

# SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO DEL ESTADO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

Antonio ÁLVAREZ DE MORALES

SUMARIO: *Introducción. I. Normas jurídicas. II. El modelo garantista y el modelo estatista. III. La codificación como medio del garantismo y el estatismo. 1. La polémica Thibaut-Savigny. IV. El Código civil español de 1889.*

## INTRODUCCIÓN

Una larga tradición ha provocado que la doctrina del Estado se refiera generalmente, en el examen de los aspectos jurídicos que afectan a la organización de la vida comunitaria, al campo del derecho público y especialmente a sus aspectos constitucionales y administrativos. El interés se ha puesto exclusivamente en las relaciones que unen la institución estatal con las otras instituciones sociales y al conjunto de las normas positivas, en el fundamento de la soberanía, en la división de poderes, en las formas de gobierno o en la centralización.

Pero el estudio de los intentos realizados en el siglo diecinueve para recoger en un cuerpo homogéneo los preceptos del derecho privado no se ha hecho desde este punto de vista. El análisis debe realizarse desde la perspectiva del derecho civil considerado en un momento en el que no nos es permitido distinguirlo del derecho público.<sup>1</sup>

## I. NORMAS JURÍDICAS

A partir del siglo XVI cuando se afirma el Estado moderno y se inicia el proceso contra las costumbres locales, la necesidad de promover un ordenamiento jurídico capaz de vencer el particularismo medieval, muestra la raíz política de este problema. Este periodo alcanza su cenit en la época de las luces y su coronación máxima en el Código francés de 1804, que lleva a sus últimas consecuencias la actitud de la cultura iusfilosófica de insistir en el concepto de certidumbre del derecho. Pero en la medida que es sostenido por fuerzas e ideologías

<sup>1</sup> CORRADINI, Doménico, *Garantismo e Statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milán, 1971.

antitéticas, tal concepto destaca ya en el momento de aparecer con una doble cara y con el correr del tiempo invade instancias diversas. De un lado al reclamar leyes claras y simples, de modo que los ciudadanos sepan con suficiente anticipación las obligaciones a observar y las sanciones que acarrearán los eventuales ilícitos, se añade en el código el instrumento para asegurar y hacer inatacables los principios del sujeto, su innata autonomía y su incoercible voluntad. Por otro lado las mismas exigencias pero que obedecen a perspectivas distintas, y siempre en nombre de la necesidad de crear un complejo de normas igualmente válido para todos, sirven para ofrecer mayor consistencia al Estado, para asumir las estructuras y extender su dominio. En ambos casos, el programa es unificar el derecho privado.

Además es en la propia doctrina del liberalismo, que alimenta en el siglo diecinueve los esfuerzos codificadores y deja en ellos una impronta indeleble, en la que coexisten y a veces se entrecruzan estos dos principios: la garantía de la certidumbre y el estatismo del derecho. La primera, que coloca al individuo en el centro de atención y lo considera como el centro de todo el ordenamiento, como la guía que oriente la actividad del legislador y los estudios de los juristas, testimonia la lucha contra el sistema del absolutismo y tiene su origen en la reflexión iusnaturalista. La segunda, ligada a una burguesía que detenta los papeles hegemónicos y renunciando a parte de su carga revolucionaria, se preocupa por conservarlos, revela el deseo de mantener los equilibrios tras el hundimiento del antiguo régimen y se conecta al iuspositivismo y a su teoría de las fuentes de producción normativa.

Detrás de la fórmula del Estado de derecho del que los códigos civiles son elementos esenciales porque están en situación de promover el valor de la certidumbre jurídica e impedir que los ciudadanos queden expuestos a los abusos de la magistratura y de los órganos gubernativos, se esconden graves tensiones. Así por un lado, a través de la interpretación que los jurisconsultos dan a las leyes en materia de derecho privado, aquella fórmula que compendia las ansias de rescate y el abatimiento del despotismo indicaba la meta a lograr, al final del siglo diecinueve realiza una parábola y sufre una metamorfosis. Y por otro lado, estado de derecho denotará no tanto un estado que encuentra límites precisos en reglas inderogables y plenas de contenido, como un estado que tiene el monopolio de la creación del derecho y que del derecho acentúa el momento autoritario profundi-

zando la separación entre gobernantes y gobernados. Así la preocupación por la seguridad y la certidumbre del derecho cederá el paso a las perspectivas estatistas.

## II. EL MODELO GARANTISTA Y EL MODELO ESTATISTA

Estos caracteres llevan a las instancias de los grupos y los programas del Estado contemporáneo, los objetivos que las dos fuerzas se proponían lograr, a través de la reducción a un sistema de los preceptos jurídicos y especialmente de las normas privatistas aunque divergen profundamente. De un lado, promoviendo un modelo garantista de certidumbre, que se había desarrollado en la doctrina del liberalismo, se sostiene que la ley escrita válida indistintamente para los ciudadanos es necesaria para que sean reconocidos como irrenunciables los derechos fundamentales de la persona y en primer lugar el derecho de propiedad. Por otro lado, en línea con un modelo nacionalista y estatista que acentúa el momento de la autoridad en las relaciones entre los órganos de gobierno y los ciudadanos, se escoge con la legislación y con la codificación el medio para suprimir los particularismos locales conectados al predominio de la costumbre, y hacer más sólido el poder soberano. Pero en cuanto la misma exigencia de certidumbre jurídica se liga a contenidos diversos, como la reflexión en torno a la figura del juez, y los objetivos que asume; dicha exigencia está destinada a cambiar según el ángulo visual elegido. También aquí los caminos parecen dividirse: o se desea establecer severos límites a la actividad de los tribunales para evitar que las sentencias ataquen las prerrogativas inviolables y la autonomía del hombre, o se reclama una legislación armónica para impedir que los magistrados infrinjan los mandatos impuestos desde arriba, y se señala que en caso de duda el intérprete debe consultar al legislador.

Ecos de estas dos concepciones, que se conectan con las instancias del Estado moderno y que dejan una impronta en la historia de la codificación entre el siglo XVIII y XIX, casi individuando la línea de factura entre el antiguo régimen y la época inaugurada por la Revolución francesa, encontramos por todas partes.

En los códigos del siglo XVIII, que aún consideran las costumbres locales y el *ius commune* como fuentes autónomas de producción jurídica, predomina el entendimiento de la certidumbre típica de la ideología política del Estado moderno, de acuerdo con él el soberano promueve la reorganización de las leyes sobre todo para extender

definitivamente su imperio e impedir que los jueces violen sus mandatos. Por ejemplo, Francisco III, duque de Módena, prohíbe en el Código estense de 1771 la obra creadora de la jurisprudencia: "ocurriendo que en la multiplicidad de casos contingentes surge alguna duda razonable sobre la verdadera inteligencia de algunas de estas leyes, queremos, que nuestro Supremo Consejo de Justicia, sea el intérprete y que las Declaraciones se impriman al final de cada año, para que sean conocidas por el público, que deberá observarlas, como si hubieran sido hechas por nosotros mismos".<sup>2</sup> Y en 1780, interviniendo en los debates que los juristas esforzados en redactar un nuevo y orgánico sistema de reglas privadas estaban teniendo, y que con diversas vicisitudes se sucedía desde 1738, desde que Coccejus había recibido el encargo de su redacción, Federico II de Prusia expresa su desconfianza respecto de la actividad interpretativa de los tribunales y observa que en la hipótesis de una ley oscura o ambigua los jueces deberán interpelar al legislador y de tal modo refuerza una tendencia que tendrá su eco en los parágrafos 46-49 de la recopilación final del *Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* de 1794.<sup>3</sup> No asombra por ello que, en el reino pontificio en el preámbulo del *Reglamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, promulgado en 1834, se defiendan análogos conceptos; hay que tener en cuenta que a pesar del medio siglo transcurrido desde el periodo del absolutismo iluminista, permanecen casi intactas las estructuras del antiguo régimen en los Estados Pontificios. Después de haber señalado que el objeto del Reglamento es acabar con las incertidumbres, Gregorio XVI concluye exaltando la gran máxima que declara óptimas aquellas leyes que atribuyen a los jueces "el mínimo arbitrario, sin violentar su conciencia; y óptimos los jueces, que atribuyen el mínimo posible a sí mismos".<sup>4</sup> Y esta cuestión se inserta en un discurso general que, prescindiendo de la insistencia en el papel indispensable asumido por los

<sup>2</sup> Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sue Altezza Serenissima I. Modena, 1771, IX.

<sup>3</sup> WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2a. ed., Göttingen, 1976, p. 327-1; TARELLO, G., *Le ideologie della codificazione*, pp. 238 y ss.

<sup>4</sup> Gregorius Papa XVI motu proprio, en Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato della santità di N. Signore Gregorio P. XVI con motu proprio del 10 novembre 1834. Esibito il 17 dello steso mese negli atti dell'Apolloni, Segretario e cancelliere della R.C.A., Roma, 1834, 3-7. *Vid.*, también A. AQUARONE, *La restaurazione dello stato pontificio ed i suoi indirizzi legislativi*, Archivio della società romana di storia patria, 1955, LXXVIII, pp. 119-88.

códigos, tiene todavía el aire de ser una paternalista concesión a los súbditos y, por consiguiente vuelve a reflejar la exigencia de extender, a través de la recogida de los preceptos jurídicos en un único documento y a través de la negación a los tribunales de justicia de cualquier facultad discrecional, la hegemonía del Estado absoluto y sus prerrogativas.

El despotismo ilustrado español se ahorró contradicciones no adoptando medidas significativas en este terreno.<sup>5</sup> La codificación del derecho privado se impone como superación del particularismo jurídico y, en nombre de la certidumbre del derecho, se adopta por lo que se ha denominado la parte más evolucionada del pueblo.<sup>6</sup> La codificación se planteaba además como premisa de la estatización de todo el derecho del país, pero la redacción escrita y orgánica de tales normas asumía

<sup>5</sup> Desde la publicación por BACON *De Argumentis Scientiarum* en 1623 está presente la idea de un orden jurídico que obedeciese a un texto normativo único, claro, incontrovertible, explícito en los círculos más cultos de Europa. Pero durante mucho tiempo y en especial en países como España esta idea no podía pasar del plano de una utopía.

En España los planteamientos reformistas en el campo del derecho del absolutismo ilustrado son tímidos y contradictorios. Es significativo que un personaje tan destacado de este reformismo como es Campomanes en un importante documento titulado "Reflexiones sobre la jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos", escrito en los comienzos de su carrera como abogado, a pesar de que señala la "confusión de la jurisprudencia española" como uno de los grandes males de la situación añadiendo que "en la multitud de todas estas leyes (se refiere a toda la legislación española vigente en ese momento), la gran variedad de tiempos, en que se hicieron, y los muchos casos, que no están comprendidos en las de la Nueva Recopilación, se hace preciso recurrir a ellas en la forma prevenida por la ley de Toro, y entonces se descubren muchas contrariedades y aun confusiones no capaces de superarse con la seguridad que requerían", no aporta más que tibias soluciones como una colección de todos los antiguos Fueros de Castilla y, cuando aborda el problema de las decisiones judiciales, aunque encuentra que el mejor remedio para reformar la justicia sería obligar a los jueces a motivar las sentencias, cierra la discusión apenas sin haberla abierto admitiendo que en Castilla les está prohibido motivarlas por las leyes del Reino para "obviar cavilaciones".

En 1768 se promulga una cédula en la que con ocasión de unificar los aranceles de los tribunales españoles, se aprovechó para dictar otras normas unificadoras prohibiendo a la Audiencia de Mallorca motivar las sentencias, para así unificar samente cuando el iluminismo jurídico lo que propugnaba era justo lo contrario. *Vid.* ALVAREZ DE MORALES, A., *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

<sup>6</sup> ALVAREZ DE MORALES, A., *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, 4a. ed, Madrid, 1989; *idem* "El reformismo jurídico de Campomanes", en *Revista de Derecho Público*, núm. 106, 1987, pp. 79 y ss.; *idem*, "Historia del juicio motivado", en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1989, vol. III, pp. 79 y ss.

también el carácter de límite al poder y de garantía frente a su posible arbitrio.

El régimen del absolutismo, en la necesidad de superar los viejos esquemas jurídicos, fundados en los *status* subjetivos, había procedido a una obra de estatalización del derecho y a su racionalización. Se había tratado de una obra de nivelación de derechos civiles, de simplificación de relaciones jurídicas, de centralización de las funciones públicas.

Únicamente con el texto napoleónico de 1804 se verifica una evolución decisiva en la historia de la codificación y se asume el modelo garantista como guía principal de la sistematización del derecho. El Código francés de 1804 representa una novedad, no sólo porque reorganiza el derecho privado, olvidándose de las tradicionales formas de coleccionar las normas, sino también porque significa el tiempo de liberalismo y es receptor con liberalidad de su programa ideológico. No es de extrañar por eso que en el primer programa político del liberalismo español que es la Constitución de Cádiz incluya como mandato constitucional llevar a cabo la codificación.

La tendencia de la ideología liberal del siglo XIX a insistir en el derecho estrictamente considerado y en el valor de una normativa detallada y cerrada en códigos, capaz de regular taxativamente las competencias de la autoridad central y la esfera privada de los individuos, en antítesis de los posteriores movimientos democrático-socialistas que pondrán el acento en la *aequitas* y por tanto en un concepto no definible de modo preciso, se mantendrá intangible en España a lo largo de todo el proceso de elaboración del Código civil, que durará como es sabido todo el siglo XIX.

### III. LA CODIFICACIÓN COMO MEDIO DEL GARANTISMO Y EL ESTATISMO

#### 1. La polémica Thibaut-Savigny

La reforma de la justicia fue sin duda un ideal del iluminismo jurídico. Federico II de Prusia quería efectuar esta reforma por medio de una vigilancia estricta de los jueces y por medio de mejores leyes.

El rey y sus consejeros tenían el mismo objetivo: ligar más estrechamente al juez a los textos legales y acabar con el arbitrio judicial. Pero el rey buscaba sólo garantizar su derecho al poder mientras que los legisladores inspirados en las ideas de Montesquieu y Beccaria

buscaban la libertad del ciudadano con leyes claras y comprensibles para todos y se oponían a la creación del derecho por los jueces.

El modelo teórico de los legisladores consistía en un absolutismo de las leyes según el cual todo el sistema jurídico debía estar presentado en forma escrita y en forma de ley. En adelante, el derecho consuetudinario, la interpretación de los jueces o la ciencia jurídica serían reemplazados por la ley formal. Las imperfecciones de la ley no podían ser compensadas más que por el monopolio de interpretación de la Comisión jurídica.

La concepción ideal de los legisladores de la ley no podía ser transferida más que parcialmente del proyecto de Código General al Código Civil General (*Allgemeines Landrecht*). En la práctica del ideal fracasaba también a causa de la técnica permanente de la creación del derecho no formal que ejercía el monarca a causa del desarrollo ulterior judicial del derecho, sobre todo en el campo de la constitución agraria que tenía necesidad de reformas.

Savigny rompió públicamente con el ideal del Siglo de las Luces colocando al mismo nivel a la ley como fuente del derecho, al derecho consuetudinario y la interpretación de la ley por la ciencia. Es decir, que el juez no estaba sometido a la ley. El poder de abolir el derecho consuetudinario era restablecido. El control corporativo de los jueces por los inspectores y su obligación de respetar el ideal de la interpretación científica apuntaban a impedir que los tribunales se perdieran en una jurisprudencia arbitraria.

Las discusiones son alimentadas con fuerza por cuanto los defensores de la codificación creen en el estatismo y reputan útil e indispensable recoger las normas civilistas en un cuerpo orgánico promulgado por la autoridad central. Mientras que los que se oponen a ella insisten en la costumbre y su origen espontáneo, viendo en el derecho escrito un instrumento excepcional que debía usarse poco y juzgando por lo menos como prematura la redacción de un código.

En el pensamiento de Thibaut<sup>7</sup> predomina sustancialmente la concepción estatista, en la que el derecho consuetudinario pierde terreno, porque parte de un pluralismo ya inaceptable y que por la fuerza de las cosas debe desaparecer para permitir a los miembros de una misma comunidad poseer las mismas leyes e impedir que la ciencia jurídica y

<sup>7</sup> Los textos fundamentales de la polémica Thibaut-Savigny pueden encontrarse en *La codificación, introducción y selección de textos de Jacques Stein*, Madrid 1970.

los tribunales de justicia se metan en un dédalo de preceptos diferentes. Ya hablar de codificación, constituye señal de despertar de algo como un largo sueño, de un sueño del que los juristas han salido después de la difusión del *ius commune* y de la consiguiente actitud a restringirse al análisis de los textos de Justiniano. Porque aunque representante del fruto de un proceso secular que ha dado su impronta profunda a la civilización europea continental y suscite admiración, el derecho romano no ha sido jamás establecido con claridad y certidumbre plenas. Por el contrario, los jurisconsultos han realizado trucciones tan arduas que al final ningún profesor de Pandectas podría, en toda Alemania, haber estado en situación de estudiar histórica y dogmáticamente desde las fuentes todas las doctrinas que se refieren a la propia disciplina. Y también porque el ordenamiento jurídico de la antigua Roma se compone de una serie de fragmentos que no es fácil insertar en un sistema, como si fuera un laberinto donde una vez que se entra se corre el peligro de no saber encontrar el camino justo para abandonarlo. Su supervivencia es en muchos aspectos anacrónica. En particular, en la línea de las doctrinas garantistas y del entendimiento legalista de la certidumbre jurídica, Thibaut condensa el *ius commune*, porque está desprovisto del registro de cognoscibilidad. Sin este requisito, en cuya presencia filósofos y jurisconsultos han señalado la superación de la herencia medieval y en cuyo nombre son llevados a cabo en el siglo XVIII, las luchas por abatir el despotismo, se abre el campo al arbitrio del poder político y de los jueces. La misma erudición de los estudiosos, lejos de ofrecer algún remedio, ha destruido mil veces la pacífica seguridad del ciudadano, en cuanto no es capaz de prever el tipo de sanción que se conecta a sus eventuales ilícitos y es, por consiguiente, turbado en el goce de los propios bienes y en la explicación de los propios negocios. El ancla de salvación, para superar una crisis que es en primer lugar crisis de confianza frente a la estabilidad de la ley y de la creencia de que ésta es aplicada siempre de modo constante en el periodo de su vigencia, es la codificación.

Las tesis de Thibaut unen el derecho civil y la ideología del garantismo y proponen algunos motivos del liberalismo. Una colección de leyes orgánicas escritas, de normas, debían servir, tanto para proteger las prerrogativas inalienables del individuo como para extender la autoridad del Estado. Esta tesis encuentra una inmediata respuesta en el ensayo programático de Savigny quien, al indicar que es en la renovación de la ciencia jurídica y no en la adopción de un código donde

está la "vocación" del siglo XIX y el instrumento para salir de la crisis, contribuye a suscitar en la escuela histórica una mayor conciencia de su carácter, de sus méritos y a profundizar en el camino ya abierto por Hugo. Esta escuela, que del romanticismo deduce el interés por las tradiciones populares y por las costumbres espontáneas que están en la base del derecho, madura en la atmósfera de decadencia del iusnaturalismo y le opone perspectivas diversas. Si los iusnaturalistas miraban hacia preceptos considerados eternos y exaltaban este valor contra la mutabilidad de las cosas y contra las eventuales perversiones de las reglas dictadas por el poder político, ahora el acento se pone en el dinamismo de la experiencia, en el carácter mutable que todo fenómeno está destinado a expresar; así que el horizonte de investigación de los jurisconsultos resulta modificado y ampliado, porque la jurisprudencia deja de referirse a un mundo hipostático de axiomas, a un objeto que bajo el perfil de la estabilidad recuerda el objeto del que se ocupan los estudiosos de la naturaleza, y se traduce en un análisis llamado a tomar en consideración principios distintos impulsados por el ritmo de las vicisitudes sociales.

Para Savigny el derecho es por muchos motivos comparable a la lengua: nace de las relaciones entre los hombres y sigue su proceso sin necesidad de gramáticos ni de códigos. Asimismo, el fenómeno jurídico se agota en el espíritu del pueblo, en las creencias populares; esto es, en fuerzas internas y tácitamente activas, y no en el arbitrio del legislador. Si por ello se establece una antítesis entre costumbre y ley escrita, el primado será de la primera y no de la segunda, como sostenían algunas teorías iuspositivistas que habían encontrado un reflejo filosófico en la meditación de Hegel inspirado el ensayo de Thibaut. En cuanto representan el derecho consuetudinario vivo y son signo de auténtico progreso, las costumbres no sólo proceden sino condicionan el derecho escrito; el cual, explicando una función subsidiaria y no gozando de una verdadera y propia autonomía, debe contentarse con recoger las costumbres jurídicas y sancionarlas con la claridad de sus fórmulas. Cuando traspasan estos límites, las leyes constituyen una inútil corrupción del derecho.

El ordenamiento jurídico es el producto de una fuente que lejos de identificarse con la autoridad del Estado, reside en la vida y en su evolución.

Savigny, poniendo un decidido acento en el paso gradual de un sistema normativo a otro, se hace intérprete de un historicismo enten-

dido como continuidad y no como ruptura. Pero las teorías historicistas al tratar de incorporar en una amplia síntesis la evolución histórica que se manifiesta, por un lado en la continuidad de las instituciones y, por otro, atenta a coger el momento de su ruptura, se presenta necesariamente con una doble cara.

En Savigny no hay huella de la segunda cara; él insiste en el desarrollo autóctono e ininterrumpido del derecho. De aquí su crítica a la Revolución Francesa y a sus consecuencias, entre ellas el Código Civil, fruto del ciego impulso contra la realidad existente y de exageradas e insanas expectativas de un vago futuro; puesto que el Código Civil francés ha pretendido abolir improvisadamente las antiguas instituciones, cancelado las costumbres locales y, en suma, violentado el tranquilo ritmo de la evolución jurídica.

En realidad las críticas de Savigny no van indiscriminadamente contra la idea de código y no niega que en determinadas condiciones se pueda lograr.

Pero sobre todo, si bien estas concepciones se separan de las de Thibaut, estas tesis continúan inspirándose en los presupuestos políticos y filosóficos del garantismo y del estatismo, y también defienden la necesidad de proteger al hombre como individuo, sus privilegios y sus bienes, y reforzar el poder central. Por eso dice Savigny: "En el fin estamos de acuerdo: queremos el fundamento de un derecho seguro, seguro frente a los peligros de la usurpación del arbitrario y de la injusticia". También sostiene la necesidad de un derecho nacional que valga para toda Alemania y contribuya de alguna manera a la unificación. Las divergencias afectan a los medios para satisfacer este fin, pero la ideología en la que los dos juristas se mueven es idéntica. Así, mientras afloran las perspectivas del liberalismo y las preocupaciones por establecer la certidumbre de las relaciones sociales, y el nacionalismo jurídico aspira a sustituir al precedente universalismo jurídico, el derecho civil es el derecho que a la vez que se refiere a la esfera privada del individuo sirve para distinguir a los miembros de una determinada comunidad de los de otra.

#### IV. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

Es natural que el Código español, porque se inspira en el Código francés, del que se empeña en precisar el léxico —como fue observado por un profesor francés al publicarse: parece "el resumen de curso de

un excelente profesor" (*le résumé du cours d'un excellent professeur*)—,<sup>8</sup> repita los motivos generales del garantismo. No es casualidad que el acento recaiga sobre la propiedad (artículo 348 y s.). Y, en torno a toda esta disciplina privatista, se dan una serie de límites para permitir al sujeto gozar de los bienes propios y acrecentar la fuerza económica. A la figura y a las prerrogativas del propietario vienen dedicados los libros segundo y tercero (De los bienes, de la propiedad y de las modificaciones y de los diferentes modos de adquirir la propiedad). Respecto al estatismo tuvo que ceder inicialmente permitiendo los derechos forales, pero la resolución final para éstos lo ha remachado.

<sup>8</sup> LEVÉ, A., "Introduction", en *Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889*. Traduit et annoté, Paris, 1890, p. V.