

Método
Grupo Transdisciplinario de
Investigación en Ciencias Sociales
www.grupometodo.org

Borradores de Método

Área de Metodología
ISSN: 1692-9667

La codificación en el contexto de la
consolidación del Estado moderno.
Comentarios al texto de Thibaut “Sobre
la necesidad de un Derecho civil general
para Alemania”

Isaac De León Beltrán

Documento 28
Junio 15 de 2004

BORRADORES DE MÉTODO es un medio de difusión de las investigaciones del Grupo Método. Estos documentos son de carácter provisional, de responsabilidad exclusiva de sus autores y sus contenidos no comprometen a la institución.

Borradores de Método. No 28. Junio 15 de 2004.
Editor Fundación Método
Colección Metodología.

© Isaac De León Beltrán

La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno. Comentarios al texto de Thibaut
“Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”

© Fundación Método. Carrera 8ª. No 37-10. ofi: 501. Telefax: (571) 4005765
2004. Todos los derechos reservados.
Primera edición 2003.
Impreso en Colombia.

La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno. Comentarios al texto de Thibaut “Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania”

Isaac De León Beltrán*

Resumen

Este trabajo se propone mostrar las relaciones entre codificación y consolidación del Estado moderno. En el escrito se presentan dos ideas centrales. La primera de ellas es que hay una relación no planeada entre el surgimiento del Estado moderno y la demanda de codificación. La segunda es que la demanda de codificación se relaciona con el fortalecimiento de la economía de mercado. Este escrito utiliza el trabajo de A.F.J. Thibaut para mostrar que la necesidad de codificación viene acompañada por el fortalecimiento de un aparato burocrático judicial que debe satisfacer un requerimiento de funcionamiento en pos de una mayor seguridad jurídica que sirva de garantía para las transacciones.

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en el Seminario de teoría jurídica en la maestría en derecho de la Universidad de los Andes, en el segundo semestre de 2003. Agradezco los comentarios de Diego López.

El objetivo de este trabajo es situar la polémica sobre la codificación del derecho en Alemania, a principios del siglo XIX, en el marco de los procesos de consolidación del Estado moderno.¹ En ese sentido, se tratará de enmarcar la exposición de Thibaut sobre la necesidad de la codificación en un contexto en el que lo jurídico pueda ser visto como una manifestación del proceso de consolidación de un poder central en cabeza del Estado. Así, lo jurídico será tratado en este texto como un campo de interacción humana en el que se manifiesta el grado de organización y diferenciación de lo que hoy llamamos Estado moderno. Desde luego, dicho proceso de centralización no puede ser visto como un proceso original, es decir, como si fuese la primera vez que acaeciera en la historia, ya que experiencias similares se han dado en el seno de grupos humanos complejos; tal es el caso del Imperio Romano.² El punto de partida de este ensayo es que el Estado moderno puede ser entendido como una forma de organizar la sociedad que se caracteriza por el creciente predominio de la economía monetaria, en detrimento de la economía natural, por el enjaulamiento de la vida social en un territorio y por el conflicto con las viejas formas de regulación de la vida social.³ Desde este punto de vista el Estado puede ser entendido como una configuración social que le permite a la sociedad, entre otras cosas, operar sobre sí misma. Por lo tanto, no parece muy adecuada la distinción Estado- Sociedad, en el sentido de que puedan ser concebidas como entidades independientes. En adelante, se situará la modernidad temporal y espacialmente. Se entenderá por modernidad al conjunto de modos de vida y organización social que surgieron en Europa alrededor del siglo XVII.⁴

Por claridad de la exposición se asumirá que la polémica en torno a la codificación se puede relacionar con la disputa – sin mayores matices – entre el racionalismo jurídico y la Escuela Histórica del Derecho (EHD). Dicha Escuela también es llamada historicista.

¹ En 1815 el mundo germano estaba compuesto por Austria, Prusia y treinta y siete estados pequeños que no tenían mayor poder en la confederación de estados alemanes. Cada uno de estos estados pequeños era protegido a su vez por Estados vecinos. A grandes rasgos esto era lo que quedaba del Sacro Imperio Romano Germánico. *Cfr.* Hans Hattenhauer, *Los fundamentos histórico ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, págs 30-40.

² La centralización del derecho se puede entender como el proceso mediante el cual una autoridad central monopoliza la elaboración de leyes y su interpretación. Este proceso es característico del aumento de complejidad en la interacción social, es decir, una mayor diferenciación y una mayor integración. En ese sentido, en grupos humanos menos complejos, como por ejemplo tribus nómadas, no suele surgir la preocupación por la codificación. No sobra aclarar que complejidad alude aquí al grado de desarrollo de la división social del trabajo y carece por lo tanto de un sentido valorativo. *Cfr.* George Sabine, *Historia de la teoría política*, págs 170-176.

³ *Cfr.* Norbert Elias, *El proceso de la civilización. Investigaciones psicogenéticas y sociogenéticas*.

⁴ La modernidad puede ser entendida como una época de ruptura entre lo tradicional y lo nuevo. Los cambios sociales en los últimos cuatro siglos han configurado sociedades muy diferentes en comparación con las sociedades de la antigüedad. Es en este sentido que la modernidad puede ser entendida como discontinuidad. En la modernidad el orden aparece como un problema que requiere el conocimiento y la intervención de los hombres. Los siguientes son algunos ejemplos que sirven para entender la modernidad como una ruptura: 1. las mejoras en las comunicaciones, 2. la consolidación de los estados nacionales como rectores de la organización política y social, y 3. la consolidación de las manufacturas industriales. *Cfr.* Anthony Giddens, *Las consecuencias de la modernidad*, págs 18-19.

Por racionalismo jurí dico se entenderá a lo largo del texto la posición desde la cual el derecho debe ser deducido a partir de unos principios generales que operan como axiomas. Esta manera de entender el derecho supone que la teorí a jurí dica procede deductivamente y que al igual que la geometrí a, la ciencia jurí dica no depende de los hechos sino de la razón.⁵ Por el contrario, la EHD parte del supuesto de que el derecho no es algo que se construya ú nicamente apelando a la razón. Para los representantes de esta postura, el derecho es algo similar a las costumbres, al arte y al lenguaje.⁶ De acuerdo con el historicismo, no tiene mucho sentido reducir el derecho a unos principios generales con aspiraciones de aplicación universal; cada grupo humano, es decir cada sociedad, produce históricamente el derecho que necesita. De este modo, el derecho es una de las muchas manifestaciones culturales de una sociedad. Desde este punto de vista, el derecho no es algo que proviene ú nicamente de las mentes de los juristas. Por supuesto, conviene resaltar que el derecho en la época moderna se convierte en una función social diferenciada de otras manifestaciones de la cultura. Es importante resaltar esto porque en comunidades primitivas, de nuevo, el derecho no se diferencia de los aspectos religiosos y polí ticos de la vida social.⁷ Una cuestión relacionada con este punto es que en la modernidad el aumento de la complejidad social es lo que permite la consolidación de lo jurí dico como un campo de interacción social diferenciado.

Por simplicidad no me ocuparé del debate entre Thibaut y Savigny. De igual manera, debo advertir que el texto de Thibaut no será tratado como un texto jurí dico sino más bien como una fuente histórica. Este trabajo se divide en tres partes. En la primera, se expone a grandes rasgos la relación entre consolidación del Estado y codificación. El objetivo de esta sección es argumentar a favor del derecho codificado como una manifestación del monopolio estatal. Para ello se tratará de mostrar que la necesidad de codificación expuesta por Thibaut puede ser entendida como la demanda de una burocracia estatal y la estandarización del gremio de los abogados. Es decir, se supone en esta sección una relación entre Estado y saberes expertos; en este caso, la relación entre el Estado y el saber experto de los abogados. En esta primera sección se presentarán algunas partes del texto de Thibaut que luego serán comentadas a la luz del proceso de centralización del poder Estatal. Como marco teórico se utilizarán algunos conceptos de Norbert Elias y Max Weber. En la segunda parte se intentará mostrar que dicho proceso de codificación brinda una mayor seguridad jurí dica que favorece, en últimas, los procesos de consolidación del mercado. En la tercera parte se presenta un corto resumen a modo de conclusión. Pido disculpas por las excesivas citas que bien pueden causar alguna incomodidad al lector. La

⁵ Este modo de entender el derecho es llamado iusnaturalismo. El iusnaturalismo es, ante todo, una escuela metodológica. Por lo tanto, lo que da unidad a dicho movimiento es la forma de tratar el derecho, es decir, a partir de la razón. Los representantes de esta posición tratan de convertir al derecho en una ciencia demostrativa. El derecho es, por lo tanto, el despliegue de la razón, ya no la supervivencia de las costumbres. Cfr. Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, págs 15-46.

⁶ Cfr. Friedrich Karl Von Savigny, “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”.

⁷ Cfr. Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, págs 134-147.

mayoría de citas tratan de aclarar algunos conceptos y en ocasiones tratan de mostrar de manera breve algún debate.

1. Burocracia y codificación

Una característica del Estado moderno es su tendencia a monopolizar los medios de coerción y el recaudo de impuestos. Estas dos tendencias se denominan, respectivamente, el monopolio de la fuerza y el monopolio fiscal; la una no puede darse sin la otra. La evidencia histórica muestra que estos procesos se caracterizan por su violencia. Por violencia me refiero a las guerras y disputas entre poderes regionales al interior de un territorio. Dichas disputas se dan en el marco de la configuración de un poder central.⁸ La historia de los Estados modernos muestra que la consolidación del poder central no suele ser un proceso pacífico.

El monopolio de la fuerza y el monopolio fiscal son el resultado de un proceso histórico ciego, es decir, no son fruto de la decisión voluntaria de un individuo o de un grupo de personas. Dicho de un modo un tanto simple: el Estado no es consecuencia de una decisión racional. En otras palabras, conviene recordar que el Estado no es resultado de un acuerdo contractual, es, como han dicho varios autores “el resultado impremeditado y secundario de la preparación para la guerra”.⁹ Lo mismo se puede afirmar para otras instituciones de la vida social.¹⁰ Por lo tanto, parecería incorrecto creer que el Estado moderno es la forma ideal de organización de la vida en común. Desde este punto de vista, se podría pensar que lo que hoy denominamos Estado no es más que una configuración accidental histórica entre muchas otras posibles. Conviene resaltar que esta no es una cuestión contra-fáctica del tipo *¿que hubiera pasado si...?*, sino más bien un problema teórico. Este problema teórico se remite a la concepción de sociedad y en especial se refiere a nuestras creencias acerca de las relaciones entre individuo, Estado y sociedad. Esta consideración merece alguna importancia en la medida en que evita ciertas atribuciones de intencionalidad a procesos sociales de larga duración, como es el caso del surgimiento y consolidación del Estado moderno. Dicho de otro modo, la consolidación del Estado y la

⁸ Cfr. Norbert Elias, *El proceso de la civilización. Investigaciones psicogenéticas y sociogenéticas*, págs 344-345

⁹ Cfr. Charles Tilly, *Coerción, capital y los estados europeos, 990-1990*, págs 109-148.

¹⁰ No quiero decir con esto que las explicaciones contractualistas acerca del surgimiento del Estado no tengan ninguna validez. Lo que quiero enfatizar es que lo que hoy llamamos Estado es el resultado de muchos años de transformaciones sociales no planeadas. Conviene tener en cuenta, y este es un argumento a favor del contractualismo moderno, que cuando se supuso un estado de naturaleza y luego un contrato, allá en el siglo XVII, todavía no se habían desarrollado las ciencias sociales. Es decir, cuando Hobbes, Rousseau, Kant, etc., propusieron la noción de contrato no contaban con arqueología, sociología histórica, antropología política, etc.,

tendencia hacia la centralización del poder no son producto de una voluntad unitaria.¹¹ Estas aclaraciones parecen ser útiles en la medida en que ayudan a tomar precauciones con respecto a la creencia de que la centralización del derecho en manos del Estado es un proceso inevitable y que por lo tanto la codificación era condición necesaria para el fortalecimiento del derecho y de las prácticas jurídicas. Hay evidencia que sugiere que se puede lograr la consolidación del derecho en manos del Estado sin necesidad de un código. Al respecto, Weber llama la atención sobre el proceso de consolidación del derecho anglosajón.¹² En general, la consolidación del derecho en manos del Estado se puede dar con códigos o sin ellos. En este texto me ocuparé únicamente de la consolidación del derecho por medio de la elaboración de códigos. Los códigos se verán como una de las vías de afianzamiento de un aparato burocrático.

En el proceso de constitución de monopolios que caracteriza al Estado moderno se va configurando, lenta y conflictivamente, un aparato burocrático. Esto quiere decir que el desarrollo de la burocracia, y con ella el desarrollo de la ley, tienen lugar en medio de la guerra. En esa dirección se orienta Michel Foucault, un tanto literariamente, pero no por ello menos corroborable, cuando dice lo siguiente:

La guerra nunca desaparece porque ha presidido el nacimiento de los estados: el derecho, la paz y las leyes han nacido en el fango de batallas y rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban filósofos y juristas– batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias, que tienen su fecha y sus horroríficos héroes; la ley nace de las ciudades incendiadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer.¹³

Ahora bien, lo que se denomina consolidación del estado es el aumento y diferenciación de las funciones del aparato burocrático y el acuartelamiento de los medios de coerción física. Vale recalcar que tales medios no desaparecen del todo y que son consagrados como último recurso en la regulación de la sociedad. Con el predominio de la regulación burocrática la coacción deja de ser coacción física y se convierte en coacción burocrática. Algunos denominan este proceso “modernización”, otros prefieren llamarlo “racionalización”. En cualquier caso, estos dos conceptos señalan el proceso mediante el cual la fuerza, y en general la capacidad de agresión que el estado ha concentrado, empieza a ser administrada por la burocracia. En últimas, este proceso puede ser visto como una transformación en las pautas de agresión Estatal. La modernización se puede interpretar

¹¹ Con estas observaciones quiero enfatizar que las transformaciones sociales de gran alcance no son el resultado planeado de la interacción social. Desde este punto de vista, y a riesgo de ser repetitivo, quiero llamar la atención acerca lo siguiente: ciertas instituciones sociales no son el resultado de un bosquejo que alguien hizo en el pasado, aun a pesar de que la mirada retrospectiva así nos lo muestre. Cfr. Norbert Elias, “La sociedad de los individuos”, págs 17-18.

¹² La racionalización del derecho no aspira siempre a la construcción de un sistema formal de carácter axiomático. La racionalización del derecho – entendida esta como su formalización – se puede dar por medio de la práctica jurídica, es decir, por medio de una jurisprudencia racionalizada y basada en algunos pocos principios generales. Cfr. Max Weber, *Economía y sociedad*, pág 639.

¹³ Michel Foucault, “la guerra en la filigrana de la paz” ,en *Genealogía del Racismo. De la guerra de las razas al racismo de estado*, pág 59.

como el dominio racional del Estado sobre la vida social. El aparato burocrático no sólo regula la administración de la fuerza y el recaudo de impuestos sino también otras esferas de la interacción social. Una de esas esferas es la administración de justicia. En ese sentido, el derecho codificado podrá ser visto como una extensión de la dominación estatal, y en especial como una prolongación de las tendencias hacia el monopolio por parte del Estado.

La necesidad de codificación puede interpretarse también como una expresión de la burocratización. Sin embargo, la creación de una burocracia no es algo fácil. Para poder formar un burócrata es necesaria la institucionalización de un proceso educativo cuya principal característica es, en cierta medida, la estandarización.¹⁴ Así, la estandarización en la instrucción podrá ser vista como precondition para el surgimiento de una burocracia. En el caso específico del derecho, Thibaut demanda la creación de un código que permita a abogados y jueces una cierta homogeneidad en la aplicación de la ley a lo largo y ancho de la confederación de Estados alemanes. De acuerdo con Thibaut, dicha homogeneidad sólo puede garantizarse si la educación de los abogados gira alrededor de un código. Desde este punto de vista, los abogados podrán ejercer mejor su oficio si hay un código común; este código no sólo facilitará la aplicación de la ley sino que permitirá dedicar una porción importante del tiempo de formación en las escuelas de derecho al desarrollo de habilidades y técnicas jurídicas tales como la retórica y la argumentación. En la siguiente cita se pueden hallar algunas referencias con respecto a lo que Thibaut considera una formación jurídica adecuada y su relación con la formulación de un código.

...Un sencillo código nacional de este tipo contribuirá a también a fortalecer ese sentido práctico, tan importante de nuestros estudiantes. Ahora todo se reduce a aprender de memoria innumerables leyes, definiciones, distinciones y noticias históricas embrolladas. El buen hablar, la destreza en el ataque y la defensa, la formación del talento apropiado para encauzar bien desde el principio una causa jurídica, el arte de tratar con cautela los negocios, la agudeza y la elasticidad dialécticas, todo esto se halla actualmente descuidado, y ningún hartazgo erudito puede resolver ninguna de estas necesidades.¹⁵

Con respecto a la erudición de los abogados Thibaut plantea, con cierta ironía, que el estudio y la interpretación del derecho romano no es muy útil para la práctica jurídica de la Alemania de principios del siglo XIX. De acuerdo con Thibaut, resulta poco ventajoso usar el derecho romano en la medida en que sus principios no se hacen muy explícitos en los documentos disponibles. Además, no sobra decirlo, no hay una documentación histórica completa. Si el derecho romano ha sido útil en algún sentido es

¹⁴ Para que una persona pueda ingresar a la administración burocrática estatal debe cumplir una serie de requisitos. Algunos de ellos son: exámenes de conocimientos y certificación profesional. Estos requisitos son los que le permiten a alguien llegar a ser un funcionario. Desde luego, la dominación burocrática es un tipo ideal. *Cfr.* Max Weber, *Economía y sociedad*, pág 175.

¹⁵ Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, pág 22. Conviene resaltar el hecho de que estos procesos de estandarización en la educación de los saberes expertos no sólo se demandan para el derecho, la formación para el ejercicio contable también atraviesa en ese entonces por un proceso de estandarización.

para aumentar los conocimientos en filología e historia de Roma.¹⁶ Thibaut critica la enseñanza del derecho romano y afirma que este derecho es muy difícil de aplicar en la medida en que la experiencia romana no se encuentra al alcance de la experiencia moderna. Por esta razón, parece ser muy poco práctico organizar el derecho moderno alemán a partir del derecho clásico romano. En esa medida, sería razonable pensar que la erudición con respecto al derecho romano antiguo no es algo necesario para una correcta formación jurídica. En esa misma línea de argumentación, poco sentido tiene construir un código utilizando trozos de la experiencia de los romanos. De este modo, parecería razonable exigir menos erudición y más herramientas prácticas. Si el derecho tiene algún sentido, no es precisamente cuando reposa en los libros sino cuando las personas lo usan. Refiriéndose a los textos jurídicos romanos recuperados y a la necesidad de un derecho vivo, Thibaut afirma:

Toda la compilación es demasiado oscura. Está elaborada demasiado a la ligera, y siempre nos faltará la verdadera clave para entender la misma. Ello se debe a que no poseemos las ideas del pueblo romano, las cuales tenían que hacer fácilmente comprensibles a los romanos mucho de lo que para nosotros constituye un enigma...¹⁷ Pero a los súbditos nada les importa que se conserven a salvo las buenas ideas en obras impresas, sino que el Derecho se aloje vivo en la mente de los jueces y los abogados.¹⁸

Instaurar una burocracia facilita la lucha del Estado moderno con las formas “tradicionales” de dominación. Las formas tradicionales de dominación son aquellas centradas en la transmisión de costumbres. El problema de la codificación no es sólo la dispersión de normas. Lo que preocupa al Estado son aquellas normas que contradicen la dominación estatal; no importa si éstas tienen un carácter formal o informal. De esta manera, el Estado en proceso de consolidación se enfrenta tanto a las normas de otros señores que aspiran a convertirse en poder central, como a las tradiciones y costumbres de comunidades pequeñas en las que operan regulaciones consuetudinarias. Por lo tanto, las normas que provienen de la tradición pueden ser vistas como competencia para el despliegue de la dominación del Estado. Cuando el Estado se encuentra con las tradiciones se ve obligado a negociar con ellas; sin embargo, dichas negociaciones no suelen darse en igualdad de condiciones dado que el Estado, en la medida en que cuenta con el monopolio de la fuerza, puede cooptar dichas formas de dominación o acabarlas. En resumen, podría decirse que el Estado moderno en su proceso de consolidación suele mantener una tensa

¹⁶ Cfr. Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, págs 16-17

¹⁷ Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, pág 14. Esta cita sugiere, y esto puede ser una sobreinterpretación mía, que Thibaut es en cierta medida un historicista. La exposición de Thibaut reconoce que el derecho es ante todo una construcción social mediada por la experiencia. Así, el derecho de una sociedad antigua – a pesar de lo admirable que pueda parecernos – no puede ser convertido en derecho contemporáneo; la explicación es muy sencilla: las estructuras sociales y el lenguaje cambian.

¹⁸ Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, pág 13

relación con aquello que se suele caracterizar como “tradiciones y costumbres”.¹⁹ En otras palabras, y siguiendo la misma idea, la racionalización burocrática no suele tener buenas relaciones con la tradición. Esto es también visible en el ámbito jurídico. Al respecto Thibaut, como buen moderno, no duda en acusar de irracional algunos elementos de la tradición cultural alemana en lo que respecta a su impacto sobre la vida jurídica. La siguiente cita muestra la respuesta de Thibaut a la objeción de la importancia de las “tradiciones”. En esta cita se puede observar la descalificación que un racionalista hace de lo “tradicional”:

Una segunda objeción, principal,..., tomará como fundamento la santidad de lo tradicional. Es preciso evitar, en la medida de lo posible, todas las subversiones; honrar lo existente, porque es familiar al ciudadano y, por tanto, se ha hecho valioso; e incluso tratar con indulgencia los prejuicios reconocidos del ciudadano, ¡ya que está fuera del poder humano superarlos por completo! Así se dirá desde muchas direcciones y, en general, yo no puedo discutir tales opiniones; pero sí afirmo que actualmente son poco o nada procedentes, y que las más de las veces suelen encubrir, bajo esa sabiduría a jurídica patriarcal, mucha imprudencia y sinrazón.²⁰

Al respecto de esta cita vale la pena señalar el hecho de que es en la modernidad en donde aparece por primera vez la distinción entre lo “tradicional” y lo “moderno”. Conviene tener en cuenta que normalmente los modernos denominan “tradicional” a todas aquellas costumbres que quieren erradicar.²¹ En especial, los modernos suelen calificar de “tradicional” aquellas costumbres que dificultan la expansión de la racionalidad burocrática. En caso específico que nos concierne, se denomina tradicional todas aquellas costumbres que oponen resistencia a la consolidación de un derecho formal e impersonal. El texto de Thibaut es en ese sentido un fiel representante de la modernidad, o de lo que algunos prefieren denominar, el sueño de la razón.

2. Mercado y codificación

El desarrollo de la profesión jurídica se encuentra asociado al proceso de consolidación del Estado, y en especial, a la dinámica de consolidación del capitalismo. La existencia de juristas especializados es una característica a resaltar en Occidente.²² Estos juristas, como se insinuó en la sección anterior, forman parte de los cuadros burocráticos encargados de la

¹⁹ Conviene tener en cuenta que el Estado no enfrenta individuos aislados sino configuraciones de personas inscritas ya en relaciones de poder. El problema de la codificación tiene entonces un asidero en el problema de la comunidad vs sociedad. Una cuestión que parece ser muy importante en el despliegue y resolución de esta tensión es el tránsito de una economía natural a una economía monetaria; en otras palabras, la evidencia sugiere que el dinero es un gran disolvente de los vínculos comunitarios.

²⁰ Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, pág 39

²¹ Cfr. E. P. Thompson, *Costumbres en común*, págs 25-28.

²² Cfr. Max Weber, *Economía y sociedad*, págs 650-651.

administración judicial. Por lo tanto, parece ser clara la conexión entre burocratización judicial y capitalismo. El capitalismo, siguiendo a Fernando Braudel, sólo se consolida en la medida en que se convierte en capitalismo de Estado. En otras palabras, el mercado sólo se desarrolla bajo el amparo de la ley promulgada y administrada por el Estado. Así, una proporción importante de jueces y abogados concentra sus funciones en los procesos de intercambio mercantil. Esta concentración de actividades jurídicas relacionadas con el comercio y la industria aumentan las demandas de seguridad jurídica por parte de abogados y burguesía. La seguridad jurídica se convierte entonces en un valor que sirve para resguardar las transacciones. Estas demandas, por supuesto, se le hacen al Estado y a sus funcionarios, es decir, a los jueces. La seguridad jurídica, entendida como la estimación razonable acerca del funcionamiento de la administración de justicia, se convierte entonces en importante soporte para el desarrollo de los mercados. En este contexto, la seguridad jurídica permite la aparición de expectativas sobre la conducta ajena en el marco del mercado. La idea es entonces bastante simple; las organizaciones encargadas de administrar justicia sirven para disminuir la incertidumbre. Es aquí en donde la codificación resulta útil ya que facilita la previsión de la conducta de diversos agentes económicos. Al respecto Thibaut exigía ya en 1814 que el derecho codificado debería ser claro, inequívoco y exhaustivo.²³

La codificación es una manera para brindar seguridad jurídica. El comportamiento de los agentes en el mercado supone un entorno jurídico estable. Si la ley se encuentra escrita y además perdura en el tiempo se crea un cierto grado de confianza tanto en los contenidos de la norma como en la conducta de aquellos con los cuales se hacen transacciones. Esta situación genera un entorno favorable para el desarrollo de los mercados. De acuerdo con algunos teóricos de la economía y el derecho, son las normas, tanto las informales con las formales, las que definen el desarrollo de los mercados y en últimas las tasas de crecimiento económico de un país.²⁴

La codificación puede ser vista como un intento secular formal por parte del Estado para brindar seguridad jurídica a las personas dedicadas al comercio y/o a la manufactura. Al respecto no sobraría la pregunta por las personas que demandan seguridad jurídica. Es plausible pensar que los requerimientos de seguridad jurídica estuviesen concentrados en los comerciantes e industriales. En esa vía, los reclamos de Thibaut con respecto a las dificultades para entender la ley romana coinciden con nuevos requerimientos de la vida económica. Sin embargo, la seguridad jurídica demandada por la burguesía exige también flexibilidad en las formas contractuales. A diferencia del derecho romano, el derecho capitalista exige menos formalidad contractual en la medida en que son muy diversos los contratos comerciales posibles. Lo se hace especialmente importante en la medida en que la Confederación de Estados Alemanes muestra unas altas tasas de

²³ Cfr. Anton Friedrich Justus Thibaut, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, pág 11.

²⁴ Cfr. Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, págs 13-16.

crecimiento desde 1815 y a lo largo de todo el siglo XIX.²⁵ Así las cosas, parece haber una coincidencia entre el desarrollo formal del derecho, la consolidación de una burocracia estatal y la profundización del sistema de mercado. En el proceso de consolidación burocrática se debe señalar el papel jugado por el fortalecimiento de una economía monetaria, esto es, la circulación de mercancías y el intercambio de propiedad por medio del dinero. El dinero jugó un papel decisivo en este proceso en la medida en que facilitó los procesos de desprendimiento – desanclaje lo denomina Giddens – de los vínculos personales de carácter tradicional. El dinero aceleró la circulación de mercancías y la construcción de una burocracia estatal en la medida en que permitió disolver los vínculos y las identidades tradicionales. De acuerdo con Weber, es muy difícil sostener un aparato de dominación burocrática si no hay dinero. En esa medida podría decirse que el dinero también allanó el camino para la aparición de códigos.

No sobra recordar que esta formalización del derecho será luego muy útil en el aumento de la movilidad de la mano de obra y la libre circulación del capital. Esta asociación será luego analizada y criticada por Marx.

3. Conclusiones

Permítanme, a modo de conclusión, recapitular algunas ideas. La codificación es una práctica que acompaña los procesos de consolidación del monopolio estatal. En ese sentido, la codificación podría ser vista como el ejercicio por medio del cual la sociedad trata de dirigirse a sí misma de manera racional. Este proceso se materializa por medio de la consolidación de un aparato burocrático. El aparato encargado de la administración de justicia es una manifestaciones de la dominación burocrática. En general, la burocracia es un resultado no intencional el proceso de consolidación de los Estados modernos. La creencia en el control y la autodirección de la vida social es una herencia de la Ilustración. Tanto así que la dominación burocrática se denomina a veces, dominación racional. Además del afán de dirección y control de la vida social se puede observar en la codificación un intento por la producción de certidumbre. Dicha producción de certidumbre se encuentra relacionada con la capacidad del Estado para dar seguridad en muchos espacios de interacción social y en especial al campo de interacción social relacionado con el mercado. De esta manera, la codificación podría ser vista como un momento en el proceso de modernización. No quiero con lo anterior decir que la codificación sea algo bueno o malo en sí mismo; tan sólo quiero constatar un hecho social y ponerlo en contacto con otro. En pocas palabras, parecería que el derecho codificado no sólo es útil para la regulación de toda la vida social sino que, de manera muy especial, se encuentra ligado al aumento del tráfico de mercaderías.

²⁵ Cfr. Michael Mann, “La lucha por Alemania: II. Austria y la representación Confederal”, En *Las fuentes del poder social*, vol II, págs 439-446.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. Fondo de Cultura Económica. México. D.F: 1996. (1979)
- Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá: 1997. (1985).
- Elias, Norbert. “La sociedad de los individuos”. En *La Sociedad de los Individuos. Ensayos*. Península. Barcelona: 1990. (1939).
- Elias, Norbert. *El proceso de la civilización. Investigaciones psicogenéticas y sociogenéticas*. Fondo de Cultura Económica. México: 1994. (1977).
- Foucault, Michel. “La guerra en la filigrana de la paz” . En *Genealogía del Racismo. De la guerra de las razas al racismo de estado*. Editorial La Piqueta, Madrid, 1992.
- Hattenhauer, Hans. *Los fundamentos histórico ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid: 1981. (1980)
- Mangabeira Unger, Roberto. *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*. Free Press. N.Y: 1977.
- Mann, Michael. *Las fuentes del poder social. El desarrollo de las clases y los Estados nacionales, 1760-1914*. Tomo II. Alianza. Madrid: 1997. (1993).
- North, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile: 1994.
- Sabine, Georg. *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá: 1998. (1937).
- Savigny, Friedrich Karl. “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”. En *La codificación*. Aguilar. Madrid. 1970. (1814)
- Thibaut, Anton Friedrich Justus. “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”. En *La codificación*. Aguilar. Madrid. 1970. (1814)
- Thompson, E.P. *Costumbres en común*. Crítica. Barcelona: 1995. (1991)
- Tilly, Charles. *Coerción, capital y los estados europeos, 990-1990*. Alianza. Madrid: 1992. (1990)
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá: 1997. (1922)