargo, lo expuesto, ya que se niega todo pacto que entre Estado y ciudadano que implique, aunque sea por voluntad propia del ciudadano, la renuncia a su derecho de legítima defensa.<sup>6</sup> En otras palabras, el Estado es el sujeto, el Leviatán, que ostenta todo el poder, tiene legitimidad para crear leyes a su antojo. No obstante, se pone un límite a su actuación, un resquicio derivado del derecho natural, un derecho inalienable, que corresponde a todos los humanos, y que es el derecho de legítima defensa.

La expresión más genuina del poder absoluto, ilimitado e indivisible del soberano, es la facultad de dar leyes. La costumbre sólo existe en cuanto el legislador la

<sup>5</sup> Welzel, H. (2005). *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Valladolid: B de F, pp. 151-162.

<sup>6</sup> Hobbes, T. (1979). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Editora Nacional, pp. 222-227.

admite (aunque sólo sea tácitamente con su silencio) y en todo caso ha de ceder ante una ley contraria. Con esta vinculación del Derecho al Estado, es Hobbes uno de lo máximo definidores del positivismo jurídico. La autoridad, no la verdad, hace la ley. Ahora bien, ello no implica para Hobbes un despotismo arbitrario. Y es que el Leviatán no ha de interpretarse, como a veces se ha hecho, en el sentido del totalitarismo moderno. Porque no obstante su apología del Estado, profesa un individualismo que mitiga las consecuencias prácticas de su absolutismo. El Estado de Hobbes no tiene un fin en sí, sino que está al servicio de los individuos. La consecuencia es la identificación entre sociedad y Estado y entre Estado y gobierno. Con razón ha señalado G.H. Sabine que “es este individualismo tajante el que hace de la filosofía de Hobbes la teoría más revolucionaria de la época. A su lado, la defensa de la monarquía era superficial”.<sup>7</sup>

La índole equívoca del pensamiento hobbesiano explica las divergencias de interpretación de que ha sido objeto y la dificultad de su apreciación unitaria. Desde nuestra perspectiva, consideramos que se enmarca como claro predecesor de la doctrina positivista. Le vemos como el primer gran pensador en abandonar el por entonces dogma absoluto de la superioridad del Derecho natural al establecer la figura del Estado como sujeto indispensable para gobernar las relaciones humanas. Esta importancia de la figura del soberano se manifiesta de forma ejemplar en el Leviatán, que, al decir de J.J. Chevalier, “es la síntesis del hobbismo”<sup>8</sup>, donde se expone como sujeto que “otorga tranquilidad, protección, armonía a cambio de obediencia, sumisión. De esta manera se superan las situaciones inherentes al estado de naturaleza: egoísmo, miedo y vanagloria”. En consecuencia, el estado de naturaleza hace necesaria la existencia de la figura del soberano. Será, por tanto, el Derecho vigente, el elaborado por el soberano, el Derecho válido a ojos de Hobbes. Asimismo, su preocupación es, igual que más tarde ocurrirá con las corrientes positivistas, la seguridad jurídica, lograr establecer cierto orden en la sociedad.

<sup>7</sup> Truyol y Serra, A. (1976). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado (2): Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, pp. 157-164.

<sup>8</sup> Chevalier, J.J. (1970). *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Madrid: Aguilar

Además, encontramos especial concordancia con el movimiento codificador en que, del mismo modo que los veneradores del Código de Napoleón, reduce el Derecho a la voluntad del soberano. El poder legislativo francés, manifestado en su asamblea, refleja claramente un pacto entre el pueblo y los soberanos, una voluntad de someterse al gobernador, que les dota de normas de conducta manifestadas en el Código. Hay un pacto entre particulares (los ciudadanos franceses) que erige a un soberano, con poder suficiente para someter a los disidentes, pero que no puede cometer injusticia contra los propios ciudadanos, en tanto que es la voluntad de éstos la que legitima su poder.

## 2.2 EL DERECHO SIMPLE Y UNITARIO PARA LA VUELTA AL ESTADO NATURAL: ROUSSEAU.

*“L’intellectuel est l’homme qui pense dans des catégories autres que celles dans lesquelles il vit.”*

*“El intelectual es el hombre que piensa en categorías distintas de aquéllas en las que vive”.*

Jean-Jaques Rousseau, aunque no tiene la consideración, como Hobbes, de precursor del positivismo jurídico, es uno de los principales filósofos inspiradores de la codificación napoleónica. En otras palabras, supone el complemento racionalista al pensamiento de Hobbes.

Para comprender esta premisa, conviene precisar que, en Francia, la idea de la codificación penetra en el ideario a través de la cultura racionalista, y fue en las ideas ilustradas, encarnadas en fuerzas histórico-políticas, en las que cogió forma el ideal jurídico de codificar el Derecho.

El nacimiento de este proyecto surge de la mano del pensamiento de que puede existir un *legislador universal* (un legislador que dicte leyes con validez y eficacia para cualquier tiempo y lugar), así como un *Derecho sencillo y unitario*. Esta última premisa es la que tienen por ideal los juristas que desarrollaron el movimiento codificador. Especialmente en Francia, donde proliferaban múltiples ordenamientos jurídicos, tanto civiles como penales o procesales, esta exigencia tuvo un cálido acogimiento. En efecto, por entonces, el Derecho francés estaba dividido en dos: en el norte del país regía el Derecho consuetudinario, en forma de costumbres locales; mientras que la zona sur quedaba regida por el Derecho común romano.

Esta multiplicidad de derechos no era aceptada por el racionalismo francés, que la consideraba arbitraria y ajena a los principios de la razón humana. En consecuencia, buscaban sustituirla por la ciencia de la legislación, entendida como la nueva ciencia que iba a profundizar en la naturaleza del hombre, estableciendo nuevas leyes universales e inmutables. En efecto, una vez superado el Derecho histórico, fundado en la naturaleza de las cosas cognoscible por la razón humana, existiría el Derecho simple y unitario, fundado en la naturaleza.

Esta voluntad de volver a la naturaleza, tan típica del pensamiento ilustrado, tiene en Rousseau a su más importante exponente.

En efecto, Rousseau, en su primera obra, el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre hombres*, en la que profundizaremos a continuación, aseguraba que la civilización y sus costumbres corrompían al hombre, que es “bueno por naturaleza”. Y es esta premisa la que actuará como principal inspiradora de los juristas de la Revolución francesa, en su creencia de la existencia de una naturaleza simple y unitaria.<sup>9</sup>

Sin embargo, Jean-Jacques Rousseau no es, como veremos, un racionalista al uso. A continuación profundizaremos en su figura, en su papel de principal inspirador de los juristas que desarrollaron el Código napoleónico.

<sup>9</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, p. 79.

La filosofía de Rousseau se opone conscientemente a la de las Luces, que era la filosofía predominante por aquella época. Ello no quiere decir que no se base en la naturaleza. Al contrario, su filosofía también se basa en la naturaleza, pero entendida no en relación con la razón, sino con la espontaneidad. Esto le lleva a una concepción de la libertad relacionada con la esencia de los hombres en su sentido más radical. De hecho, Rousseau profundiza en el “estado de naturaleza” del hombre como hipótesis explicativa de la existencia actual, que se caracteriza por el alejamiento de la naturaleza. Afirma que “el hombre ha nacido libre, y en todas partes se encuentra encadenado”.<sup>10</sup> Por tanto, el principal problema de la política será establecer las condiciones que más se acerquen a la condición natural del hombre en la sociedad actual.<sup>11</sup>

En este sentido, Rousseau, en su antes mencionada obra, estudia el estado primigenio del hombre, el estado de naturaleza, y el origen de las diferencias entre los hombres, y cómo estas evolucionan a la medida de la evolución civil y política. Este estado de naturaleza, sin embargo, no debe ser entendido como el originario de los hombres, sino como la idea del propio Rousseau de la naturaleza humana. Así lo expresa en su propio discurso, en el que se refiere a este estado como que “a lo mejor nunca existió y probablemente nunca existirá”.<sup>12</sup>

Conviene aclarar, en relación con lo expuesto en el epígrafe anterior, que la concepción del estado de naturaleza de Rousseau se contradice con la expuesta por Hobbes. En este sentido, no considera que el hombre sea malo por naturaleza. Sin embargo, sí que considera que esta naturaleza es incompatible con la razón, que es fruto de la sociedad. La naturaleza se reduce de esta forma a los instintos, en concreto el instinto de conservación y el horror al padecimiento. Este último incluye, además del propio, el del resto de hombres. Dado este horror al padecimiento, el hombre buscará también causar el menor mal posible, lo cual

<sup>10</sup> Rousseau, J.J. (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus, 11.

<sup>11</sup> Truyol y Serra, A. (1976). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado (2): Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, pp. 260-269.

<sup>12</sup> Rousseau, J.J. (1981). *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Aguilar, p. 9.

difiere de la idea de Hobbes de que la maldad del hombre no tiene límite. Podemos afirmar, por tanto, que Rousseau pone un límite a esta maldad. Dada esta explicación, la idea de Rousseau del estado de naturaleza no es un ideal, por mucho que lo busque, pero lo considera preferible a la sociedad, ya que es de la propia sociedad de la que provienen todos los males, y no del estado de naturaleza<sup>13</sup>.

El estado de naturaleza es, por tanto, un estado de felicidad relativa, no perfecta. Pero la especial virtud que ostenta el estado de naturaleza es la igualdad, entendida como situación en la que los hombres no se oprimen entre ellos. Esta situación de igualdad provoca, asimismo, un estado de libertad.<sup>14</sup>

La evolución que se produce en el estado de naturaleza (y que es inevitable), da lugar al estado civil, al que Rousseau atribuye las mismas características que Hobbes al estado de naturaleza. Y es en esta situación de sociedad civil en la que se enmarca su segunda gran obra: *El contrato social*.

El objeto principal de esta obra es el problema de cómo deben ser las relaciones entre los hombres, es decir, “formular justas leyes”. Dicho de otro modo, esta obra busca encontrar el orden justo de la sociedad política. No obstante, lo que se busca no es legitimar el orden social existente, sino encontrar uno nuevo revolucionario. Rousseau se distancia aquí de Hobbes, ya que no admite la teoría de fundamentar el Estado en un pacto irrevocable que, como él dice, desemboque en la esclavitud. Este pacto debe ser revocable, en tanto la libertad, que es la base más noble de la personalidad humana, es irrenunciable por el hombre.

El contenido de este pacto se puede resumir en que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general;

<sup>13</sup> De Lacharrière, R. (1963). *Estudios sobre la teoría democrática. Spinoza, Rousseau, Hegel, Marx*. Paris: Payot, p. 20.

<sup>14</sup> Rodríguez Paniagua, J.M. (2013). *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Biblioteca Nueva, p. 112.

y recibimos en corporación a cada miembro como parte indivisible del todo.<sup>15</sup> Esta voluntad general lo es en dos aspectos. Desde un punto de vista subjetivo, se consagra como la voluntad de todos los individuos asociados. Desde un punto de vista objetivo, es la voluntad que busca el bien de dichos individuos.

De este modo, la voluntad general será siempre recta, y tenderá siempre a la utilidad pública, y lo será aunque la voluntad del pueblo no sea recta. Este contenido de la voluntad general será, en palabras de Rousseau, la legislación, con la condición de que exista una igualdad de los hombres ante la ley. De esta forma, presuponiendo esta igualdad y libertad, no hay limitaciones extra al contenido de la voluntad general. Así, esta teoría termina desembocando en un absolutismo de la mayoría, puesto que dota a la comunidad de poder absoluto sobre los individuos. A este poder absoluto Rousseau lo denomina soberanía, cuyo contenido propio es la legislación, que únicamente serán válidas en tanto provengan de la voluntad general.

Esta soberanía es, por su propia naturaleza, indivisible, inalienable e intransferible. Rousseau rechaza una división de poderes, de manera que el poder de dar leyes, inherente a la soberanía, no podrá ser dividido ni transferido<sup>16</sup>.

Queremos hacer un inciso, como hicimos en el caso de Hobbes, haciendo referencia al Derecho internacional. Y es que en este sentido Rousseau da un paso más que Hobbes, afirmando cierta contradicción en los hombres que les hacen vacilantes, ya que, “de hombre a hombre, vivimos el estado civil y sometidos a las leyes; de pueblo a pueblo, cada uno disfruta de la libertad natural”<sup>17</sup>, lo que “hace nuestra situación peor que si estas distinciones fuesen desconocidas”. Este

<sup>15</sup> Rousseau, J.J. (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus, p. 22.

<sup>16</sup> Doumergue, E. (1983). *Los orígenes históricos de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*

<sup>17</sup> Rousseau, J.J. (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus, p. 17.

pesimismo provocó que sólo se preocupase de los Estados pequeños, ya que no creía en los grandes Estados.

La obra de Rousseau tuvo una importancia capital para los juristas de la Revolución francesa, en tanto que representa, como hemos explicado con anterioridad, ese contraste entre naturaleza e historia tan típico del pensamiento ilustrado. Dada esta inspiración, los juristas a los que nos referimos buscan suprimir todo ese conglomerado de normas que existía en Francia por entonces y que habían surgido como consecuencia del desarrollo histórico, para instaurar en su lugar un nuevo Derecho basado en la naturaleza y de acuerdo con las exigencias humanas. Como hemos comentado antes, estos juristas tenían una concepción de la naturaleza de las cosas simple y unitaria, de manera que el Derecho también debía serlo. De hecho, uno de los lemas de este movimiento es: “pocas leyes”; en tanto que habían comprobado que la concurrencia de un gran número de leyes derivaba en corrupción.

Esta idea de simplificar y unificar el Derecho ya se hizo patente en el periodo revolucionario francés, a modo de antesala de lo que acontecería con posterioridad en la época del Consulado. A modo de ejemplo, y sin entrar demasiado en profundidad, ponemos de manifiesto un texto legislativo de la época de la Revolución. Se trata de la Ley sobre el Ordenamiento judicial de 16 de agosto de 1790, que expresaba:

*“Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores, y se hará un código general de leyes simples, claras y adaptadas a la Constitución”.*

Del mismo modo se pronunciaba la Constitución de 1791, aprobada por la Asamblea constituyente. Esta Constitución recogía al fin el principio de la codificación, al final de su Título I:

*“Se hará un código de leyes civiles comunes a todo el reino”.*

### 3. EL CÓDIGO NAPOLEÓNICO

*"Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil".*

*"Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código Civil".*

Hoy estamos acostumbrados a pensar en el Derecho en términos de codificación, como si debiera estar necesariamente contenido en un código de leyes: se trata de una actitud particularmente enraizada en el hombre común, y de la que los hombres que inician sus estudios jurídicos deben tratar de liberarse.

En efecto, sólo desde hace dos siglos el Derecho ha permanecido codificado. Por otra parte, no se trata de un rasgo común a todo el mundo y a todos los países: basta con pensar que la codificación no se produce en los países anglosajones. Ésta representa en realidad una experiencia jurídica, de los últimos dos siglos, típica de la Europa continental.

Puede afirmarse que han sido dos las codificaciones que han tenido una influencia fundamental en el desarrollo de nuestra cultura jurídica: la justiniana y la napoleónica. Sobre la obra de Justiniano se basó la elaboración del Derecho común romano medieval; el Código de Napoleón ha tenido una influencia fundamental en la legislación y en el pensamiento jurídico de los últimos dos siglos, ya que los códigos de muchos países han sido realizados según su modelo: basta con recordar la codificación belga, la codificación española y las distintas codificaciones realizadas en Italia.

Aunque hemos comparado la codificación justiniana con la napoleónica, no conviene creer que posean caracteres idénticos. Solamente la legislación napoleónica representa un verdadero y estricto código, tal y como hoy lo entendemos, es decir, un cuerpo de normas expresamente elaboradas y organizadas sistemáticamente. El *Corpus iuris civilis* es en cambio una colección de leyes precedentes: incluso el *Digesto* no es un Código en sentido estricto, sino más bien una antología jurídica, estando constituido por trozos (llamados fragmentos) de los principales juristas romanos, distribuidos por materias y a menudo unidos entre sí y adaptados a las exigencias de la sociedad bizantina con el sistema de las “interpolaciones”.<sup>18</sup>

### 3.1 EL INTENTO DE LA CODIFICACIÓN IUSNATURALISTA: CAMBACÈRES.

Hemos estudiado con cierta profundidad los principales pensadores que antecedieron la doctrina codificadora. En el epígrafe anterior, además, hemos concluido recogiendo el precepto de la Constitución francesa, ya en 1791, que establecía la exigencia de elaborar un Código de leyes unitario para todo el territorio francés. Sin embargo, como ya sabemos, ese Código de leyes no tomaría forma real hasta el año 1804, ya con el Cónsul Napoleón Bonaparte en el poder. Nos encontramos, por tanto, con que desde que se propone la elaboración del Código hasta que ésta se hace efectiva transcurren 13 años. Podríamos pensar, y, de hecho, sería comprensible hacerlo, que el proceso se retrasó todo este tiempo; pero la realidad es que la elaboración del Código comenzó a prepararse al poco de la publicación de la Constitución.

Sin embargo, como podía preverse, estos proyectos codificadores no llegaron a ver nunca la luz. Las razones por las que no lo hicieron las analizaremos en los párrafos siguientes. Sobre el proyecto expondremos, a modo de introducción, que

<sup>18</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 79-80.

sus ideas jurídicas y filosóficas distaban mucho de parecerse a las del Código que fue finalmente publicado.

Este proyecto, que, recordemos, nunca llegó a aprobarse, fue elaborado por el jurista francés Jean Jacques Régis de Cambacérès, hombre de estado y miembro de la Convención que promulgó la sentencia de muerte de Luis XVI. Sin entrar a realizar una labor biográfica, baste decir que ocupó cargos de alta importancia en todo el periodo revolucionario francés, llegando incluso a ser archicanciller del Imperio bajo las órdenes de Napoleón.

Volviendo a la época de la Convención, fue en este momento cuando Cambacérès realizó su gran labor legislativa. En concreto, presentó tres proyectos de Código civil de corte iusnaturalista en un periodo de cuatro años.

El primer proyecto de elaboración del Código civil fue presentado en 1793 (¡Once! años antes de su efectiva publicación). El proyecto se basaba en tres ideas principales: acercamiento a la naturaleza, humanidad y simplicidad. Estaba compuesto por 719 artículos y dividido en dos partes: una relativa a las personas y otra relativa a los bienes. Además, perseguía dos ideales característicos de la época revolucionaria: la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la libertad personal, especialmente libertad contractual. Mentiríamos si dijéramos que el proyecto fue exitoso, pero, quizás por la convulsión del momento en el que fue escrito, no fue acogido con demasiado entusiasmo por parte de los diputados.

Un año más tarde, el propio Cambacérès presentaría el segundo proyecto. Dicho proyecto estaría caracterizado por su mayor simplicidad, resumida en su reducción a 287 artículos. El Código quedaría definido por el propio autor como un “código de leyes fundamentales”. Este proyecto, al igual que el anterior, se basaría en tres ideas principales, que dividirían el propio Código en tres apartados. Estas tres ideas se constituyen como las tres exigencias que tienen los hombres en la sociedad, a saber: ser dueño de sí mismo, tener suficientes bienes para la satisfacción de las propias necesidades, y la posibilidad de disposición de estos bienes tanto en el interés propio como en el interés de su familia. Este proyecto llegaría un paso más

adelante que su predecesor; Cambacères logró que se discutieran 10 artículos, pero también sería finalmente rechazado.

Habría que esperar hasta 1796, en la época del Directorio, para asistir a la presentación del tercer proyecto de Cambacères. Este proyecto supone un cambio con respecto a los dos anteriores. Hemos explicado que estos proyectos se caracterizaban por seguir unos ideales relacionados con los del idealismo iusnaturalista, procedente de la Ilustración. Pues bien, Cambacères se vio obligado a modificar estos ideales ante reticencia de aceptarlos por los viejos juristas que presidían el Directorio, de modo que terminó renunciando a la pretensión de realizar ese Código simple y unitario. Este proyecto se caracteriza por el abandono de muchas de las ideas iusnaturalistas de los anteriores Códigos, así como por su mayor elaboración técnica, dado que su composición ascendería hasta los 1004 artículos. Si bien es cierto que este proyecto no sería aprobado, su influencia a largo plazo sería mucho mayor que las de los dos anteriores. Y es que, a diferencia de los otros dos, este proyecto llegó a ejercer cierta influencia en el proceso de elaboración del Código definitivo, aquél que fue aprobado por Napoleón.

Cabe mencionar que entre este tercer proyecto de codificación de Cambacères y el definitivo Código de Napoleón se presentaría otro proyecto. Fue en 1799, obra personal del juez Jacqueminot, y su importancia es bastante relativa, en tanto que apenas fue discutido.<sup>19</sup>

### 3.2 LA ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DEFINITIVO: PORTALIS.

Hemos repetido en más de una ocasión que el Código de Napoleón se publicó en 1804. Esta publicación, sin embargo, sería el producto de un largo trabajo que se prolongaría a través de cuatro años. Y es que la comisión encargada de elaborar el Código se formaría en 1800, año en el que Napoleón se erigió como Cónsul, a

<sup>19</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 83-86.

instancias de este último. Esta comisión estaría formada por cuatro juristas de prestigio reconocido: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau y Portalis. De todos ellos, queremos destacar, por su importancia, a Portalis, que ejerció el papel más destacado en la elaboración del Código.

Portalis, al igual que Cambacères, fue un destacado jurista en la época de la Revolución. No obstante, se diferencia de este último en el sentido de que acogió una postura moderada durante el desarrollo de ésta. De hecho, en el momento en el que es nombrado miembro de la comisión, Portalis acaba de llegar a Francia de vuelta de un exilio de tres años, provocado por la diferencia de sus ideas con las de sus enemigos.

Este exilio le sirvió a Portalis para elaborar una obra de gran magnitud que nos sirve de referencia para comprender la inspiración del propio Código de Napoleón. La obra se titula *Del uso y del abuso del espíritu filosófico durante el siglo XVIII*, en relación con el espíritu ilustrado. Esta obra ha sido considerada por muchos como la primera obra en criticar el pensamiento de Kant (con el que Portalis, por cierto, había tenido contacto durante su exilio). El objeto de la obra reside en criticar los extremos que alcanzó el racionalismo, hasta el punto de desechar toda tradición pasada, como si ésta no tuviese ninguna utilidad. En palabras de Portalis, esta radicalización había conducido a la destrucción de las tradiciones, al ateísmo y al materialismo. Del mismo modo, consideraba que los episodios más terribles de la Revolución francesa habían ocurrido por este extremismo del culto a la razón. En suma, la obra tiene particular importancia por el papel de puente que ejerce entre la Ilustración y la Restauración. Este análisis nos sirve de utilidad para comprender los tintes ideológicos del Código de Napoleón, y cómo se produjo este redireccionamiento de las iniciales posturas iusracionalistas. El resultado final, como podemos esperar, distaría mucho de ser el propuesto inicialmente por Cambacères.

La Comisión encargada de elaborar el Código civil presentó su proyecto al Consejo de Estado. La aprobación del proyecto fue discutida a lo largo de 102 sesiones, en su mayoría presididas por el propio Napoleón, que, como cuentan sus mejores biógrafos (entre los que destacamos, principalmente, a Emil Ludwig), tomó parte

activa en la aprobación de las distintas disposiciones del Código, que se hacían en forma de Títulos. Estos Títulos, a medida que iban siendo aprobados por el Consejo de Estado, se promulgaban en forma de leyes. Una vez fueron aprobadas las 34 leyes (una por cada Título), se recogieron en un sólo texto, denominado *Code civil des Français*. Sólo tres años más tarde, en 1807, esta denominación sería modificada por el nombre por el que lo ha conocido la Historia: *Code Napoléon*.

El Código había sido promulgado por fin. Y lo había hecho dejando de lado las posturas iusracionalistas en relación a las que se quiso inspirar, en sus inicios. A este respecto, el propio Cabacèrés, redactor de los proyectos iusnaturalistas, y que por entonces era miembro del Consejo de Estado, reconoció que ya no defendía esa postura. El iusnaturalismo había caído. Y en su lugar, el Código de Napoleón representaba *la expresión orgánica y sintética de la tradición francesa del Derecho común*<sup>20</sup>.

En relación con las principales notas características, han sido objeto de numerosos estudios, todos ellos con conclusiones similares. Es inequívoca, después de observar sus primeras redacciones, la consideración del Código como consecuencia directa del racionalismo filosófico ilustrado que inspiró la Revolución Francesa. Se ha expuesto que un buen código viene a ser algo así como, valga la expresión, “el Derecho natural positivizado”.

Muñoz de Baena, por su parte, incluye como características del movimiento codificador las siguientes:

Su optimismo ahistórico, al asegurar que los partidarios del movimiento codificador profesan una concepción estática del Derecho. No en vano supone la introducción de los principios de la recta razón en el ámbito jurídico, de forma que la inmutabilidad que se predicaba de éstos debe hacerse extensiva a los cuerpos legislativos que cuajan.

<sup>20</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 88-88.

En relación con el artículo 4 del Código, la negación de lagunas. El sistema está pensado para que el juez de soluciones a los problemas a través de preceptos contenidos en él. Se evita que puedan darse interpretaciones finalistas que supongan casuismos injustificados.<sup>21</sup>

Estas ideas fueron desarrolladas también por Winfried Hassemer, en relación con las consecuencias que supuso para la jurisprudencia. Entre ellas hemos considerado relevante destacar:

La supresión de la arbitrariedad estatal, al establecer una seguridad jurídica que no existía con el Derecho disperso, y que implicó mayor protección de los derechos de los ciudadanos.

La sistematización del saber jurídico, lo que tiene una importancia fundamental en tanto que supone que sería de fácil acceso para todos los ciudadanos, así como una diferenciación del resto de normas no creadas por el poder legislativo, que quedaba rápidamente manifestada.

La legitimación de la decisión jurídica. Dado que el Código, como norma que contiene todo el Derecho aplicable, es la que legitima la decisión jurídica, no será necesario que, para fundamentarla, haya que reconducir los principios jurídicos.<sup>22</sup>

Estas relaciones entre el Código y el juez serán desarrolladas en el artículo 4 del Código civil napoleónico: el, probablemente, artículo más relevante, a nuestros ojos, de todo el Código. A continuación procederemos al análisis de dicho artículo.

### 3.3 EL ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO CIVIL

<sup>21</sup> Muñoz de Baena Simón, J.L. (1999). *Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas a través de la historia (2ª edición)*. Madrid: UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 185-186.

<sup>22</sup> Kaufmann, A. y Hassemer, W. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate. pp. 201-215.

Queremos volver a poner de manifiesto que el Código de Napoleón fue creado en un clima político y social tan convulso como el cambio del siglo XVIII al XIX en Francia. En otras palabras, debe entenderse como consecuencia directa de las políticas y de la evolución que supuso para Francia el paso de la Convención (1793-94) al Consulado (1800-1804). Los proyectos inspirados en ideas del iusnaturalismo racionalista representaban a estos primeros años, en tanto su objetivo era romper con el orden establecido, en concreto las instituciones tradicionales de la Francia de entonces.

No obstante, el Código de Napoleón, en concreto a través de sus comisionistas constituyentes, no buscaba tal ruptura con todo orden preexistente. En efecto, del mismo modo que el Consulado no rompió con todas las instituciones borbónicas, como buscaba la Convención, el Código no excluyó todas las tradiciones jurídicas vigentes antes de su promulgación.

Cuando se hace referencia al Código napoleónico como punto de partida de una nueva tradición jurídica, es por las intenciones de los redactores anteriores al propio Código, concretamente a los primeros proyectos presentados: los anteproyectos de Jacqueminot y Cambacérès (este último presentó tres<sup>23</sup>, cada uno de ellos menos radical que el anterior, pero ninguno de ellos obtuvo la aprobación exigida), y no a la redacción final del propio Código. De hecho, a ellos no se les atribuye el principio de omnipotencia del legislador que profesaba Hobbes.

Este último principio tiene una importancia capital, en tanto que supone uno de los dogmas principales del positivismo jurídico. De hecho, las distintas interpretaciones del artículo 4 del Código civil, en relación con la atribución de dicha omnipotencia al legislador, llevaron a la creación dos corrientes de pensamiento opuestas, (se trata, por cierto, del único artículo de carácter general del proyecto que se mantuvo en la ley final). El artículo dice así:

<sup>23</sup> *Vid Supra.*

*El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de la justicia.*

Encontramos en este artículo una manifestación del famoso principio *non liquet*, es decir, se dispone la obligación del juez de resolver toda controversia que se le presente, sin tener la libertad de poder considerar que no puede resolverla porque no exista ninguna norma aplicable al caso. En concreto se reúnen tres casos concretos en los que el juez podría encontrar dificultades: oscuridad de la ley, insuficiencia de la ley y silencio de la ley.

En el supuesto de silencio de la ley, se plantea el siguiente problema: el juez, cuando necesita una regla para suplir la ley, tiene dos opciones: buscarla en el interior del propio sistema, es decir, realizar un proceso de autointegración; o en el exterior del sistema, realizando un juicio personal de equidad, a través de un proceso de heterointegración. La doctrina del positivismo jurídico, como podemos suponer, establece la omnipotencia del legislador como norma fundamental de un ordenamiento jurídico. En otras palabras, se posiciona por el proceso de autointegración para buscar reglas que suplan la ley. Esta posición se fundamenta en que, dada la omnipotencia del legislador, en la propia ley están contenidos los principios que, por medio de la interpretación, permiten identificar una disciplina jurídica para cada caso. De este modo, podemos afirmar que el principio de la omnipotencia del legislador supone la existencia de otro principio mencionado anteriormente: la plenitud del Ordenamiento jurídico.

Los redactores del Código civil, sin embargo, al redactar el artículo 4, buscaban que, en estos casos, se realizara un proceso de heterointegración, es decir, que las normas para suplir la ley las decidiera el juez a título de juicio personal. Esta intención aparece con claridad en un célebre discurso de Portalis presentando el proyecto de Código al Consejo de Estado, y del que ofrecemos un pasaje a continuación.

En concreto, establece que la integración de la ley se realizará recurriendo a un juicio de equidad. Al menos eso deducimos nosotros de la siguiente expresión del

propio Portalis: *La arbitrariedad aparente de la equidad es aún mejor que el tumulto de las pasiones.*

Los compiladores del Código napoleónico, cuando escribieron el artículo 4 del este código, buscaban evitar que los jueces, como habían estado haciendo de forma reincidente a lo largo de la Revolución francesa, se abstuvieran de decidir la causa y reenviaran los actos al poder legislativo. Esta práctica era consecuencia de la radical separación de poderes de la que se quería hacer gala la época revolucionaria. Se trata de una forma de proceder que se llevaba hasta sus más últimos extremos, dando lugar a muchas situaciones absurdas.

Como es de esperar, los redactores del Código de Napoleón, en el propio artículo 4, pensaban en erradicar esta práctica, que en ocasiones se volvía bastante molesta. Dicho artículo era interpretado por los primeros intérpretes de forma radicalmente distinta. Así, éstos entendían que se debía extraer siempre de la misma ley la norma para resolver cualquier controversia.

De hecho, esta interpretación del artículo 4 es la que nos servirá para exponer la base fundamental del pensamiento de la corriente que analizaremos a continuación: la “escuela de la exégesis”, también conocida como escuela de los intérpretes del Código civil. Bajo el punto de vista de estos intérpretes, el Código de Napoleón era la norma suprema que había sepultado todo el Derecho precedente y que contenía las normas que solucionarían todos los casos, habidos y por haber, que pudieran presentarse. Del mismo modo, consideraba que la resolución de cualquier debía basarse en la intención del legislador.<sup>24</sup>

### 3.4 NAPOLEÓN EN LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

No podemos realizar un trabajo sobre el Código de Napoleón sin estudiar, al menos en relación con su participación en la elaboración, al hombre que le da nombre. Y es

<sup>24</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 88-92.

que, si el Código de Napoleón ha terminado siendo conocido de esta forma, se trata en gran medida porque la personalidad de el gran corso impregna las páginas del Código. De hecho, como veremos a continuación, muchas de las disposiciones del Código deben su razón de ser a sentimientos personales del que fuera Emperador de Francia.

En concreto, Napoleón imprimió su personalidad en la creación del Derecho de gentes. Entre otras medidas, propuso eliminar los títulos hereditarios, crear el derecho de alimentos e instaurar el matrimonio civil y la posibilidad de romperlo.

Es precisamente en relación con el divorcio donde más interviene la voluntad de Napoleón. Para ponernos en contexto, el matrimonio de Bonaparte no era todo lo idílico que cabría esperar. Él mismo había cometido una infidelidad y había sido engañado. Por si no fuera poco, su mujer no era capaz de tener hijos, lo cual le llevó, ya por entonces, a considerar la posibilidad del divorcio por razón de Estado (conseguir un heredero para su trono). Los historiadores afirman que Napoleón ostentaba una facultad de abstracción que le permitía reducir los hechos a teorías de orden general. Las reflexiones sobre su matrimonio y el divorcio le llevaron a permitirlo pero bajo condiciones concretas: “El simple alegato de incompatibilidad es voluntariamente contrario a la naturaleza del matrimonio, que se contrae para toda la vida... No existe el matrimonio en caso de impotencia; el contrato es violado cuando hay adulterio. Estos son dos casos ocasionales de divorcio... Los crímenes son causa determinada de divorcio. Cuando no existe el crimen, queda el consentimiento mutuo”.

Para salvar su honor en caso de divorcio, eliminó la posibilidad de que los tribunales pudieran juzgar los litigios conyugales antes de que una tentativa de conciliación se llevase a cabo entre los esposos: “Esta causa debe ser abierta por el consentimiento mutuo, que no es una razón de divorcio, sino un indicio de necesidad. El consejo de familia examina los hechos y decide. Las causas deberían ser juzgadas por el consejo de familia, a fin de evitar el escándalo de las acusaciones por adulterio”.

También introdujo la separación de cuerpos y de bienes, con la vista en facilitar la reconciliación, que consideraba imposible si el asunto se trataba en público.

No obstante, como defensor del orden que es, es partidario de la vida familiar. Por eso dice que el castigo de la mujer adúltera es el divorcio, y por eso se erige como firme defensor del matrimonio, llegando a considerar la obligación de las mujeres de seguir a sus maridos en el destierro: ¿Podría, acaso, prohibirse a una mujer profundamente convencida de la inocencia de su marido el seguir en la deportación, pena a la vez humana y útil, al hombre al cual está más estrechamente unida? Y si cediese a su convicción o a su deber, ¿sería acaso otra cosa que una concubina? Del mismo modo, se posicionaba a favor de la costumbre romana de transmitir la tutela de las mujeres de los padres a los maridos.

No permite la posibilidad de reducción de las pensiones de los hijos mayores: “¡Queréis que un padre pueda arrojar de su casa a una muchacha de quince años! Un padre que tuviese sesenta mil francos de renta podría pues, decir a su hijo: Estás gordo y bien alimentado, ve a trabajar. Un padre rico o acomodado debe siempre a sus hijos el pan paterno”.

Del mismo modo, se opone a permitir las adopción mediante un acta notarial: “La adopción no es un contrato civil ni un acto judicial. El análisis (del jurista) conduce a los más viciosos resultados. Sólo se puede gobernar al hombre por la imaginación; sin la imaginación es una bestia. No es por cinco sueldos diarios o por una mezquina distinción por lo que se deja uno matar; hablándole al alma es como se electriza al hombre. No es un notario el llamado a producir, por doce francos, este efecto. Es menester otro procedimiento, un acto legislativo. ¿Qué es la adopción? Una imitación por medio de la cual la sociedad quiere remedar la naturaleza. Es una especie de nuevo sacramento... El hijo de la carne y de la sangre pasa, por voluntad de la sociedad, a la carne y la sangre de otro. Es el acto más grande que imaginarse pueda. Da sentimientos filiales a quien no los tenía y, recíprocamente, da sentimientos paternos. ¿De dónde debe, pues, emanar este acto? De lo alto, como el rayo”.

Pierre Louis Roderer, miembro del Consejo de Estado, aseguró que “en la discusión del Código Civil mostró el poder de atención y la capacidad de análisis que es capaz de concentrar durante veinte horas seguidas sobre el mismo asunto, si su explicación lo exige, o sobre diversos objetos, sin mezclar ninguno; sin que el recuerdo de la discusión que acaba de terminar, o la preocupación de la que va a seguir, le distraigan en lo más mínimo del objeto en que se halla actualmente ocupado”<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Ludwig, E. (2016). *Napoleón*. Barcelona: Juventud, pp. 199-201.

## 4. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

### 4.1 LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN

A raíz del artículo 4 del Código<sup>26</sup>, nace de los admiradores del propio Código de Napoleón una escuela interpretativa conocida como la escuela de la exégesis, escuela conocida principalmente por su veneración a este Código. Dada la perfección que se consideraba que tenía la norma, y de acuerdo con lo que predijo Savigny ya en 1814, el método interpretativo de esta escuela se puede definir como pasivo, en tanto que, al considerarse que la voluntad del legislador es la soberana (el Leviatán de Hobbes), la interpretación se limitará de forma total a atenerse al tenor literal de la ley, como norma dictada por la autoridad soberana.

Como en el caso de cualquier corriente o doctrina, a la hora de analizar la escuela de la exégesis debemos analizarla teniendo en cuenta su marco histórico. De este modo, hemos de precisar cinco causas que permitieron la llegada de esta doctrina.

En primer lugar, como no podía ser de otra manera, es el nacimiento del Código de Napoleón. A la hora de resolver cuestiones de Derecho, los operadores de las leyes tratan siempre de buscar las soluciones más sencillas. La llegada del Código simplificó esta cuestión hasta imponerse como fuente de soluciones por excelencia, sobre el resto de fuentes hasta entonces utilizadas por los juristas, tales como las costumbres o los precedentes judiciales.

Merece mencionarse, asimismo, otra posible causa del nacimiento de esta escuela. Se trata de las presiones ejercidas desde la autoridad del gobierno de Napoleón, que, al tener el Código por única norma vigente en Francia, lo implantó como única ley digna de ser enseñada, prohibiéndose de este modo la enseñanza de las teorías jurídicas iusnaturalistas.

<sup>26</sup> *Vid supra.*

Además, no debe pasarse por alto la mentalidad de los juristas de la época, los cuales estaban dominados por el argumento de la autoridad, al que ya hemos dedicado suficiente texto en este trabajo. La codificación como voluntad del legislador soberano se enmarca perfectamente en esta doctrina. Es de destacar la opinión que expresamos a continuación, perteneciente al Tribunal de apelación de Rouen en relación con el discurso preliminar de Portalis, antes mencionado:

*Este discurso parece conceder demasiada amplitud al juez. No hay necesidad de reclamar, de provocar, por decirlo así, las interpretaciones, los comentarios, las jurisprudencias locales. Estos azotes destructores de la ley, que primero la debilitan, después la minan poco a poco y terminan por usurpar los derechos, reaparecerán demasiado pronto. ¡Ay de la época en la que, como en el pasado, se buscará menos de lo que dice la ley que lo que se le hace decir! ¡Dónde la opinión de un hombre... tendrá la misma autoridad que la ley! ¡Dónde un error cometido por uno, y sucesivamente adoptado por otros, se convertirá en verdad! Dónde una serie de prejuicios reunidos por los compiladores,, ciegos o serviles, violentará la conciencia de los jueces y sofocará la voz del legislador.<sup>27</sup>*

Por otra parte, no debe menospreciarse el fundamento político-filosófico de la doctrina, que se basa en la más que conocida separación de poderes de Montesquieu en las tres distintas funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. En virtud de esta postura, una interpretación personal del Código por parte de los jueces supondría una intromisión del poder judicial sobre el poder legislativo.

Otra causa ideológica es el principio de seguridad del derecho, esto es, la certidumbre por parte de los agentes sociales de que el criterio del Derecho no variará en función del juez que lo aplique. La seguridad del Derecho es una de las ideas principales de todo Ordenamiento jurídico, y, en este caso, estaría garantizada por la existencia de un cuerpo único de leyes que es interpretado en base a criterios del propio cuerpo. En este sentido, el trabajo de la doctrina debe ser debe realizarse en el interior del Derecho, absorbiendo la tradición jurídica para

<sup>27</sup> Aragoneses, A. (2009). *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*. Madrid: Dykinson

incorporarla al Código. Si se quiere garantizar la certeza del Derecho, la labor de la doctrina debe ser de extracción de las consecuencias de los presupuestos establecidos por el legislador.<sup>28</sup>

El nombre de “escuela de la exégesis” proviene de que ésta era la técnica que utilizaban los seguidores de esta doctrina para estudiar e interpretar el Código de Napoleón. Esta técnica pretende interpretar el significado de los textos legislativos de manera rigurosa y objetiva. Se basa en el análisis literal de un texto, teniendo en cuenta la gramática utilizada y el significado directo, dando por hecho que las palabras son utilizadas con un significado específico. El Código se comenta artículo por artículo.

Las principales características de la escuela de la exégesis, deducidas de las Introducciones de las principales obras de sus máximos exponentes, como Alexandre Duranton, Charles Aubry, Frédéric Carles Rau, Jean Ch. F. Demolombe y Troplong, y del desarrollo de los problemas de particular interés teórico, se resumen en la siguiente premisa:

La inversión de las relaciones tradicionales entre Derecho natural y Derecho positivo: si bien es cierto que los principales juristas de la escuela de la exégesis no renuncian de forma total y completa la teoría predominante en toda la historia jurídica precedente, sí que es cierto que reducen su importancia a una noción privada de interés para el jurista. Se puede comprobar la opinión de Aubry y Rau, que aseveraban que “el Derecho natural no constituye un cuerpo completo de preceptos absolutos e inmutables”. De hecho, el lema de Aubry era: “toda la ley... pero nada más que la ley”. Del mismo modo reconocía la existencia del Derecho natural Dembolombe, pero consideraba que, para un jurista, era irrelevante mientras no estuviera incorporado en la ley.

No obstante, consideramos que el autor que mejor ha resumido las características del Código de Napoleón ha sido Julien Bonecasse, en su libro “La escuela de la

<sup>28</sup> Pescattore, M. (1874). *Filosofia e dottrine giuridiche*. Turín: Bocca

exégesis en Derecho civil”, donde manifiesta que este movimiento se resume en las siguientes características:

La principal particularidad es el culto que se manifiesta al texto legal, considerando a la ley como máxima expresión del Derecho. El mejor ejemplo de esta devoción se encuentra en la archiconocida frase de Bugnet: “Yo no conozco el Derecho civil, yo sólo enseño el Código de Napoleón”.

Por otro lado, se realiza una interpretación subjetiva del Derecho. En este sentido, se busca llegar a encontrar en la ley la voluntad del legislador: hay que querer lo que quiere el que ha dado la ley. En este proceso de búsqueda de la voluntad del legislador encontramos los métodos interpretativos, entre los que se pueden encontrar la jurisprudencia (Demolombe) y los precedentes históricos (Aubry y Rau).

En tercer lugar, se reduce la legitimidad para crear el Derecho al Estado. El Estado es el único sujeto con capacidad para crear la ley, que, a su vez, contiene todo el Derecho. En consecuencia, todo el Derecho proviene del Estado.

En cuarto lugar, como puede suponerse, se enmarca dentro de la doctrina positivista, es decir, predomina el Derecho positivo por encima del Derecho natural. Si bien es cierto que no llega a negarlo por completo, se renuncia a su aplicación alegando razones prácticas y de simplicidad. En resumen, se considera que el Derecho natural es complejo y demasiado general, de manera que se aplican los principios concretados en la voluntad del pueblo, que se manifiesta en la ley: el Derecho positivo.

La última característica es el gran valor atribuido al criterio de autoridad, referido no ya al legislador, sino a los intérpretes de la ley, y en especial a los grandes comentaristas del Código de Napoleón.<sup>29</sup>

Esta escuela, como veremos con posterioridad, fue acusada de *fetichismo de la ley*, puesto que consideraba el Código de Napoleón como la norma suprema, con una

<sup>29</sup> Bonecasse, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho civil*. Puebla: José M. Cájica

admiración que rozaba lo fanático y reverencial, ya que sostenía que en dicha ley se podía encontrar soluciones para cualquier problema surgido o por surgir.

#### 4.2 CRÍTICA A LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

En efecto, esta estricta vinculación del juez a la ley ha sido objeto, por su evidente radicalidad, de numerosas críticas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico.

Y es que, como dice Winfried Hassemer, carece completamente de sentido tel empeño en que el juez tenga que atenerse de manera tan rigurosamente estricta a la ley, sin tener en cuenta la vaguedad y la porosidad de los distintos conceptos legales o la diferente forma que tienen los propios jueces de comprenderlos. Esto no es posible. La principal consecuencia de tal exigencia, que en apariencia está basada en la idea del Estado de Derecho, no es que la jurisprudencia se vaya a atener con mayor precisión a los preceptos legales, sino, en otro sentido, que hace como si tan solo siguiera a la ley. Si es verdad que la actuación judicial tan sólo establece el marco de significado de las palabras de la ley mediante la interpretación de ésta en su relación con cada caso concreto, entonces una concepción rigurosa de la vinculación del juez no cambiará este hecho, sino que en todo caso lo ocultará. Si la jurisprudencia queda sometida a una obediencia sin excepciones a la ley, sin tener en consideración las citadas condiciones de la actuación judicial, seguirá siempre tales condiciones, en tanto que no le queda más alternativa. Además, al mismo tiempo, con el objeto de satisfacer la obligación aludida, esconderá la inseguridad producida por los factores situacionales de su interpretación detrás de una verdadera manifestación de seguridad, inmutabilidad y carencia de lagunas. Y con todo ello sucederá precisamente lo que el imperativo de la vinculación del juez, propio del Estado de Derecho, quería evitar: que el inevitable cambio de la jurisprudencia y los elementos determinantes de tal cambio permanezcan ocultos.

La ley no puede determinar la evolución de la jurisprudencia. En el momento en el que se promulga una ley, sus preceptos se ponen a disposición del juez, lo cual constituye el aspecto material de la independencia judicial, tal como prescriben los mencionados preceptos constitucionales. Y lo que vale para la determinación del alcance de significado de los preceptos legales, vale también para el fenómeno de la libertad y de la vinculación del propio juez; únicamente la actuación judicial es la que decide sobre el alcance de la vinculación del juez a la ley. Del mismo modo, la propia vinculación puede estar sometida a la interpretación dogmática, de tal forma que la dogmática pueda derivar su libertad de su vinculación.

Con todo esto se excluye una determinada manera de entender la vinculación de los jueces, la que entiende la decisión del caso como algo simplemente implicado en el tenor literal de la ley. El juez no es la boca de la ley (Montesquieu); su manejo de la ley es más bien creador.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Kaufmann, A. y Hassemer, W. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate. pp. 210-211.

## 5. EL TEÓRICO DE LA CODIFICACIÓN: JEREMY BENTHAM

*"The power of the lawyer lies in the uncertainty of the law."*

*"El poder del abogado se encuentra en la incertidumbre de la ley."*

Hemos terminado de analizar el desarrollo del proceso codificador. Hemos estudiado cada una de las fases en las que se divide este proceso, y hemos profundizado en las posturas ideológicas que hicieron posible la elaboración del Código. Sin embargo, es especialmente notable que no hemos estudiado a ningún gran teórico de la codificación (pero sí a los antecedentes de ésta). Pues bien, si no hemos realizado tal análisis, es porque en Francia, a pesar de ser el país codificador por excelencia, no hubo ningún gran teórico que la desarrollara. Dicho de otro modo, los juristas franceses de la época, a pesar de ser los grandes promotores de la codificación, no desarrollaron ninguna teoría referente a ésta. El filósofo del Derecho más importante de ésta época en Francia fue Montesquieu, y no teorizó sobre la codificación.

Aunque pueda resultar paradójico, los grandes teóricos de la codificación pertenecen a Inglaterra, la nación que nunca llegó a implantar un código. Recordemos que hemos dedicado la primera parte de este trabajo a desarrollar el pensamiento de Thomas Hobbes, en su papel de gran teórico de la omnipotencia del legislador. Posiblemente como consecuencia de esto, y siguiendo su trabajo, surgió en Inglaterra la figura de Jeremy Bentham, filósofo de la codificación por excelencia, y conocido en la época como el "Newton de la legislación". En efecto, podemos afirmar que, de alguna manera, Bentham es a la codificación lo que Hobbes a la omnipotencia del legislador.

La influencia de Jeremy Bentham se expandió por todo el mundo del Derecho civil, incluyendo Europa, América e incluso la India. Sin embargo, su teoría no tuvo éxito

en su tierra natal. Esto se debe, en opinión de Nello Morra, a que el pensamiento de Bentham está influenciado en su mayoría por ideas europeas, en particular las propias de la Ilustración francesa. En relación a esta última, hemos dicho que la sirvió de gran inspiración; sin embargo, difería de esta doctrina en tanto que consideraba que el concepto de la naturaleza humana tan propio de la Ilustración no era compatible con el empirismo que él mismo profesaba.

En concreto, la obra de Bentham en su conjunto se basa en desarrollar el principio de utilidad. En efecto, Bentham sustituye el concepto de naturaleza humana por el empíricamente comprobado del objetivo de los hombres, que no es otro que el de perseguir su propia utilidad.

En relación con el desarrollo de la teoría de la codificación de Bentham, ésta no alcanzaría su completa madurez hasta 1811, años después de la publicación del Código. No obstante, podemos distinguir dos fases previas en el pensamiento del filósofo inglés.

La primera de ellas supuso una proposición de reformar sistemáticamente todo el Ordenamiento jurídico inglés. Dicho ordenamiento, al igual que ahora, carecía de codificación, de manera que los jueces eran los encargados de elaborar el Derecho. Esta concepción tan asistemática del Derecho era inconcebible para una mente tan racionalista como la de Bentham, de manera que se dispuso a elaborar una teoría legislativa que suprimiera toda la casuística judicial.<sup>31</sup>

La segunda fase tiene como núcleo central la elaboración de una especie de Digesto del Derecho inglés con el cual Bentham buscaba recoger, de manera sistemática, todas las reglas constituyentes y principios fundamentales del Ordenamiento jurídico inglés.

La tercera fase es la que completa la madurez de Bentham como teórico de la codificación del Derecho. Aquí, Bentham desarrolló una reforma radical del Derecho, elaborando un sistema global que tenía como objetivo sistematizar todo el Derecho,

<sup>31</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 92-103.

dividiéndolo en tres partes diferentes: el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho constitucional. Conviene resaltar este último, en tanto que supuso una de las grandes fuentes de inspiración de las Constituciones democrático-liberales del siglo XIX.

La intención de Bentham cuando elaboró esta teoría de la codificación era proyectar una codificación que sirviera de referencia a todos los Ordenamientos jurídicos globales, no sólo a Inglaterra. Esta voluntad de globalizar su teoría le llevó a comunicarse con los gobernantes de los grandes Estados contemporáneos, como Estados Unidos, España, Portugal o Rusia, poniendo sus servicios a disposición de dichos Estados. No obstante, como podemos suponer, no tuvo demasiado éxito.

De vuelta al comienzo de la obra de Bentham, conviene poner de relevancia que toda esta teoría codificadora surgió de la crítica del propio Bentham al sistema inglés del *common law*, es decir, a la producción judicial del Derecho. Esta crítica, que desarrollaremos a continuación, se recoge en su obra *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*. En esta línea, Bentham observa cinco defectos fundamentales en el sistema del *common law*:

El principal defecto es su falta de certeza. No hay seguridad jurídica en un sistema en el que el juez es quien hace el Derecho. Esta tesis se enmarca dentro de las ideas de la escuela de la exégesis, en el sentido que considera que la interpretación que hacen los jueces del Derecho es arbitraria, ya que se basa en criterios personales. Del mismo modo, Bentham opina que, a través de este sistema, los jueces tratan de crear ellos mismos el Derecho. Por ello, compara la labor de los jueces con la de los restauradores: igual que un buen restaurador no debe dejar su huella personal en una obra, sino unir todas las piezas separadas, el buen juez debería valerse de los precedentes sin dejar su sello personal en la sentencia.

Por otro lado, Bentham también critica del *common law* la retroactividad del Derecho, entendida como la que se produce cuando un juez crea un nuevo precedente. Este concepto de retroactividad es intolerable para todo filósofo racional, ya que una nueva norma no puede aplicarse a supuestos acaecidos con anterioridad a su publicación.

Otro defecto del *common law*, más relacionado con la doctrina de Bentham, es que éste no se adecua al principio de utilidad que promulgó nuestro autor. Y esto se manifiesta en que el juez no puede crear un sistema con fundamento en unos principios; al contrario, sólo puede crear Derecho basándose en reglas preexistentes y en la analogía con éstos. La aplicación del principio de utilidad, como es obvio, se hace imposible en estos casos. A este respecto, Bentham considera que el juez debe resolver los conflictos teniendo en cuenta los intereses que haya en juego.

En cuarto lugar, Bentham critica la obligación de los jueces de resolver toda controversia que se les presente. No lo critica por el concepto en sí, sino porque considera que, en este sistema, los jueces no cuentan con medios suficientes para poder resolver las disputas. Sí que tendrían estos medios si dispusieran de un Código legislativo como el que propone Bentham, y que analizaremos más adelante.

Por último, Bentham introduce una crítica política, alegando que el pueblo no puede controlar la producción del Derecho de los jueces, algo que sí puede hacer si el Derecho es emitido por parte del poder legislativo.<sup>32</sup>

## 5.1 TEORÍA DE LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO.

Para comprender mejor las ideas que tenía Bentham sobre la elaboración del Código, consideramos conveniente, aunque sin entrar demasiado en detalle, realizar unos pequeños apuntes biográficos del autor. Jeremy Bentham era conocido en su tiempo por tener un carácter marcadamente introvertido y misántropo, hasta tal punto que Stephen, uno de los grandes estudiosos de su vida,

<sup>32</sup> Bentham, J. (2008). *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*. Buenos Aires: Claridad

se refiere a él como “el más no-práctico de los filósofos que se habían ocupado de las cosas prácticas”.<sup>33</sup>

Esto nos basta para poner de manifiesto que sus ideas para poner en práctica la redacción del Código eran muy peculiares.

En este sentido, es particularmente notable su oposición a permitir que la redacción del Código fuese efectuada por una comisión de juristas. Bentham les negaba esta facultad, primero, porque consideraba que éstos serían los grandes perjudicados de la simplicidad y claridad de la que se dotaría al Derecho con la promulgación del Código. No se podía confiar esta labor, por lo tanto, a los que racionalmente menos intereses tenían en ella. Además, Bentham creía que un Código no podía ser elaborado por más de una persona, lo que nos lleva a una oposición frontal frente a las comisiones. Se puede percibir aquí un rasgo característico de su personalidad: Bentham pensaba que sólo si era una obra puramente personal el Código sería unitario. Añadía que esta persona debía tener principios estables e ideas claras, en una clara referencia a sí mismo.

La solución que proponía Bentham era realizar un concurso público en el que cualquier interesado pudiera presentar su proyecto reformista, de manera que el ganador del concurso sería el encargado de redactar el Código. Los interesados podrían ser nacionales o extranjeros, ya que Bentham se basaba en el principio ilustrado de que un extranjero podía dotar a una nación de un cuerpo uniforme de leyes apropiado. Se reafirmaba, de este modo, en la idea racionalista del legislador universal.<sup>34</sup>

En nuestra opinión, todas estas condiciones que imponía Bentham a la elaboración del Código están bastante condicionadas al hecho de que fuese él mismo el redactor de los códigos. Si observamos con detenimiento estas ideas,

<sup>33</sup> Stephen, L. (2004). *The English Utilitarians, vol . 1 : Jeremy Bentham*. Honolulu: University Press of the Pacific

<sup>34</sup> Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, pp. 105-114.

comprobamos que Bentham establece las condiciones ideales para sí en las que redactar los Códigos de las grandes naciones del mundo.

## 5.2 REQUISITOS DEL CÓDIGO.

Pierre Étienne Louis Dumont, editor francés de la obra de Bentham, recoge los que considera que son para éste los cuatro requisitos fundamentales que todo Código debe seguir. Éstos son: utilidad, plenitud, posibilidad de conocimiento y justificación.

En primer lugar, el Código debe guiarse por el principio del utilitarismo: la mayor felicidad para el mayor número. En otras palabras, debe buscar las normas que busquen favorecer a la gran masa de la población.

Otro requisito de vital importancia para Bentham es la plenitud del Código. Con esto se refiere a que éste debe ser completo, en el sentido que establece el positivismo jurídico; es decir, que debe incluir todas las obligaciones jurídicas a las que el ciudadano debe estar sujeto. De esta forma, no quedará lugar para la utilización de los usos y costumbres.

El tercer requisito es que el lenguaje que debe usar el Código debe ser claro y conciso, con el objeto de que sea fácilmente comprensible por todos los ciudadanos, y no sólo por los especialistas.

Por último, establece que el Código debe estar acompañado de una motivación. En otras palabras, que exponga cuáles son los fines que busca y los motivos por los que se ha redactado de tal manera. Bentham considera que la ley no es tal por el hecho de que haya sido establecida por la autoridad, sino que además exige unos criterios de racionalidad. Esta motivación debe extenderse tanto a los ciudadanos como a los estudiosos del Derecho<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Dupont, E. (1845). *De la organización judicial y de la codificación. Extractos de varias obras de Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

## 6. LA OPOSICIÓN A LA CODIFICACIÓN: SAVIGNY.

*"Das Gesetz lebt praktisch von der Sitte, die den unmittelbaren Ausdruck des volkrechtlichen Gewissens darstellt."*

*"El derecho vive prácticamente de la costumbre, que es la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular."*

Enmarcando la codificación en su contexto de la historia de la filosofía del Derecho, se hace necesario dedicar un apartado al estudio de la Escuela Histórica del Derecho.

Cuando, en 1806, Napoleón conquista Alemania después de vencer en la batalla de Jena, instaura su poder y hace aplicar su recientemente promulgado Código en toda Alemania. Este dominio terminaría en 1813, pero la idea de codificar el Derecho ya había arraigado en Alemania. En efecto, al igual que en otros países que habían entrado en contacto con el Código civil francés, cobra fuerza, especialmente en la figura de Thibaut, la idea de hacer un código que, a semejanza del francés, fuera válido para toda Alemania. Frente a estas propuestas, reacciona el fundador y máximo representante de la Escuela Histórica del Derecho, Federico Carlos de Savigny.

La idea fundamental que resume el pensamiento de Savigny expresa que el Derecho no se puede codificar, por lo menos, apresuradamente, puesto que el Derecho nace del espíritu del pueblo. Este concepto de "espíritu popular" hace referencia, en especial, a la conciencia del pueblo, junto con su carácter y su forma de ser. Y es que Savigny cree que el Derecho es similar a las costumbres, al arte o al idioma. Esta consideración le lleva a pensar que su codificación carece de sentido, en el sentido de encerrarlo íntegramente en unas fórmulas universalmente aplicables. Por contra, propone estudiar la evolución histórica para entender el verdadero Derecho.

De este modo, el Derecho aparece integrado dentro del conjunto de manifestaciones que conforman la cultura de los pueblos desde sus inicios, y que las modificaciones de la concepción del Derecho aparecen en la medida en que sólo una parte de los pueblos se dedican a su elaboración: los juristas. Pero el Derecho es, en realidad, un producto peculiar, característico de cada pueblo. En otro sentido, cree que el Derecho no siempre surge para atender a las necesidades o requerimientos de un determinado grupo, pero aun así es posible una conciencia común de todo el pueblo. En cualquier caso, siempre es decisivo, o al menos siempre es influyente el elemento natural en la creación del Derecho. En suma, no debemos entender el Derecho como un producto que surge de manera racional en la mente de los juristas, sino como un resultado de la situación, las necesidades y la conciencia de cada pueblo.

Con esto no quiere decir Savigny que se deba excluir toda intervención legislativa en la vida del Derecho. Sin embargo, considera que la legislación tal y como la conocemos tiene un papel secundario. En concreto, dos tipos de funciones:

Modificar el Derecho vigente cuando así lo exijan fines políticos elevados, uso al que Savigny considera que se le debe aplicar la mayor moderación.

Ayudar a comprender determinadas cuestiones no precisadas en las costumbres, o que no estén lo suficientemente claras en éstas.

En este sentido, la codificación busca fines diferentes, pero incluso Savigny les reconoce dos ventajas frente a la costumbre: la certeza y la seguridad jurídica. No obstante, asevera que estas dos ventajas únicamente se alcanzan en el momento en que la codificación está perfectamente hecha. Y Savigny considera imposible que tal perfección pueda darse en Alemania en ese momento; de hecho, le parece muy complicado que algún país, en el algún momento, pueda estar capacitado para realizar una codificación adecuada.

En efecto, este procedimiento podría realizarse bien determinando racionalmente lo que se debe imponer como Derecho o bien recopilando el Derecho vigente. Savigny considera el primer método absolutamente imposible, y cree que el segundo es realmente complicado y únicamente posible si se tiene una gran capacidad jurídica.

En otras palabras, es muy complicado que la codificación no termine siendo notablemente imperfecta. Y entonces las ventajas que se buscaban a la hora de realizarlas no se alcanzarán, y, por contra, se aumentarán los inconvenientes que se querían evitar, en tanto que surgirá la ilusión de que el Derecho que se aplica es el del Código, cuando en realidad se estarían aplicando de manera imperceptible fuentes diferentes. Del mismo modo, expresa que ésto no sólo aumentaría la confusión en la práctica, sino que los juristas pasarían a centrar sus estudios en el Derecho codificado (como efectivamente ocurrió, como hemos visto, con la escuela de la exégesis) y se alejarían del análisis de la verdadera fuente y la verdadera esencia del Derecho<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Rodríguez Paniagua, J.M. (1984). *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, pp. 299-302.

## 7. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, hemos decidido relacionar el trabajo realizado con una perspectiva del positivismo jurídico.

Con el nombre de positivismo jurídico se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como Derecho al Derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de Derecho, particularmente el llamado Derecho natural.<sup>37</sup>

No obstante, el nacimiento de esta doctrina es el resultado de la consecución de unos hechos particulares, coincidentes con los expuestos en este trabajo. Si bien éste ha sido enfocado desde una perspectiva codificadora, el análisis podría igualmente haberse producido en relación con el positivismo jurídico, culminándose de este modo la exposición con el nacimiento de la escuela de la exégesis, primera corriente que reúne todas las características definitorias de esta doctrina.

Hemos comenzado la exposición estudiando la filosofía de Thomas Hobbes, con especial referencia al Leviatán y a la creación de la figura del soberano y de la omnipotencia del legislador, que permitió legitimar la creación del Código. Este dogma evolucionaría con la aparición del Estado democrático para permitir que todos los ciudadanos se constituyesen como soberanos (de manera indirecta, a través de las Asambleas legislativas). La producción legislativa continuaría de esta forma ligada al Estado.

Este dogma tiene la peculiaridad de que se constituye como antecedente tanto de la codificación como del positivismo jurídico. Pero se trata, precisamente, de un antecedente, de manera que no podemos enmarcarla en ninguno de los dos supuestos. En cierto modo, se puede afirmar que el legislador universal produce el

<sup>37</sup> Kelsen, H. (2011) *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.

Derecho natural igual que el Derecho positivo. La diferencia radica en que el Derecho natural tiene por legislador a Dios o a la naturaleza, mientras que el Derecho positivo consagra al hombre como tal.

En consecuencia, el Derecho positivo aparecerá en el momento en el que el legislador universal no se preocupe de desarrollar unos principios naturales inamovibles.

Los primeros proyectos de codificación, los desarrollados por Cambacères, incidían mucho en este punto. Y es que, como hemos visto, a pesar de lo que pueda parecer, los inicios de la codificación eran propiamente iusnaturalistas en el sentido de que, apoyándose en la figura de la omnipotencia del legislador elaborada por Hobbes, la utilizaban para crear el Derecho natural e ideal propio del racionalismo francés ilustrado. En última instancia, el texto finalmente elaborado por Portalis nos dejó como legado el desarrollo de la tesis del legislador universal de Hobbes, la exigencia de realización de un Derecho simple, breve y unitario y la prohibición del principio *non liquet*, expresada en el artículo 4 del Código de Napoleón y desarrollada posteriormente por la escuela de la exégesis.

En las páginas precedentes hemos estudiado la esta escuela como la que interpretó el Código, y, quizás precisamente por ello, no hemos transmitido todo lo que deberíamos la importancia que tiene como doctrina. Y es que, si bien es cierto que la interpretación que realizaron del Código ha sido objeto de diversas polémicas por los autores contrarios a ella (hemos destacado a Savigny, que la utilizó para fundamentar su tesis contraria a la implantación de un Código en Alemania), de cara a la instauración del positivismo jurídico, es la primera vez en la historia del Derecho que se propugna requisito esencial de éste, es decir, que sólo existe el Derecho positivo, y suprime toda posibilidad del juez de realizar juicios de equidad con fundamento a disposiciones no establecidas en el Código. En otras palabras, la concepción positivista con la que el Código de Napoleón ha pasado a la historia no habría sido posible sin el nacimiento de esta escuela.

Como última premisa, queremos posicionar al Código de Napoleón en el lugar que le corresponde en la Historia de la Filosofía del Derecho.

Como primer postulado, consideramos que su importancia teórica radica básicamente en las consecuencias que tendrá para la jurisprudencia.

La codificación del Derecho supone, en contraposición con la dispersión jurídica entonces vigente, la posibilidad de dotar a los ciudadanos de seguridad jurídica. Del mismo modo, consolida las posiciones jurídicas respecto a la arbitrariedad estatal y las innovaciones judiciales. La seguridad jurídica que nos dio la codificación logró que las decisiones judiciales fueran más predecibles, que los individuos conocieran mejor la jurisprudencia que podía afectarles, y que se pudiera consultar en los libros los derechos y obligaciones que tenía cada uno.

Otra consecuencia fundamental, a la que no se suele dotar de toda la importancia que merece, fue la posibilidad de ordenar y exponer en su conjunto todos los materiales jurídicos. La sistematización del saber jurídico en relación con el sistema del Código permitió, además de un fácil acceso a dicho saber, la diferenciación más completa especialmente por medio del Derecho creado por los jueces, o, dicho de otro modo, de la interpretación de las normas jurídicas, caracterizada por su apego a la tradición y realizada siempre de nuevo en cada decisión jurídica, y de la sistematización de los problemas que afectan al Derecho.

Otro efecto importante del Código en la decisión judicial es la legitimación teórica. Y es que, al plantearse los principios de decisión jurídicos de forma codificada se reducen las exigencias de legitimación de las decisiones jurídicas de forma específica. El Código está capacitado, para el caso previsto en la norma, legitimar materialmente la decisión jurídica, sin que sea necesario forzar a que la fundamentación de ésta se tenga que reconducir a los principios para decidir, los cuales a su vez fundamentan la norma codificada.

Pero, en la línea de lo que se ha tratado de exponer en este trabajo, su aporte más importante es el fenómeno conocido como la “positivación del derecho”, entendido como la transformación estructural del sistema jurídico desde el Derecho natural invariable al Derecho generado por legislación, la cual pone las reglas jurídicas como un “asunto rutinario de la vida estatal”. Esta transformación supondrá que el fundamento de la validez del Derecho correcto no será la preexistencia de de

normas jurídicas, sino su imposición. En efecto, convierte al sistema jurídico en un “instrumento de las transformaciones sociales”. Las reglas jurídicas, que antes tenían carácter constante y venían dadas de antemano a la decisión jurídica, se convierten ahora en disponibles, en tanto que se transforman en materia de decisión y de imposición. Con ello, se pone de manifiesto la evidencia de que las reglas son alternativas y, como tales, pueden ser sustituidas por otras si se modifican las exigencias.<sup>38</sup>

La especial relevancia del Código de Napoleón, fundamentada especialmente en las cuatro novedades que acabamos de exponer, suscitó una admiración sin precedentes en los juristas de la época. Sin embargo, consideramos que su importancia no debe medirse tanto en términos filosóficos, sino histórico-políticos. Expresamos esta idea porque, una vez finalizado el trabajo, nos ha sido posible comprobar de la elaboración del Código dos características principales que nos impiden dotarle de la importancia que se le presupone.

En primer lugar, porque éste fue fruto de una serie de proyectos equívocos y contrarios entre ellos que terminó promulgándose por el empeño de un hombre, Napoleón, que no puede considerarse propiamente como un filósofo del Derecho (de hecho, llegó a referirse a la filosofía como “esa tenebrosa metafísica que, al buscar con sutileza las causas primeras, quiere fundar sobre esas bases la legislación de los pueblos, en lugar de adecuar las leyes al conocimiento del corazón humano y a las lecciones de la Historia”<sup>39</sup>). Ni la comisión creadora del Código ni sus iniciales promotores desarrollaron nunca una doctrina que fundamentara filosóficamente la elaboración del Código, sino que se basaron en una serie de ideas elaboradas por otros filósofos no codificadores. De hecho, el único teórico puramente codificador que ha pasado a la historia, Jeremy Bentham, terminó de desarrollar su tesis prácticamente una década más tarde de la

<sup>38</sup> Kaufmann, A. y Hassemer, W. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, pp. 203-208.

<sup>39</sup> Touchard, J. (1970). *Historia de las Ideas Políticas*. Madrid: Tecnos, p. 367.

publicación del Código y, para más inri, era nacional de uno de los pocos Estados en los que nunca, ni siquiera a día de hoy, ha sido promulgado un Código.

En segundo lugar, siguiendo con lo expuesto antes, porque la concepción filosófica con la que ha pasado a la historia (la del positivismo jurídico), no se debe al propio Código sino a los intérpretes de éste, que fueron los que desarrollaron extensamente las teorías positivistas más que los propios redactores.

No obstante lo anterior, no se puede negar la influencia histórica que ha tenido en prácticamente todos los Ordenamientos jurídicos del mundo. Su rápida expansión, en gran medida favorecida por las conquistas de su creador, permitió la profusión de las ideas racionalistas propias de la Revolución francesa por todo Europa, y, por ende, la civilización occidental. En efecto, directamente inspirados por la Revolución, los principios del Código, que continúa en vigor en Francia y que rigió hasta 1900 no sólo a los países de las conquistas napoleónicas, sino también a la mayor parte de Alemania, informan todavía hoy la legislación civil de Europa.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Ludwig, E. (2016). *Napoleón*. Barcelona: Juventud, p. 201.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Aguirre Román, J. (2008). La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión jurídica*, 7 (13). En <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/101>
- Aragoneses, A. (2009). *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*. Madrid: Dykinson
- Arnaud, A. (1969). *Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Barrientos, P. (2017). La Decadencia de la Codificación y la Tiranía del Papel. *Acta Académica*. En <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/30>
- Bentham, J. (2008). *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*. Buenos Aires: Claridad
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate
- Boncasse, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho civil*. Puebla: José M. Cájica
- Brunet, P. (2014). Le « positivisme » français dans la lumière du Nord. *Revus* (24), 187-208. En <http://journals.openedition.org/revus/2931>
- Canales, E. (2008). *La Europa Napoleónica: 1792-1815*. Madrid: Cátedra.
- Chevalier, J.J. (1970). *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Madrid: Aguilar

- Chiasoni, P. (2011). Tres buenos filósofos contra las malas costumbres : jurisprudencia analítica y teoría de la costumbre. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (31), 105-142.
- Doral García, J.A. (2017). ¿Por qué un Código? *Revista Persona y Derecho* (74). <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/7912>
- Dupont, E. (1845). *De la organización judicial y de la codificación. Extractos de varias obras de Jeremías Bentham, jurisprudencia inglesa*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- García Berger, M. (2017). Una interpretación neokantiana de las relaciones entre derecho y política. *Analecta Política*, 7 (13). <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/7767>
- Halpérin, J. (2003). Exégesis (escuela). *Revista de Derecho* (48). [https://www.researchgate.net/publication/319523326\\_Exegesis\\_escuela\\_Exegesis\\_school\\_Jean-Louis\\_Halperin\\_Escuela\\_Normal\\_Superior\\_Francia](https://www.researchgate.net/publication/319523326_Exegesis_escuela_Exegesis_school_Jean-Louis_Halperin_Escuela_Normal_Superior_Francia)
- Hernández Jiménez, N. (2013). Poder soberano y poder disciplinario. La codificación desde una visión foucaultiana. *Revista de Estudios Sociales* (48), 139-150. En <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res48.2014.11>
- Hobbes, T. (1979). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Editora Nacional.
- Kaufmann, A. (2016). Entre iusnaturalismo y Positivismo hacia la Hermenéutica jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (50), 133-142.
- Kaufmann, A. y Hassemer, W. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Ludwig, E. (2016). *Napoleón*. Barcelona: Juventud.

- Martínez Salcedo, J.C. (2015). Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial. *Civilizar*, 15 (29). En <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v15n29/v15n29a03.pdf>
- Molinares Hassan, V. y Bechara Llanos, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho* (48). En <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/8520>
- Muñoz de Baena Simón, J.L. (1999). *Filosofía del Derecho: Las concepciones jurídicas a través de la historia (2ª edición)*. Madrid: UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Orrego Sánchez, C. (2011). Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural. *Anuario filosófico*, 44 (3), 543-564.
- Paulson, S. (2012). La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. *Revista Derecho del Estado* (29). En <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3291>
- Pescatore, M. (1874). *Filosofia e dottrine giuridiche*. Turín: Bocca
- Puppo A. y Garibian S. (2012). Acerca de la existencia del ius cogens internacional: Una perspectiva analítica y positivista. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. (36). En [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182012000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182012000100001)
- Ramos Núñez, C. (1995). El código napoleónico: Fuentes y génesis. *Derecho y Sociedad* (10). En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14319>
- Rivera-Sotelo, A. (2011). El utilitarismo de Jeremy Bentham: Fundamento de la teoría de Leon Walras? *Cuadernos de economía*, 3 (55), 55-76. En <https://revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/view/28223/31725>

- Robledo Rodríguez, A. (2013). Aportes de la cultura griega en la construcción de la filosofía del derecho. *Byzantion nea hellás* (32), 145-162. En [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-84712013000100007&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-84712013000100007&lng=es&nrm=iso)
- Rodríguez Paniagua, J.M. (1984). *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Universidad de Derecho – Facultad de Derecho.
- Rousseau, J.J. (1966). *El contrato social*. Madrid: Taurus.
- Rousseau, J.J. (1981). *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Aguilar
- Schmitt, C. (2003). *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Granada: Comares
- Serpe, A. (2012). ¿Cuál futuro para la paz y los derechos humanos? Notas sobre la última filosofía del derecho de Norberto Bobbio. *Revista de filosofía*, 71 (2), 48-66.
- Solari, G. (1946). *Filosofía del derecho privado*. Buenos Aires: Depalma.
- Soleil, S. (2006). La formación del derecho francés como modelo jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 387 y ss.
- Stephen, L. (2004). *The English Utilitarians, vol . 1 : Jeremy Bentham*. Honolulu: University Press of the Pacific
- Tasset, J.L. (2017). Virtudes y utilidad en David Hume y Jeremy Bentham. *Ágora: papeles de Filosofía*, 36 (1). En <http://www.usc.es/revistas/index.php/agora/article/view/3101>
- Torres Oviedo, J. (2014). La concepción de derecho, moral y política en la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas. *Pensamiento y Cultura*, 17 (1). 113-137.
- Touchard, J. (1970). *Historia de las Ideas Políticas*. Madrid: Tecnos.

- Truyol y Serra, A. (1974). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado (2): Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Valladolid: B de F

