

# MATERIALES PARA UNA HISTORIA DE LA CULTURA JURIDICA

Por PAOLO BECCHI

## SUMARIO

EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN EN ALEMANIA. EL DEBATE EN TORNO A LA RECEPCIÓN EN EL GRAN DUCADO DEL BADEN. 1. *El programa de recepción en el Baden*. 2. *Primeras reacciones críticas en la publicística renana*. 3. *Los diversos perfiles de la posición de Thibaut*: 3.1. El significado de una crítica tardía. 3.2. El comportamiento en la época de la recepción. 3.3. Variaciones alrededor del Código francés y a su recepción. 3.4. ¿Hacia qué modelo de codificación?

## EL CODIGO DE NAPOLEON EN ALEMANIA. EL DEBATE EN TORNO A LA RECEPCION EN EL GRAN DUCADO DEL BADEN

La problemática de la recepción del derecho francés en Alemania en el período de la confederación Renana (1806-1813), ya ha sido objeto de una global reconsideración en los últimos años (1). Sin embargo, no me parece que hasta ahora se haya destacado de manera justa la relación que intercorre entre aquella problemática y la célebre polémica sobre la codificación que se desarrolla entre Thibaut y Savigny en

---

(1) Dos obras fundamentales han aparecido sobre este argumento alrededor de la mitad de los años sesenta en Alemania. La primera se caracteriza por un corte historiográfico y da particular realce a la interacción entre organización jurídica y sociedad, la segunda por un corte más específicamente jurídico: E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1974; W. SCHUBERT: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Zivilrecht, Gerichtsverfassungsrecht und Zivilprozessrecht*, Köln-Wien, Böhlau, 1977. Ambos autores han dedicado en aquellos años diversos artículos a este argumento. Uno de éstos también apareció en lengua italiana: E. FEHRENBACH: «La influencia de la Francia napoleónica en el sistema jurídico-administrativo de Alemania», en *Revista de Historia del derecho contemporáneo*, 1, 1976, págs. 17-33.

Materiales para una Historia de la Cultura Jurídica, a. XXI, núm. 2, diciembre 1991.

el período inmediatamente sucesivo. Con cierto grado de aproximación creo que se pueda decir que aquellos que se han ocupado de la recepción se detienen frente a la polémica sucesiva a ella, mientras aquellos que se han ocupado de esta última la consideran en general como un punto de partida. El resultado es que una conexión entre los dos fenómenos generalmente viene a faltar. Y sin embargo aquella polémica, si por un lado puede ser considerada el inicio de una discusión destinada a prolongarse con fases alternas durante todo el siglo, por el otro representa también la conclusión de aquel encendido debate en torno al Código de Napoleón que se había ido desarrollando principalmente en los Países del Rin durante el período de la dominación extranjera.

Para comprender la propuesta de una codificación nacional presentada por Thibaut en 1814 en todas sus implicaciones hay que introducirla en este contexto más amplio: ella está arraigada en la discusión que se desarrolla en Alemania en torno a la recepción del Código francés en los años de la Confederación renana.

Me ha parecido por lo tanto oportuno remontarme a aquel debate buscando, luego de una sumaria presentación del programa de recepción ejecutado por Brauer en el Gran Ducado de Baden (1) y una rápida reseña de las primeras reacciones críticas (2), enfocar la posición que en ello ha asumido Thibaut (3). Tarea, a decir verdad, nada fácil, dado que los escritos de Thibaut presentan toda una serie de matices que hasta ahora me parece hayan escapado en gran medida a los intérpretes. En base a algunas afirmaciones, contenidas en el célebre escrito de 1814 y de algunos trabajos menos conocidos que se remontan al período de la Confederación Renana, intentaré reconstruir la manera en que él se ha referido a la solución adoptada en el Baden y valorar, más en general, su actitud en relación a la recepción del derecho francés en Alemania. Esta reconstrucción deberá asimismo permitir trazar el fondo en el cual se coloca la propuesta sucesiva.

### 1. *El programa de recepción en el Baden*

Como en muchos otros Estados adherentes a la Confederación Renana también en el Gran Ducado del Baden se había planteado el problema de la recepción del derecho civil francés (2), Johann Nikolaus Friedrich Brauer fue quien se hizo promotor de la introducción del Código de Napoleón en aquel país, puesto que en ese

---

(2) Acerca del Gran Ducado del Baden y acerca del problema de la recepción, además de los trabajos de FEHRENBACH (*op. cit.*, págs. 104 y ss.) ya citados en la nota anterior, cabe recordar en la literatura menos reciente: W. ANDREAS: «Die Einführung des Code Napoléon in Baden», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 31 (1910), págs. 182-234; Id.: *Geschichte der badischen Verwaltungsorganisation und Verfassung in den Jahren 1802-1818*, vol. 1: *Der Aufbau des Staates im Zusammenhang der allgemeinen Politik*, Quelle & Meyer, Leipzig, 1913; J. FEDERER: «Beiträge zur Geschichte des Badischen Landrechts», en *Baden im 19 und 20. Jahrhundert. Verfassungs- und Verwaltungsgeschichtliche Studien*, a cargo de K. S. BADER, C. F. Müller, Karlsruhe, 1948, vol. 1, págs. 84-184. Para un útil cuadro de conjunto véase ahora el primer párrafo del tercer capítulo de B. DÖLMEYER:

período había asumido una función determinante dentro del nuevo Estado que se había formado durante las guerras napoleónicas (3). Brauer se había propuesto nuevamente crear un derecho privado uniforme para todos los territorios del Gran Ducado y la situación política se mostraba particularmente favorable en utilizar el derecho francés para tal finalidad.

Ya en 1806, en ocasión de las conferencias de Brisgovia, él se había hecho paladín de esta idea y venciendo numerosas resistencias había convencido al Gran Duque de adherirse a su propuesta. Con una ordenanza del 5 de julio de 1808 se instituía una comisión legislativa presidida por él encargada de traducir y elaborar el Código. Sin embargo, en realidad todo el trabajo completado a corto plazo, era casi exclusivamente obra de Brauer. Con una ordenanza del 3 de febrero de 1809 (el denominado primer edicto de introducción) se aprobaba el nuevo código con el título *Code Napoléon mit Zusäzen und Handelsgesezen als Land=Recht für das Grobherzogthum Baden* (Karlsruhe, 1809).

El Código tenía que entrar en vigencia el 1 de julio de 1809, pero dificultades de orden político, como por otro lado la necesidad de coordinar su introducción con un nuevo ordenamiento procesal y con una nueva organización de los tribunales y de la administración hicieron deslizar con una ordenanza del 22 de junio la entrada en vigencia al 1 de enero de 1810. Además de eso, con el denominado segundo edicto de introducción del 22 de diciembre se disponían, sin la participación de Brauer y probablemente contra su voluntad, notables modificaciones en sentido conservador: el derecho romano, del cual el primer edicto, junto con el derecho canónico y a todos los derechos particulares, había declarado la supresión, recibía nuevamente fuerza subsidiaria; las materias que presuponían instituciones estatales cambiadas permanecían «en suspenso»; las funciones asignadas por el Código francés a algunas instituciones (consejo de familia, oficial del registro civil, etc.) eran transferidas a instituciones ya existentes en el Baden. Aun cuando este segundo edicto dejara intacto el texto del Código ya publicado, muchas de las más significativas innovaciones propuestas por Brauer eran bloqueadas. De este modo el Código mantuvo su eficacia aun durante la Restauración, limitándose solamente a perder en 1814 la referencia a Napoleón en el título, que resultaba abreviado de esta manera: *Land=Recht für das Grobherzogthum Baden, nebst Handelegetsetzen* (Karlsruhe, 1814) y, a pesar de algunos tentativos por abolirlo o reelaborarlo, éste permaneció

---

«Die Einführung und Geltung des Code Civil in Deutschland (1804-1814)», en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*. III-2 a cargo de H. COING, Beck, München, 1982, págs. 1443-1449.

(3) Acerca de la manera de evaluar la posición política de Brauer véanse los contrastantes juicios de W. ANDREAS (*Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., págs. 192 y ss., pág. 218) y de L. GALL (*Der Liberalismus als regierende Partei. Des Grossherzogthum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung*, F. Steiner, Wiesbaden, 1968, págs. 15 y ss.). Para ambos, Brauer es un guardián de la tradición (y sobre este punto existe amplio consenso en la literatura), pero mientras el primero valora este papel en sentido positivo (acercando en algunos aspectos a Brauer a la Escuela histórica), el segundo lo juzga negativamente insistiendo en su disponibilidad al compromiso.

en vigencia durante todo el siglo, hasta la introducción del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

Un análisis de este Código no está en mis intenciones. Lo que me interesa es más bien poner en evidencia el motivo inspirador, para luego detenerme de cerca en las reacciones suscitadas por él y entre éstas en particular sobre la de Thibaut. El proyecto de Brauer representaba una solución de compromiso en dos sentidos: social y político. Bajo el primer perfil intentaba una imposible conciliación entre elementos feudales y burgueses; bajo el segundo, limitándose rigurosamente al ámbito jurisprudencia, dejaba fuera de discusión la conexión entre organización social y organización política. Detengámonos ante todo en el primer perfil.

A diferencia de lo que había acontecido en el Reino de Westfalia y en el Gran Ducado de Berg, en los cuales el Código de Napoleón había sido introducido sin modificaciones, Brauer consideraba que en el Baden la recepción del derecho francés solamente podía darse teniendo en cuenta las condiciones sociales existentes en aquel país. Por lo tanto el Código debía ser acogido, pero en forma modificada. En el debate que se había abierto en aquel entonces en Alemania muchos en realidad habían sostenido la necesidad de modificar el Código para adaptarlo a la situación diversa. Sin embargo el peligro era que a través de tales modificaciones se diluyeran las ideas fundamentales sobre las cuales se regía el Código (4). Cuán real fuera este peligro lo demuestra justamente la manera en la cual Brauer había concebido el programa de recepción para el Baden. Las modificaciones, concebidas en gran parte en forma de añadidos, eran necesarias porque el Código francés no era ni «suficiente» ni «adecuado» a la mayoría de las «necesidades del país»: «no suficiente, porque el Código no dispone en absoluto sobre algunas materias jurídicas, ya que éstas no aparecen en Francia, y que en cambio donde nosotros aparecen a menudo y por lo tanto necesitan disposiciones legislativas, por ejemplo, cuestiones feudales..., diezmos, censos, derechos de patronato, relaciones de señoría y similares. No adecuado, ya que por aquí y por allá contiene disposiciones que son contrarias a nuestras instituciones jurídicas y en cuyo caso o nos es imposible o no es aconsejable transformar nuestras instituciones sobre el ejemplo francés» (5).

---

(4) FEUERBACH en particular había insistido sobre este punto: «En la probeta de las modificaciones en la cual el fastidioso *spiritus rector* debiera ser volatilizado no quedaria por último nada más que un *caput mortuum*, que no valdria ni siquiera la pena conservar. Precisamente aquellas partes de la legislación francesa que obstaculizan a nuestras normas alemanas vigentes constituyen sus puntos más brillantes». P. J. A. V. FEUERBACH. «Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung deutscher Staaten überhaupt und Bayernsinsbesondere», en *Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung*. P. Krül, Landshut, 1812 (pero el escrito en cuestión se remonta a inicios de 1808).

(5) J. N. F. BRAUER: «Unterthänigstes Gutachten die Einführung des Code Napoléon betreffend, 29 de febrero de 1808», en *Generallandes Archiv Karlsruhe, Materialien zur Entstehung des Bad. Landrechts*, Abt. 234, Nr. 10045. Cfr. W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., págs. 196 y ss. Los pasos citados son también reproducidos en E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Rech*, cit., pág. 105.

En la práctica todo esto significaba que el nuevo Código no debería haber sido expresión de una nueva organización social, como lo había sido el Código de Napoleón, sino ser adaptado a aquella existente, caracterizada todavía en sentido feudal. Lejos de abolirla, debía englobarla en su interior. De esta manera un código revolucionario como el napoleónico terminaba legitimando relaciones sociales feudales. Para realizar este compromiso entre vieja organización social y nuevo derecho Brauer pensó no en modificar la estructura del código, sino en hacer seguir aquellos artículos que no correspondían a la situación social del Baden de «añadidos» (Zusätze) (6) que debían rendir cuentas justamente de tal situación. De este modo un código que se fundaba en principios liberales-burgueses y en la supresión de los derechos feudales se hacía seguir por añadidos que contenían disposiciones sobre feudos, bienes de estirpe, censos, diezmos, tributos, derechos patrimoniales de la nobleza y así seguido. Para limitarse aquí al ejemplo más sobresaliente basta recordar que el concepto jurídico de propiedad unificada afirmado por el Código napoleónico se hacía seguir de añadidos que reintroducían el esquema de la propiedad parcelaria.

Por sí solos los añadidos constituyen alrededor de una quinta parte de la totalidad del Código. A pesar de que Brauer en sus *Erläuterungen* intentara sostener que la «mayoría de los añadidos del Landrecht» eran «simplemente explicaciones sacadas de las fuentes del derecho» (7), es innegable que a través de ellos fueron salvaguardadas en primer lugar las relaciones feudales existentes. Y cuán sólidas fueran éstas aun entonces lo demuestra el hecho que por mucho tiempo cualquier tentativa de modificarlas fue bloqueada (8).

¿Correspondía todo esto a las intenciones reales de Brauer? Si se piensa en la forma en que aquellos añadidos habían sido concebidos se deberá también admitir

---

(6) *Code Napoléon mit Zusätzen und Handlungsgesetzen als Land=Recht für das Grossherzogthum Baden*, Macklots Hofbuchhandlung, Karlsruhe, 1809, Zusätze 577 aa-ar. La reintroducción en el concepto de propiedad de una situación de dominio dividido era atribuida a la organización feudal aún existente. Cfr. J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Grossherzoglich Badische Bürgerliche Gesetzgebung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1809, vol. I, pág. 439: «Los añadidos contienen las reglas para la propiedad útil (*dominium utile*). En el Code Napoléon sobre esto no aparece nada, porque no solamente el derecho feudal, sino también todo aquello que en la organización civil parecía simplemente ser de tipo feudal en Francia había sido abolido cuando fue proyectada la codificación civil. Donde nosotros esto aún subsiste...».

(7) J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Grossherzoglich Badische Bürgerliche Gesetzgebung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1810, vol. V, pág. VII: «La mayoría de los añadidos del Landrecht son simplemente explicaciones sacadas de las fuentes del derecho, o sea del derecho romano o de los derechos consuetudinarios franceses, que se encuentran en la base del Code Napoléon, pero que el legislador del Baden pensó bien en hacer explícitos para sus súbditos...». En realidad aquellos añadidos tenían por finalidad la adaptación del Código a las relaciones sociales y políticas existentes en el Baden: el nuevo derecho era integrado con instituciones del antiguo derecho del Baden, que a menudo estaban en contraste con el moderno contenido social y político de la legislación napoleónica.

(8) El edicto sobre la nobleza de 1819 confirmará los privilegios de castas de los señores feudales y sólo la revolución de 1848 logrará suprimir de manera definitiva los derechos feudales. Cfr. al respecto W. FISCHER: «Staat und Gesellschaft Badens im Vormärz», en *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, a cargo de W. CONZE: Klett-Cotta, Stuttgart, 1962, págs. 143-171 (162 y ss.).

que las intenciones y las esperanzas de Brauer eran bastante diferentes. El había diferenciado claramente el texto del Código (reproducido sin modificaciones) de los añadidos, haciendo imprimir estos últimos en cuerpo menor y esto indudablemente quería indicar la superioridad del primero sobre los segundos. La solución propuesta por Brauer se colocaba en una posición intermedia entre aquellos que querían que tales añadidos no fueran de ninguna manera diferenciados por las disposiciones del Código traducido y aquellos que consideraban oportuno publicarlos en un volumen separado. Para Brauer se trataba de conservar «puro el nuevo edificio del Código napoleónico», colocando de igual forma en el lugar correcto y no en un volumen suplementario separado «las disposiciones colaterales necesarias para la constitución del Gran Ducado (9)». Brauer consideraba que justamente el haber distinguido rigurosamente, de la manera descada por él, el texto del Código de los añadidos (aun cuando estos últimos fueran «ley» al mismo título que las disposiciones del *Code*) permitiese reconocer la subordinación de los añadidos al Código: las «leyes racionales» contenidas en él eran idealmente superiores al derecho transmitido, aun cuando la legitimidad de este último era sancionada por los añadidos. El «Code Napoléon en realidad no quiere garantizar otra cosa que la posibilidad de ser conocido y la aplicabilidad de las leyes racionales en una determinada situación de un Estado a través de su interpretación positiva: precisamente para tal fin se debe agregar sin embargo una cantidad de disposiciones y formas positivas sin las cuales la obligación natural puede y debe ser pensada idealmente, pero en el caso particular de aplicación no halla un terreno seguro» (10).

La solución de compromiso realizada por Brauer pasaba pues a través del reconocimiento de la superioridad del Código respecto a los añadidos, aun cuando se tratara de una superioridad ideal que tenía que hacer cuentas con una realidad aún muy lejana de aquel ideal. La relación de tensión entre las potencialidades del derecho francés codificado y la codificación de los derechos transmitidos garantizada por los añadidos se encontraba ya insita en la propuesta de Brauer. El no se había colocado como un defensor de la tradición, en cuanto había reconocido la superioridad de las «leyes racionales» del derecho francés sobre aquellos añadidos, que en cambio legitimaban el *statu quo*. Por esto no podía ser considerado un precursor de aquellos críticos del Código napoleónico que —como Rehberg y Savigny— en los años inmediatamente posteriores a la conclusión de las guerras de liberación antina-

---

(9) Así se expresa Brauer en su primera conferencia del 29 de febrero de 1808 impartida en la comisión legislativa. En el Código los añadidos impresos en menor tamaño siguen a los artículos correspondientes y están contramarcados con el número del artículo seguido por las letras del alfabeto. En total BRAUER impartió ocho conferencias «acerca de la preparación del Código napoleónico para la introducción en la región», en amplia medida relativas a los añadidos propuestos. Estas conferencias, en la redacción manuscrita de Brauer, se encuentran en el *Generallandes Archiv Karlsruhe*, Abt. Nr. 338.

(10) Cito de la segunda conferencia del 2 de septiembre de 1808. El pasaje citado lo vuelve a tomar E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pág. 109.

poleónicas habían desaprobado la racionalidad abstracta y el arbitrio giusnaturalista de la legislación napoleónica (11). Por otro lado, sin embargo, no podía tampoco ser incluido entre aquellos que como Almendingen y Feuerbach habían estrictamente ligado el problema de la recepción del Código civil a aquella de un cambio en sentido constitucional de la organización política (12).

Por el contrario el proyecto de Brauer se fundaba en la clara separación del derecho privado del derecho público. El Código se limitaba a regular las relaciones privadas de los individuos dejando completamente fuera de discusión las relaciones de los ciudadanos con el Estado. La libertad de la persona significaba libertad civil y no política, la igualdad frente a la ley conllevaba únicamente la igualdad jurídica en las relaciones civiles y no la igualdad política en el Estado. La expresión francesa «droits civils» (*bürgerliche Rechte*) era explicada por Brauer en su comentario como indicadora de aquellos derechos «que determinan las consecuencias del convivir social en relación a lo mío y a lo tuyo, que realizan por lo tanto el derecho natural de la sociedad para un pueblo determinado independientemente de su constitución estatal» (13). Ciertamente, Brauer tenía razón en afirmar que también el Código napoleónico se fundaba en la distinción entre derecho privado y derecho público, él sin embargo utilizaba esta distinción para contraponer el primer término al segundo, poniendo entre paréntesis todas las consecuencias político-constitucionales que se podían extraer del nuevo derecho civil. De este modo la supresión de los privilegios de clases era concebida como algo que concernía únicamente a la esfera de las relaciones civiles. «Diferencias de clases continuaban existiendo, pero ninguna remoción de la clase nobiliaria desde la masa global de la clase burguesa, ninguna distinción en la posesión y en el uso de los derechos civiles» (14). Estos derechos eran comunes a todos los ciudadanos, pero esto no implicaba la eliminación de las diferencias de clases a nivel político. Acerca del hecho de que el Código francés hubiera de todas formas abolido cualquier distinción de clase Brauer hacía caso omiso, sin hacer consideraciones, concluyendo: «su diversidad jurídica en los dere-

---

(11) Por esta razón no me parecen convincentes ni las acentuaciones en sentido historicista que se encuentran en Andreas, ni las de GALL que, para diferenciar a Brauer de su antagonista político Von Reitzenstein, insisten en su disponibilidad al compromiso (cfr. W. ANDREAS: «Die Einführung des Code Napoléon» en *Baden*, cit., págs. 192 y ss., 206 y 218; L. GALL: *Der Liberalismus als regierende Partei*, cit., págs. 15 y ss.). Por el contrario comparto en cambio las conclusiones a las cuales llega E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pág. 109.

(12) Al respecto, con particular referencia a Feuerbach, me permito remitir a mi contribución «Anselm Feuerbach y la polémica sobre la codificación», en *Estudios en memoria de Giovanni Tarello*, Giuffrè, Milán, 1990, vol. 1, págs. 61-116.

(13) J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Grossherzoglich Badische Bürgerliche Gesetzgebung*, cit., vol. 1, pág. 68. Los «derechos políticos» al contrario eran presentados como el conjunto de aquellas relaciones jurídicas «que nacen de la dependencia de un pueblo por su determinada constitución estatal ya sea respecto al gobierno del Estado, ya sea entre los mismos ciudadanos, y la declaración de los cuales constituye una parte del derecho público» (pág. 69).

(14) Ver pág. 97.

chos cívicos (políticos) se debe incluir en el derecho público y no aquí» (15). Para Brauer era por lo tanto posible que a pesar de la igualdad jurídica continuaran permaneciendo distinciones políticas de clase. Su pensamiento al respecto resulta claramente expresado en un proyecto de constitución, que se encuentra en la base de los edictos posteriores, elaborado en el período inmediatamente siguiente a la fundación de la Confederación Renana. Entre los principios constitucionales fundamentales se reafirmaba no solamente el «poder monárquico», pero asimismo el «mantenimiento de la distinción de los ciudadanos según la clase de señores, de caballeros y clase burguesa o alta nobleza, baja nobleza y burguesía», lo cual sin embargo excluía «la igualdad frente a la ley y a los tribunales», la «libertad de las personas bajo la ley» (16).

Los márgenes de libertad que se abrían con la propuesta de Brauer eran por lo tanto algo restringidos: por un lado los añadidos introducidos, sancionando un compromiso con una situación social caracterizada aún en sentido feudal, impedían de hecho el pleno despliegue de los principios burgueses sobre los cuales se fundaba el Código de Napoleón, por el otro la interpretación en sentido estrictamente giusprivadista de aquellos principios impedía sacar de ello cualquier consecuencia de naturaleza política. No solamente no existía ninguna conexión entre cambio de la organización jurídica y cambio en sentido constitucional de la organización política, sino que la codificación satisfacía exclusivamente las exigencias particularistas de cada Estado, estaba por lo tanto desvinculada de una perspectiva nacional.

## 2. *Primeras reacciones críticas en la publicística Renana*

Por más paradójico que pueda parecer, justamente la discusión acerca de la recepción de un derecho extranjero había suscitado también el surgimiento de un pensamiento nacional totalmente independiente del que se desarrollará después de las guerras de liberación antinapoleónicas. La mejor expresión de este pensamiento

---

(15) Ver pág. 368: «Lo que se ha dicho hasta ahora basta para que cada cual por sí mismo entienda por qué acerca de la distinción en castas, que en nuestra constitución todavía ha permanecido, aunque en Francia haya caído, o sea entre nobleza y no-nobleza (...), no se hayan aportado añadidos: su diversidad jurídica en los derechos cívicos (políticos) se debe incluir en el derecho público y no aquí».

(16) «Unidad e indivisibilidad del país —poder monárquico del regente o mantenimiento de la distinción de los ciudadanos según la casta de los señores, de los caballeros y burguesa o alta nobleza, baja nobleza y burguesía o libertad de las personas bajo la ley (...) ninguna licencia de castas o personas a sustraerse a la ley civil y a su aplicación; por lo tanto igualdad ante la ley y los tribunales —seguridad de la propiedad— obligación ante impuestos estatales y tributos señoriales locales». J. N. F. BRAUER: «Skizze der wesentlichen Theile einer neuen constitution des badischen Staates», 22 septiembre 1806, en FR. V. WEECH: «Das achte und neunte badische Konstitutionsedikt, aus den Akten des Grossh. General-Landesarchiv», en *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins*, Neue Folge, Bd. VII. 1892, págs. 249-313 (294). Cfr. al respecto W. ANDREAS: *Geschichte der badischen Verwaltungsorganisation und Verfassung in den Jahren 1802-1818*, cit., pág. 170.

es ofrecida por el jurista Harscher von Almendingen (17). Figura de relieve en el ducado de Nassau, Almendingen se había hecho promotor de una recepción en forma modificada del código napoleónico que habría tenido que realizarse de manera uniforme en todos los Estados de la Confederación. Dado que este programa se había revelado desde el principio impracticable, Almendingen aconsejó que por lo menos algunos Estados se pusieran de acuerdo en criterios comunes para preparar tal introducción. La recepción del Código napoleónico por lo tanto no habría tenido que pasar a través de cada Estado, sino brotar de una discusión común. De este modo la introducción de un derecho extranjero habría podido contribuir a consolidar los vínculos nacionales (18). Por supuesto, la unidad nacional a la cual Almendingen aspiraba no iba en el sentido de una unidad estatal, pero estaba connotada más bien en sentido federalista. De la discusión común en torno al Código francés él se esperaba un crecimiento nacional: la unidad se debía hacer sobre todo a nivel de organización social y tener como finalidad la creación de una constitución y de una administración uniforme en cada Estado respectivo de la Confederación. De ahí se originaba su propuesta de una conferencia que habría tenido que incluir a los diversos Estados de la Confederación. La conferencia se llevó a cabo en Giessen, pero la participación fue bastante inferior a las expectativas y fracasó.

El Gran Ducado del Baden, que se encontraba entre los Estados invitados, rehusó —precisamente por medio de Brauer— adherirse a la iniciativa. Podría ser interesante seguir un poco más de cerca los motivos de este contraste. En el escrito con el cual Almendingen invitaba a la conferencia proyectada al Gran Ducado del Baden, se hacía referencia a los cambios que justamente en aquel país se pretendía aportar al Código napoleónico y se deseaba «por las semejanzas en los aspectos políticos, por las múltiples relaciones de cercanía entre nosotros y para que no surjan legislaciones demasiado diferentes, que podrían ser de nuevo fuente de errores, de llevar

---

(17) Para una caracterización global cfr. A. MERKER, L. A. HARSCHER VON ALMENDINGEN: «Ein Rechtsgelehrter, Schriftsteller und Staatsmann des beginnenden 19. Jahrhunderts», en *Nassauische Annalen* 43 (1914-15), págs. 266-373. Para los aspectos que aquí mayormente interesan hay que ver las obras ya citadas de E. Fehrenbach y W. Schubert. A pesar de que el título deje suponer lo contrario, la más reciente disertación de R. ZIMMERMANN: *Die Bemühungen um eine Privatrechtskodifikation im Herzogtum Nassau 1806-1866*, P. Lang, Frankfurt a. M., 1988, no contiene noticias de importancia acerca de Almendingen.

(18) Resumiendo el contenido de algunas publicaciones suyas anteriores Almendingen afirmaba que «de la introducción del C. N. en los Estados alemanes, si es conducida con coherencia y sabiduría, debe derivar la constitución de la Confederación Renana misma, la relación de los súbditos hacia el soberano, protector de ambas, y en general una palingenesis de la constitución estatal alemana» [L. A. HARSCHER VON ALMENDINGEN: «Anzeigen einer die Einführung des Kodex Napoleon in den Staaten des Rheinbundes vorbereitenden Zeitschrift», en *Der Rheinische Bund* 8 (1808) págs. 361-362.]. Es solamente con el inicio de la Restauración que se abre la lucha nacional-conservadora contra el Código napoleónico y se rompe aquella unidad entre nacionalidad y «espíritu de la época», del cual aquel Código era expresión (cfr. L. H. V. ALMENDINGEN: *Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, L. Schellenbergm, Wiesbaden, 1814, págs. 189 y ss.).

una uniformidad en estos cambios, añadidos y omisiones» (19). Según las intenciones de Almendingen se trataba precisamente de pensar en una recepción común del Código napoleónico en los Estados de la Confederación: aquel código habría de convertirse de este modo en la base de una futura común codificación nacional.

Fue inmediata la respuesta de Brauer. Ya el 1 de diciembre declinaba la invitación por el hecho de que los trabajos de recepción en el Baden estaban ya en su fase conclusiva, pero tomando igualmente las distancias de las finalidades que se había vuelto a proponer Almendingen: era irrealizable «el propósito en sí deseable de hacer una legislación propia, basada únicamente en la sabiduría de la legislación napoleónica» (20). La réplica de Almendingen a su vez no se hizo esperar. Ya el 24 de diciembre en una opinión referente a aquella respuesta escribía que el Código formulado por Brauer no sería el verdadero Código napoleónico y que su entrada en vigencia habría llevado a una discordancia entre las instituciones públicas francesas y las del Baden, en segundo lugar, que ninguno de los otros Estados de la confederación había adoptado las instituciones públicas del Baden (21). De este modo Brauer había faltado a uno de los fines fundamentales de la recepción del Código napoleónico, es decir el de introducir «en todas partes una misma legislación, una misma administración y una misma marcha de los negocios» (22).

Poco tiempo después, regresando a su *Comentario* justamente en este punto, Brauer se distanciará nuevamente de Almendingen. Las intenciones de este último serían: «¡tan bellas pero del mismo modo tan incalculables... como el volver a hallar el paraíso perdido o la paz eterna bajo la luna;... puesto que considero, mientras no se trate de transcurrir horas silenciosas de contemplación, pero más bien de actuar en la movimentada confusión del mundo, que se aporte más a la humanidad con la filosofía de la realidad, en la cual —aunque sea sólo por necesidad— se puede vivir como en la propia casa, que con cualquier filosofía de los ideales, la cual hace a la fe solamente más pobre y a la verdad para nada más rica!» (23).

---

(19) *Generallandes Archiv Karlsruhe*, Abt. 234, Nr. 10045, el escrito es del 24 de noviembre de 1808. Cito de W. SCHUBERT: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*. cit., pág. 255.

(20) *Generallandes Archiv Karlsruhe*, Abt. 234, Nr. 10045, que cito aún de W. SCHUBERT: *op. cit.*, pág. 205.

(21) *Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, Abt. 151Nr. 828 d. fol. 28-41, cit. del fol. 35 vuelto: «resultan de esto dos dificultades: en primer lugar el C. N., predispuesto para el Gran Ducado del Baden no es más el verdadero C. N., de esto se origina una disonancia entre las instituciones públicas francesas y las del Baden; en segundo lugar no hay que esperar que Assia, Würzburg, Württemberg y todos los restantes Estados de la Confederación Renana se adaptarán a las instituciones públicas en el Gran Ducado del Baden, de eso se origina una segunda disonancia entre las instituciones públicas en el Gran Ducado del Baden y aquéllas en los restantes Estados de la Confederación».

(22) Ver. fol. 34.

(23) J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Grossherzoglich Badische Bürgerliche Gesetzgebung*, cit., vol. IV (1810). Críticas con respecto a Almendingen ya en la segunda conferencia del 2 de septiembre de 1808, en la que se le reprocha tener «el ideal jurídico solamente en la cabeza», sin «ponerlo a prueba en los ideales de Estado realizables en el mundo» (*Generallandes Archiv*

Es decir, Brauer interpreta la propuesta de Almendingen como una tentativa de ir mucho más allá de la recepción del Código napoleónico para crear en base a aquel Código una propia codificación nacional. Para una propuesta de este tipo faltaban sin embargo las condiciones políticas. En efecto ella suponía una situación en la cual se tuviera «un margen de acción completamente libre para decidirse a corto o largo plazo de una forma u otra acerca del futuro estado de las relaciones jurídicas» (24). Pero puesto que tal margen de acción no existía, los planos de Almendingen le parecían dirigidos hacia un futuro lejano, a una «filosofía de los ideales» incapaz de incidir en el presente. Los Estados de la Confederación se encontraban bajo la hegemonía de Napoleón, y éste estaba interesado únicamente en una recepción de su Código de manera más o menos modificada. La manera en la cual se había procedido a la recepción en forma individual hasta aquel momento era —según Brauer— la mejor prueba de que un acuerdo para una legislación común no era posible. La unificación jurídica que entonces habría podido alcanzarse era sólo la que cada Estado habría tenido que realizar individualmente recibiendo el Código napoleónico con las modificaciones necesarias. Este reafirmado particularismo jurídico no dejaba espacio alguno al surgimiento de una conciencia nacional.

Si se resumen las ideas fundamentales que presiden el proyecto de codificación de Brauer solamente podemos concluir registrando sus rasgos más conservadores. Sin embargo erraría quien quisiera recalcar demasiado este aspecto. Ciertamente, el Código napoleónico era acogido sin las consecuencias liberales que llevaba consigo: todas sus implicaciones sociales y constitucionales eran puestas entre paréntesis y asimismo los planos para hacer brotar de la recepción una nueva conciencia nacional no tenían su apoyo, más aún encontraban su firme oposición. Todo eso es verdadero, pero por otro lado también es cierto que Brauer justamente con su propuesta había también mostrado tomar distancias de aquel nacionalismo de molde prusiano que, poniendo en discusión cualquier programa de recepción, había terminado exaltando la superioridad del Código prusiano sobre el francés (25). Y si éste había desaprobado la línea seguida por Almendingen, había asimismo reprobado a aquellos legisladores que «con una excesiva devoción recogían lo antiguo, que era sólo consecuencia de instituciones civiles, por ende cambiantes, aunque se había adquirido la

---

Karlsruhe, Abt. 234. Nr. 338, el paso citado es vuelto a tomar por E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pág. 109).

(24) J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen...*, cit., vol. IV, pág. 551. Brauer pues en la polémica que se abrió entre Gönner y Almendingen estaba más cerca del primero que del segundo (cfr. W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., págs. 205-206).

(25) Así en particular algunos escritos de K. C. A. H. VON KAMPTZ: «Gedanken über die Einführung des Code Napoléon in den Staaten des Rheinbundes», en *Der Rheinbundes*, en *Der Rheinische Bund*, 1807, págs. 474-479; ID: «Welche Grundsätze befoegte man in Preussischen bei der Einführung des Allgemeinen Landrechts? Zur Erinnerung bei der Aufnahme des Code Napoléon», en *Minerva*, 1807, págs. 78-93. Sustancialmente de acuerdo con KAMPTZ un artículo anónimo: «Ueber die Einführung des Code Napoléon», en *Europäische Annalen*. St 12, Nr. 1 (1807), págs. 225-233. Críticas al respecto en cambio en J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen...*, cit., vol. IV (1810), págs. 543 y ss.

costumbre de verlo en el mismo plano que los eternos, invariables principios del derecho natural». Rechazaba su «temerosa preocupación» con la cual «habrían querido conducir nuevamente el cúmulo de incertidumbres dentro del nuevo estado de cosas» (26). Y si de hecho con su propuesta se llegara a tal resultado, por lo menos no se puede adscribir a sus intenciones.

Después de lo que se ha dicho, debería de todas maneras ser claro que la solución de compromiso propuesta por Brauer se exponía a diversas críticas. Y de qué parte estas críticas hubieran provenído no es difícil de imaginar: éstas venían en particular de aquellos autores que, como Almendingen, habían insistido mayormente en la necesidad de unir la introducción del Código francés a una reforma global de la organización social y política.

Almendingen había también querido en persona darse cuenta de cómo el Código de Brauer había sido acogido y por eso se había dirigido a Heidelberg. En aquel viaje había podido constatar las enormes dificultades en las cuales había caído la administración de la justicia en el período subsiguiente a la entrada en vigencia del nuevo derecho. En aquella ocasión escribía a von Gagern, el influyente ministro del cual dependía: «Se ha producido un estado casi total de anarquía jurídica» (27). También el Baden habría seguido el principio de dejar en suspenso a algunos institutos, pero eso se habría hecho «aparentemente no de manera consecuente y sin una visión de conjunto» (28). Es posible que Almendingen exagerara con estas críticas suyas, pero las dificultades que registraba eran reales. Estas, sin embargo, no podían ser imputadas en primer lugar a Brauer, pero sí acaso al modo en el cual el Código había sido puesto en vigencia introduciéndolo con aquel segundo edicto que seguramente no se debía atribuir a la voluntad de Brauer. Ciertamente Brauer, como fiel servidor de su Estado, no dudó en defender también este segundo edicto, pero estaba sin duda consciente de los obstáculos que éste habría provocado (29). De ahí sus esfuerzos en los años sucesivos, destinados desgraciadamente a frustrarse, para elaborar un nuevo ordenamiento procesal que habría debido permitir superar el estado de efectiva confusión en el cual vino a encontrarse la administración de la justicia con la introducción del Código (30). Esta no había sido preparada en forma adecuada y así

(26) Ver. vol. I, pág. 441.

(27) ALMENDINGEN a GAGERN: «Carta del 27-4-1819», en *Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, Abt. 151, Nr. 828 a, fol. 244.

(28) ALMENDINGEN a GAGERN: «Carta del 10-02-1810», en *Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, Abt. 151, Nr. 828 i, fol. 116 y siguientes.

(29) Brauer justificó las medidas adoptadas por aquel segundo edicto, esperando sin embargo a «que este provisional, y precisamente por esto en su valor incierto, estado jurídico pueda pronto, con total apoyo del gobierno, pasar a tal condición definitiva, en que la sencillez y la seguridad de la aplicación del derecho unida a la facilidad y conveniencia de la misma vuelva tangible al súbdito la convicción de que la legislación vela por su bien» (J. N. F. BRAUER: *Erläuterungen...*, cit., vol. IV, pág. 562).

(30) El proyecto fracasó por la fuerte oposición hallada en el Ministerio de Justicia, en algunas cortes y sobre todo en la Corte de casación. Sobre el proyecto cfr. (aunque las conclusiones de este trabajo se encuentran según mi opinión fuera de lugar) R. SCHMIDT: «Der verechollene Zivilprozessentwurf Friedrich

en diversos sectores del derecho, en vez de aportar la deseada certeza en las relaciones jurídicas, terminó de hecho aumentando la confusión existente. La crítica de Almendingen se centralizaba luego en las modificaciones que Brauer había preparado a la legislación napoleónica. No se le reprochaba —tégase cuidado— de haber pensado en acoger el Código de manera modificada, adaptándolo a la situación alemana, se le criticaba sobre todo por el contenido de aquellas modificaciones: los «añadidos» de Brauer habían hecho que un código revolucionario como el napoleónico hubiera sido utilizado para una codificación de los derechos feudales (31). En este sentido la única ventaja que aquella codificación traía era una regulación uniforme de las relaciones feudales. La forma en la que Brauer había procedido, rechazando participar en la conferencia de Giessen, alejaba las esperanzas de crear una unificación jurídica entre los Estados de la Confederación y, más aún, los separaba ulteriormente (32).

Así, sustancialmente, había argumentado Almendingen y quien mayormente lo había seguido en la conferencia de Gießen, es decir August Adam Joseph von Mulzer, que en aquella conferencia representó al Gran Ducado de Frankfurt. Juzgaba negativamente la manera en la que algunos estados como el Gran Ducado del Baden habían procedido a la recepción: ello probaba solamente que «el fastidioso espíritu de separación» (33) no había desaparecido para nada con la constitución de la

---

Brauers und das Anfangsstadium der deutschen Justizreform», en *Festschrift für Adolf Wach*, Leipzig, 1913 (reimpresión Aalen, Scientia, 1970), vol. II, págs. 413-484.

(31) De este modo ya el 14-12-1808 Von Gagern escribía incisivamente a Almendingen: «Si se puede juzgar en base al estilo del escrito ministerial del Baden el espíritu y el contenido de los añadidos al C. N., entonces estos añadidos nos llevan precisamente atrás, al siglo XVI» (*Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, Abt. 151, Nr. 828 I, fol. 116 y vuelto). Ciertamente Almendingen reconocía que Brauer en su elaboración se había apoyado escrupulosamente en la carta del Código, pero los añadidos que había introducido de hecho no representaban otra cosa que modificaciones y omisiones: «El Code Napoléon del Baden no se atreve a cambiar en la carta del francés ni siquiera un punto sobre la i o una sílaba. No se permiten —utilizando las mismas palabras del ministerio del Baden— nunca cambios y omisiones. Instituye, en cambio, interpolaciones, que sin embargo —aunque no sea en las palabras, al menos en los hechos— no son otra cosa que modificaciones y omisiones» (*Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, 13-1-1809, Abt. 151, Nr. 828 d. fol. 55 vuelto).

(32) Véase al respecto en particular el segundo parecer de Almendingen acerca del Código de Brauer del 13-1-1809 (*Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, Abt. 151, Nr. 828 d. fol. 57 y vuelto). En este escrito Almendingen insiste sobre todo en el hecho que si cada Estado hubiera procedido en forma individual en la recepción, se habrían tenido modelos de recepción bastante diversos, y esto en última instancia habría vuelto a confirmar el precedente caos de los derechos particulares: «Nosotros tendríamos pues en Alemania tres tipos de Code Napoléon que entre sí no tienen ni siquiera el nombre en común. ¿Dónde queda aquí el acuerdo solicitado por el protector y por los oradores franceses entre la legislación civil y las instituciones civiles? En lugar de acercamiento aparece separación. Si el imperio alemán de una época... se mantenía junto a centenares de derechos particulares en una anarquía del derecho civil, esta anarquía será renovada en los Estados de la Confederación Renana a través de la resquebrajada introducción del Code Napoléon.

(33) A. A. J. V. MULZER: «Kurze Darstellung der französischen Zivilgesetzgebung», en *Hinsicht auf die Rezeption des code Napoléon in teutschen Landen*, Mai 1809, *Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden*, abt. 371, Nr. 873: «La primera ojeada sobre lo que hasta ahora ha sucedido para la introducción del

Confederación, llegando más bien a ser predominante en el ámbito de la legislación civil. Aquella elaboración por lo tanto no era sino una «nueva modernizada edición de algunos estatutos territoriales y locales» (34), y, por el contrario, deseaba que al menos los pequeños Estados de la Confederación, en vista que los grandes estaban procediendo de manera diversa, se pusieran de acuerdo en las modificaciones que se debían aportar al Código napoleónico para su introducción en Alemania. De otra manera el riesgo habría sido que la recepción del Código francés habría traído consigo «el mismo don de la diversidad... que a través de algunos centenares de derechos privados y estatutos alemanes ha vuelto hasta el momento un tanto difícil el estudio del derecho privado alemán» (35). También la tentativa de Mulzer de bloquear una solución de compromiso propuesta por Dalberg para el Gran Ducado de Frankfurt se fundaba en la crítica de los resultados a los que había llegado Brauer en el Baden. Ya Brauer con sus añadidos al Código napoleónico había suscitado la impresión «de querer volver eternas las cosas que están en contraste con el espíritu del Código acogido» (36). Por esto, y con razón, su codificación se había atraído muchas críticas. Habría sido pues un error recorrer el mismo camino. Para una adecuada recepción del Código era necesario satisfacer algunas condiciones: la adecuación de los institutos jurídicos alemanes a aquellos franceses, la aceptación de una constitución y la reforma del sistema feudal. Mulzer aceptaba así, sustancialmente, las ideas de Almendingen por lo cual la introducción del Código debía estar relacionada con una transformación general de las relaciones sociales y políticas.

No era diferente el enfoque de algunos juristas residentes en las regiones de la orilla izquierda del Rin que veían con el Código de Brauer desvanecerse en Alemania la posibilidad de una unificación jurídica. Entre estos Franz von Lassaulx, que en una recensión de aquel Código escribía: «Todos los Estados de la Confederación Renana constituyen, al fin y al cabo, un solo Estado —Alemania—, y nos es imposible prever qué cosa estos Estados debieran ganar por el hecho que en el lugar de sus estatutos provinciales hasta ahora vigentes se les quieren dar nuevos estatutos provinciales» (37). Sin embargo éste era justamente el peligro que se corría siguiendo el ejemplo del Baden: «pero si cada Estado en Alemania, acogiendo al Código,

---

Code Napoléon en los países alemanes muestra sin embargo, desgraciadamente, ya de manera suficiente, que de nuestra patria, a través de los actos confederativos, el fastidioso espíritu de separación no ha sido para nada eliminado sino más bien es predominante en el campo de la nueva legislación civil». El texto con un título levemente diverso y con algunas leves modificaciones es publicado en la revista de ALMENDINGEN: «Kurze Darstellung der Napoleonischen Civil-Gesetzgebung auf die Rezeption des Code Napoléon in teutschen Landen», en *Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik*, 1809, Heft 8, págs. 1-87 (20).

(34) *Ibidem*.

(35) Ver págs. 6 y ss.

(36) A. A. J. V. MULZER: *Gutachten und Vorechläge zur gesetzlichen Vorschrift und Instruktion über die praktische Anwendung des Code Napoléon*. Oktober 1809, Staatsarchiv würzburg, MRA, L 1637.

(37) F. V. LASSAULX: «Code Napoléon, mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Grossherzogthum Baden», en *Annalen der Gesetzgebung Napoleons*, vol. 2, 1809, págs. 245-254 (246).

quisiera con el mismo introducir cambios tan esenciales como hizo el Baden, entonces veremos desvanecerse una vez más la esperanza de un derecho privado alemán común, en cuanto a que el Código napoleónico del Gran Ducado del Baden ciertamente no difiere menos de aquel del Reino de Wessfalia de lo que diferiría la legislación civil hasta ahora vigente en algunas provincias de estos dos Estados» (38). Si —como en el Baden— la legislación general francesa se reducía a legislación local, adaptada a una realidad social muy diversa separándola de las instituciones jurídicas que la caracterizaban, entonces —concluía Lassaulx— «a través de la introducción de este Código de Napoleón desmembrado, modificado y corregido se habrá hecho sólo un sacrificio extramadamente imperfecto y poco útil al espíritu del tiempo» (39). A pesar de todas estas críticas, Lassaulx consideraba al menos positivo el hecho que Brauer, aun introduciendo muchos añadidos, hubiese mantenido la sucesión de los párrafos del Código napoleónico: de este modo él permanecía como el «vínculo común del futuro derecho privado alemán» (40).

También las críticas de Lassaulx, como las de Mulzer, correspondían a la opinión expresada por Almendingen para el cual una introducción del derecho francés habría sido posible sólo a condición que los Estados de la confederación hubieran procedido uniformemente a la recepción del derecho francés. Si en cambio Brauer desde el inicio había descartado esta posibilidad, es porque él la consideraba en aquellas condiciones políticas un ideal totalmente irrealizable. De ahí nacía su elección de proceder aisladamente en la recepción para poner fin, al menos en su propio país, a aquella solución de particularismo jurídico que era fuente de mil incertidumbres. Ya que la unidad jurídica a nivel de la Confederación era una ilusión, se trataba de operar en forma individual para vencer el mal donde fuera concretamente posible. Y no se puede negar contra todos sus difamadores —que Brauer alcanzó en el Baden el fin que se había fijado, unificando en un sistema general las leyes en el interior del Estado y eliminando los derechos particulares. El Código de Brauer fue la única codificación de derecho civil sobre el modelo de la napoleónica que permaneció en vigencia a la orilla derecha del Rin aun después del período de la Confederación Renana. Ciertamente, esta finalidad había sido alcanzada pagando el caro precio de un compromiso con el sistema social existente. Por otro lado, como lo muestran las tentativas de hacerlo fracasar, de parte de aquellos que se esperaban mucho más de la recepción —el éxito efímero de Brauer demostraba que la situación existente no permitía obtener nada más de lo que él había alcanzado.

(38) *Ibidem*. En contra LASSAULX había propuesto una recepción común del Código napoleónico de manera que «todos los Estados de la Confederación tengan un único código común» (F. V. LASSAULX: «Einige, Gedanken über die Einführung des Codex Napoleon in den Staaten der Rheinischen Conföderation», en *Annalen der Gesetzgebung Napoleons*, vol. 1, 1808, págs. 169-174 (172 y ss.).

(39) F. V. LASSAULX: «Code Napoléon, mit Zusätzen und Handelsgesetzen...», vol. 2, pág. 247, en general acerca de la estrecha conexión entre el código y los institutos jurídicos que este presuponía (en línea con Almendingen): F. V. LASSAULX y G. D. ARNOLD: «Ansichten über die einföhrung des Codex Napoléon in teutschen Staaten», en *Der Rheinische Bund*, 16 (1810), págs. 3-21.

(40) F. V. LASSAULX: «Code Napoléon, mit Zusätzen und Handelsgesetzen...», vol. 2, pág. 248.

### 3. Los diversos perfiles de la posición de Thibaut

La notable afinidad de reacciones críticas documentadas anteriormente se explica por el hecho de que éstas provenían de una orientación común, que justamente en los escritos de Almendingen habían hallado la expresión más significativa. Era, por así decirlo, el espíritu de la conferencia de Gieben la que se manifestaba en aquellas críticas. Pero el código que Brauer había preparado para el Baden no fue acogido favorablemente ni siquiera dentro de los límites de aquel Estado. Y podría ser ahora interesante preguntarse cómo se había relacionado al mismo Thibaut que, como conocido civilista residente en aquel país, había estado, aunque fuera de manera totalmente marginal, comprometido en los trabajos preparatorios para la codificación. ¿Es posible trazar una línea de continuidad entre aquella codificación y su futura propuesta? En las páginas siguientes veremos cómo la respuesta a esta pregunta es mucho más compleja de lo que pueda parecer a primera vista. Esta nos permitirá reconstruir el recorrido de ningún modo directo que Thibaut debe haber seguido para llegar a presentar su propuesta de una codificación nacional.

#### 3.1. El significado de una crítica tardía

Si nos apoyamos en lo que Thibaut escribe justamente en la intervención con la cual en 1814 él presenta su propuesta de una codificación nacional (41), la cuestión planteada parecería fácil de resolver: ya la idea de una codificación nacional era justamente aquello contra lo cual Brauer se había abiertamente alineado en su toma de posición contra Almendingen. Por supuesto, los tiempos habían cambiado y Thibaut escribía bajo la ola del entusiasmo nacional suscitado por la victoria de las guerras de liberación, pero no quiere decir que Brauer aun en la nueva situación hubiera cambiado de idea. Por más extraño que pueda parecer, Thibaut sin embargo no había encontrado ni siquiera el apoyo de Almendingen, es decir, de aquel autor que en el período precedente había mayormente luchado por una perspectiva nacional (42). Sea lo que fuere, abandonando aquí las diversas constelaciones que se presentan en 1814, un punto parecería fuera de discusión: apoyándose en lo que Thibaut escribía en aquel año, únicamente se puede concluir que él fuera completamente contrario a la solución propuesta por Brauer.

---

(41) A. F. J. THIBAUT: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr, Heidelberg, 1814, que cito de THIBAUT y SAVIGNY: *Ihre programmatischen Schriften*, a cargo de H. HAITTENHAUER, F. Vahlen, München, 1973, págs. 63-94. El texto está traducido en el volumen A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY: *La polémica acerca de la codificación*, a cargo de G. MARINI, E. S. I., Nápoles, 1982, págs. 51-85.

(42) No puedo desarrollar aquí este punto. Almendingen intentará justificar esta toma de distancia suya tratando además de demostrar su coherencia respecto a sus anteriores posiciones en una larga nota contenida en *Politische Ansichten über Deutschlande Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, cit., págs. 369-382.

Un primer indicio es ya dado porque Thibaut en las páginas conclusivas de su intervención citando de manera más bien desordenada, y no sin dejar cabida a alguna perplejidad, codificaciones de las cuales se habría debido tener en cuenta para la redacción del nuevo Código propuesto por él, no mencione justamente aquella existente en el Gran Ducado del Baden (43). Pero aún más significativa es la misma crítica del proceder de Brauer que se encuentra en aquel texto. Aun sin nombrarlo es seguramente en él que pensaba cuando, mostrando su desconfianza en relación a las reformas legislativas confiadas a los particulares Estados, escribía que «la concepción de la ley de muchos funcionarios estatales alemanes se ha vuelto poco a poco distorsionada y despótica en sumo grado; y este mal se agravará en lugar de reducirse, si las legislaciones locales continuarán en la sombra sus experimentos inconsiderados sobre los infelices ciudadanos.

Basta citar el ejemplo de un importante estadista difunto que no hace mucho tiempo operaba activamente en el campo de la legislación en un país alemán» (44).

Thibaut luego presentaba un retrato sucinto de esta figura y, sin desconocer su estatura (45), daba un juicio sustancialmente negativo sobre su manera de operar: «En un amplio colegio, como activo consultor de muchos, pero aun limitado a su calificación, habría sido una bendición para el país. Pero él se había envanecido de sus fuerzas, quería tener juicio para tantas y por encima de tantas personas, y esto resultó atroz para el derecho que debilitaba a todo el país. Innovaciones y subversiones continuas, mentiras puras y simples en tales interpretaciones auténticas; dilucidaciones que pueden valer como modelos de oscuridad; pero asimismo por su audacia incontrastada, una gran cantidad de opiniones y principios absurdos» (46).

---

(43) A. F. J. THIBAUT: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, cit., pág. 93, trad. it., cit., pág. 84: «... se puede también contar con que la obra pueda estar concluida en dos, tres, cuatro años, ya que el Código prusiano y austriaco, el Código francés y el que fue recientemente realizado en Sajonia y Bavaria constituyen trabajos preparatorios tan instructivos, que muchas cuestiones pueden considerarse desde ya resueltas». Muy difícilmente se habrían podido tomar juntos como modelo el Código prusiano y el francés, dado que estaban contruidos sobre principios radicalmente diversos. En Sajonia en aquellos años (precisamente en 1811) existió solamente la solicitud expresada en la dieta de un código civil, pero sólo en 1817 se empezará oficialmente a hacer algo en esta dirección (cuán poca influencia tuviera en 1811 la solicitud de un código civil lo demuestra R. MEYER: *Der sächsische Landtag von 1811*, disertación presentada en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Göttingen, 1911).

(44) Ver pág. 79 (trad. italiana cit., págs. 69 y s). Que se trate de Brauer no hay duda: él había muerto el 17 de noviembre de 1813. Ya W. ANDREAS subraya este aspecto de la crítica de Thibaut, *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., pág. 230: «Thibaut no tomó en cuenta los límites territoriales. Desconfiaba de la fertilidad legislativa de cada estado, y lo que reprochaba a los funcionarios de la época apenas superada era que sus conceptos acerca de la legislación habían llegado a ser «injustos y despóticos». Criticaba a Brauer fuertemente como un ejemplo típico de aquella burocracia absolutista, que sobrevaleaba sus propias fuerzas y hacia experimentos en la sombra».

(45) «Era un hombre de carácter firme, de profunda rectitud, de gran agudeza, laborioso y además de todo conocedor como pocos de su país (pág. 79, trad. cit., pág. 70).

(46) *Ibidem*. En defensa de Brauer, W. ANDREAS: *Die einföhrung des Code Napoléon in Baden*, cit., págs. 231 y ss.

Estas críticas giraban alrededor de las dificultades que había suscitado la introducción del nuevo Código y no eran muy diversas de las que anteriormente habían sido dirigidas hacia Brauer. Hasta qué punto éstas fueran justificadas es un aspecto sobre el cual nos hemos ya detenido (cfr. *supra*, págs. 397 y 401) y que no viene al caso aquí profundizar ulteriormente. De mayor interés es ver de qué manera Thibaut se haya relacionado respecto al modelo de recepción que había seguido Brauer.

Thibaut recuerda haber intervenido en la discusión que se había abierto alrededor de la posibilidad de introducir el Código napoleónico en el Baden y de haber sostenido contra Brauer la necesidad de aportar algunas modificaciones.

Cita tres ejemplos en los cuales según él habría sido necesario tomar distancias de aquel Código: un artículo «notoriamente infame» (se trata del art. 340) referente a los hijos ilegítimos que prohibía la búsqueda de la paternidad natural, el artículo 1.649 según el cual en las subastas públicas los vicios ocultos pasaban impunemente al adquirente y el artículo 1.139 el cual prescribía que al acordar un cierto plazo de pago no pudiera ser aceptada una extensión del mismo (47). No intento entrar en el mérito de estas críticas: por cierto Thibaut daba en el blanco cuando subrayaba la condición de favoritismo con la cual el Código colocaba a los hijos legítimos y el paso hacia atrás que eso significaba con respecto a aquella rehabilitación del hijo natural que se había tenido bajo la Convención, y también las críticas sucesivas eran motivadas. Todo eso sin embargo no concernía al aspecto decisivo de aquel programa de codificación, es decir la tentativa de un compromiso entre los principios burgueses sancionados por el Código napoleónico y la estructura social aún feudal existente en el Baden legitimada a su vez por los «añadidos». Mientras gran parte de las críticas se habían detenido en que los «añadidos» al Código introducidos para adaptarlo al Baden terminaban desnaturalizándolo, Thibaut parecía criticar a Brauer por la razón opuesta, es decir por haber seguido pasivamente al Código aun donde habría sido necesario evitar hacerlo. Los ejemplos que él cita a decir verdad ni siquiera se refieren al Código de Brauer como tal: su crítica está dirigida contra tres artículos del Código napoleónico y contra Brauer por haberlos tomado de nuevo en su Código. Thibaut parece en cambio ignorar totalmente el programa de recepción que Brauer había seguido.

¿Cómo explicar esta falta de toma de posición? A pesar de todas las críticas que le dirige, Thibaut compartía en el fondo su planteamiento? La respuesta a esta pregunta es mucho más compleja de lo que pueda parecer a primera vista.

---

(47) A. F. J. THIBAUT: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, cit., pág. 80 (trad. it. cit., pág. 70). Respecto a estas críticas Brauer habría respondido: «1) también el orden cósmico creado por Dios es imperfecto; 2) existiría una excesiva cantidad de tribunales; y 3) si el súbdito aprende sabe lo que tiene o no tiene que hacer» (pág. 70). Y Thibaut replica: «Imagínese a un legislador con sólo estos tres principios: destruyamos aun sin necesidad, porque lo hacen también rayos y terremotos ante los ojos de Dios; dejemos pues que quien esté enredado se arruine, si de tal manera los tribunales pueden estar más tranquilos; démosle cargas, aunque sea intencionalmente al ciudadano, ya que puede enterarse de ello a través del estudio fatigoso, cansado y a veces imposible de las leyes...» (*ibidem*).

Llegar a tal conclusión estaría de cualquier modo fuera de lugar. En realidad Thibaut no critica el modelo de recepción seguido por Brauer, porque no era lo que entonces le interesaba. Lo que sí le importaba presentando su propuesta de una codificación nacional no era tanto diferenciarse del resultado al cual Brauer había llegado, sino más bien de la manera en que lo había conseguido. Su crítica era únicamente funcional a su propuesta por lo cual el Código no habría debido ser el producto de uno solo, sino nacer de la colaboración de muchos (48). Brauer, en cambio, como especifica Thibaut en un añadido significativo a la segunda edición de su intervención, «se atrevió a actuar por sí solo, donde el individuo por sí solo nunca debe confiar totalmente en sí mismo» (49). En fin, Brauer se presentaba a los ojos de Thibaut como un caso ejemplar de aquel despotismo burocrático que consideraba particularmente peligroso para su propuesta de una codificación, la cual en cambio habría debido originarse de una colaboración común.

Ya esta decisiva toma de distancia (50) de Brauer nos permite volver a poner en discusión una reciente interpretación de la polémica acerca de la codificación tendente a poner juntos a Thibaut y Savigny en base a un común comportamiento político caracterizado en sentido conservador y elitista (51). Las críticas que Thibaut dirige a Brauer por el contrario están demostrando que éste intentaba abrir un amplio debate en torno al Código. Pero no interesa aquí desarrollar ulteriormente este punto. En base a las observaciones contenidas en el texto de 1814 parecería en todo caso poder concluir subrayando el juicio globalmente desfavorable de Thibaut sobre el

---

(48) Ver, pág. 79 (trad. it., cit., pág. 69): «Un individuo no puede, ni pocos individuos pueden presumir poseer la sabiduría por todos los demás, sino más bien muchos de los mejores deben unir sus fuerzas para que una intensa colaboración recíproca aporte un resultado exacto y completo.»

(49) THIBAUT y SAVIGNY: *Ihre programmatischen Schriften*, cit., pág. 196 (Zusatz 8). Que Brauer en efecto por muchos años haya ejercido un rol casi dictatorial en el ámbito de la legislación del Baden es en gran medida admitido por la crítica (así ya W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., pág. 203).

(50) Una toma de distancia ulteriormente confirmada por una carta de Thibaut a Savigny del 26 de noviembre de 1808 en la cual Brauer es presentado con un «espíritu limitado» que «al final decidía todo: era guiado únicamente por opiniones comunes y por común parsimonia» (cito de R. POLLEY: *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Teil 2: Briefwechsel (Rechtshistorische Reihe Bd. 13), P. Lang, Frankfurt a.M.- Bern, 1982, pág. 249). Lo que Thibaut en todo caso no compartía era que en aquel período todo el poder estuviera concentrado en manos de Brauer. Que su juicio político sobre Brauer fuera de todas maneras unilateral deriva del hecho que él políticamente se habla colocado de parte de su contrincante, Von Reitzenstein, el cual una vez que regresó al poder (noviembre 1809) si tiene grandes méritos en lo que respecta a la reorganización de la administración, no asumirá sin embargo un comportamiento favorable en la reforma del derecho civil. Acerca de Reitzenstein cfr. SCHNABEL: *Sigismund von Reitzenstein. Ser Begründer des Badischen Staates*, J. Hörning, Heidelberg, 1927.

(51) Cfr. J. RÜCKERT: *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, R. Gremer, Ebelsbach, 1984, págs. 160-193 (aquí en particular págs. 177 y ss.). Para una discusión de estas tesis no puedo sino remitir a la última parte de mi reciente contribución «La polémica sobre la codificación en Alemania a través de la historia de las interpretaciones», en *Materiales para una historia de la cultura jurídica*, XXI-1, 1991, págs. 23-73 (en particular 54-73).

proyecto elaborado por Brauer, aunque su crítica, como se ha visto, es totalmente instrumental, motivada únicamente por la necesidad de distinguir su propuesta del modo en el cual Brauer había realizado la suya.

### 3.2. El comportamiento en la época de la recepción

Queda ahora preguntarse si los pasos citados por el escrito de 1814 son la única fuente que nos ha llegado para valorar el comportamiento asumido por Thibaut en relación a Brauer. Ya la manera en la que Thibaut habla de esto en el texto analizado anteriormente, señalando las discusiones que habría tenido con Brauer (52), da a entender que él había intervenido en el debate alrededor del Código en el periodo de su elaboración. Y en efecto Thibaut se había implicado en algunos trabajos preparatorios en los cuales Brauer, como entre otras cosas lo prueban las críticas que Thibaut le dirige todavía en 1814, probablemente no tomó mucho en cuenta. Thibaut había sido encargado junto a su colega Gamsjäger de redactar una opinión para la comisión legislativa en torno a las diferencias entre el derecho romano y el Código de Napoleón que al mismo tiempo debía contener un juicio sobre este último (53). Ya que estos trabajos han quedado dispersos, resulta imposible verificar cómo pensaba él acoger el Código de Napoleón y proceder a una comparación con el programa realizado por Brauer. En base a algunas cartas que nos llegaron que acompañaban aquellas obras se puede sin embargo por lo menos remontar a la dirección en la que éstos se movían. Estas cartas han sido publicadas recientemente (54) y en su conjunto hacen constar la atención que Thibaut había dedicado a aquel encargo. Que él ya en esa ocasión hubiese pensado en la necesidad de aportar algunas modificaciones al Código resulta de las palabras conclusivas de la última carta en la cual se insiste justamente sobre este punto: «... en Alemania seguramente la victoria mayor que por el momento se puede alcanzar será únicamente la de colmar lagunas evidentes y de eliminar disposiciones vistosamente contradictorias y no

---

(52) A. F. J. THIBAUT: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, cit., pág. 80 (trad. ital. cit., pág. 71): «Cuando se hablaba de la posibilidad de introducir el Código de Napoleón, en una discusión con él aduje una vez los siguientes argumentos...».

(53) Alguna noticia acerca de estos trabajos de Thibaut se encuentra en W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., págs. 204 y ss. Para la más reciente literatura cfr. W. SCHUBERT: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, cit., págs. 199-204. Sólo un breve indicio en E. FEHRENBACH: *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, cit., pág. 199.

(54) De POLLEY en su edición de la correspondencia de Thibaut: R. POLLEY: *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Teil 2: Briefwechsel, cit., págs. 236 y ss. (carta del 4 de abril de 1808 de Thibaut al Gran Duque Carlo Federico); pág. 240 (carta del 23 de julio de 1808 de Thibaut en la comisión legislativa); págs. 241 y ss. (cartas del 16 de septiembre y del 16 de octubre de 1808 de Thibaut en la comisión legislativa). No me parece que Polley en su trabajo (véase el primer volumen), haya dado particular peso a este aspecto de la actividad de Thibaut.

jurídicas» (55). Aunque Thibaut no suministra ningún ejemplo de las modificaciones que entendía proponer, de la forma en que habla de ello (necesidad de colmar lagunas evidentes y de eliminar disposiciones vistosamente contradictorias) resulta evidente que éste había concentrado su atención sobre todo en aspectos relativos a la interna coherencia del Código napoleónico. Las observaciones presentadas aún en 1814 estaban por lo tanto en línea con aquel planteamiento original.

Difícil en cambio verificar el modo que él habría considerado idóneo para introducir el Código civil francés en una realidad social bastante diversa. Y no creo que aunque estos trabajos nos hubieran llegado, nos habrían permitido contestar esta pregunta. Por otro lado lo que se le había pedido era una opinión sobre el Código Napoleónico y no sobre cómo habría sido posible acogerlo. Sea como fuere, que el interés de Thibaut se moviera por exigencias de naturaleza eminentemente sistemática lo comprueban las lecciones que él en el período inmediatamente posterior a la entrada en vigencia del Código de Brauer dedica al Código de Napoleón. Las lecciones que se remontan a 1811 y publicadas póstumamente se presentan bajo forma de comentario del derecho civil francés en constante confrontación con el derecho romano (56). Es totalmente probable que Thibaut haya recurrido para estas lecciones a sus trabajos preparatorios para la recepción del código en el Baden (57). Igual en todo caso parece la inspiración. Desde el inicio Thibaut, aun sin disminuir el valor del Código francés, declara no compartir su sistemática y justamente por

---

(55) Ver pág. 242. La carta tiene fecha errónea del 16 de septiembre de 1808 (se trataba en cambio del mes de octubre. Con respecto a esta carta Andreas escribe que «algunas palabras de su escrito de acompañamiento se leen como un frío rechazo» (W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., pág. 204).

(56) A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch des französischen Zivilrechtes in steter Vergleichung mit dem römischen Zivilrecht*, a cargo de C. J. GUYET, Duncker und Humblot, Berlin, 1841. Le sigue al poco tiempo un segundo volumen de lecciones completamente dedicado al derecho romano: A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des römischen Rechtes. Hermeneutik und Kritik des römischen Rechtes*, a cargo de C. J. GUYET, Duncker und Humblot, Berlin, 1842. Ambos volúmenes están publicados como primer y segundo volumen del *Juristischer Nachlass* de THIBAUT. Un detallado prefacio al primer volumen (págs. V-XXVIII) informa también acerca del material elaborado por Guyet (dictados de lecciones y manuscritos originales) y acerca de los criterios mantenidos por él para la publicación (págs. XI-XII) (del primer volumen existe también una publicación italiana de 1800 inutilizable: A. F. THIBAUT: *La doctrina del código civil francés conferida con los principios de la legislación romana*, seguida por los *Tratados de derecho civil*, traducidas, anotadas y precedidas por un discurso de A. TURCHIARULO, G. Pedone Lauriel, Nápoles, 1853). Aunque los criterios editoriales seguidos nos parecen hoy en gran medida inadecuados (por ejemplo se fusionan cursos de lecciones y manuscritos originales), no me parece que hasta ahora se hayan planteado serias dudas acerca de la credibilidad de estos trabajos, por lo demás —a decir verdad— muy poco utilizados en la literatura. Es ejemplar al respecto el volumen de Schubert a menudo citado en el curso de esta contribución: el texto de Thibaut es recordado en la bibliografía, pero una comparación crítica con éste falta en toda la obra. Mayor suerte en cambio parece haber encontrado en la más reciente literatura el segundo volumen: Cfr. A. KITZLER: *Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

(57) Es la hipótesis adelantada (todavía sin ninguna prueba que los apoye) por W. ANDREAS: *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, cit., pág. 204.

esto no seguirla en su exposición, poniendo en cambio en la base de sus lecciones su Sistema de las Pandectas (58). No es aquí mi intención entrar en la exposición de Thibaut, puesto que ésta le concierne casi exclusivamente al Código de Napoleón, aunque Thibaut durante sus lecciones se refiere a la manera en la cual éste había sido recibido en el Baden. Pero todas estas críticas una vez más se referían solamente al hecho que Brauer se había limitado a seguir la sistemática del *Code* sin procurar las modificaciones necesarias. Una discusión de los añadidos también parece faltar aquí (59). Thibaut considera críticamente la obra de Brauer no tanto por su tentativa de adaptar el Código de Napoleón a una realidad social fundada en principios muy diversos, tanto más por el hecho que él había casi siempre seguido la solución del Código francés. El Código del Baden era «sustancialmente sólo una traducción para el Baden del *Code* con todo tipo de añadidos» (60), pero justamente sobre el significado de estos últimos Thibaut no se pronunciaba. Todo esto confirma la orientación expresada por las fuentes analizadas anteriormente.

Las lecciones consideradas ahora se referían sin embargo al Código de Napoleón y no al modo en el cual había sido recibido en el Baden.

¿Debemos por lo tanto concluir que Thibaut, a pesar de que hubiese estado implicado en los trabajos preparatorios de aquel Código, no nos haya dejado ningún juicio directo sobre tal Código? A esta conclusión parece en efecto llegar la más reciente *Forschung* (61). Ahora bien, no hay duda que gran parte de los juicios de Thibaut sobre la obra de Brauer estén ligados a su manera de valorar el Código napoleónico, por otra parte no se puede, sin embargo, negar que, aun dejando de lado las afirmaciones que se encuentran en el texto de la polémica se le pueda casi seguramente atribuir la recensión no firmada del Código de Brauer publicada en los

---

(58) A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch des französischen Zivilrechtes...*, cit., pág. 2: Exposiciones exegéticas tienen en sí mismas gran valor, ya que ponen siempre el original mismo ante los ojos. Pero en Alemania hay que contentarse ahora con las sólidas instituciones del *Code*, las cuales me hacen necesarias también por el hecho que el *Code* no es para nada sistemático y distribuye por todas partes diversas cosas que sólo se pueden unir a través de un sistema mejor y son explicadas en conexión, y por lo tanto en nuestra exposición las pandectas sistemáticas deberán tomarse como modelo de orden...» (c. 2).

(59) Si no me equivoco, en todas las lecciones THIBAUT se refiere solamente dos veces (cfr. A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch des französischen Zivilrechtes...*, cit., págs. 42 y 66) a los añadidos de Brauer y en puntos totalmente específicos: añadidos al artículo 1.188 y al artículo 120. Ni siquiera se hace una referencia a los añadidos quizás más importantes, es decir a aquellos que se refieren a la propiedad.

(60) A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch des französischen Zivilrechtes...*, cit., pág. 18.

(61) Así W. SCHUBERT: *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, cit., pág. 238: «De Thibaut, que con sus opiniones había indirectamente tomado parte en los trabajos preparatorios para el derecho territorial, no hay un juicio sobre este Código.» Me parece más bien ambivalente el comportamiento asumido por Schubert hacia Thibaut. Por un lado Thibaut es presentado como «el quizás más profundo conocedor del derecho civil francés durante el periodo de la Confederación del Rin» (pág. 62) y en su libro se encuentran a menudo referencias a este autor. Por otro lado sorprende, sin embargo, que Schubert, aun esbozando con cuidado la manera en que muchos juristas alemanes se habían referido al derecho francés durante el periodo de la Confederación del Rin (cfr. *op. cit.*, págs. 312-357), no considere tener que dedicar a Thibaut un tratado específico.

«Heidelbergsche Jahrbücher» (62). Ciertamente, aun aquí Thibaut —por exigencias de imparcialidad—, según lo que él escribe (63) se abstiene de someter a una crítica detallada a este Código, sin embargo de las informaciones que suministra a través de él se puede concluir que si lo hubiera hecho, él en todo caso no se habría movido en el sentido de aquellos que desde el inicio habían reprobado la tentativa de adaptar el Código a una estructura social aún semifeudal. Por esto Brauer se debía criticar porque había seguido el Código francés demasiado poco, en comparación a Thibaut que lo había seguido demasiado. Si los primeros insistían en el hecho que Brauer con su solución de compromiso había en el fondo desnaturalizado el significado del Código de Napoleón, Thibaut afirmaba en cambio (y el punto será siempre reforzado por él en lo sucesivo) que el Código de Brauer en su esencia reproducía en forma no modificada el Código francés: «La tendencia del nuevo derecho territorial del Baden y de las disposiciones que se refieren al mismo, se mueve totalmente en el sentido de conservar el C.N. y el C. de C. en sus párrafos más importantes de manera posiblemente inmutada» (64).

Un comportamiento por lo tanto bastante diferente de aquel asumido por aquellos críticos que como Almendingen habían reprochado la solución de compromiso realizada por Brauer. Y sin embargo ambos tenían razón y la diversidad de sus críticas dependía únicamente del diverso punto de vista desde el cual se miraba el Código. Thibaut tenía razón en sostener que Brauer había acogido íntegramente el Código napoleónico, dado que él había vuelto a tomar sin modificarlos también aquellos artículos que según él habría sido absolutamente necesario modificar; Almendingen también tenía razón, porque Brauer había hecho seguir a los artículos del Código añadidos que, convalidando las instituciones feudales existentes, desnaturalizaban el significado del Código acogido.

La crítica del Código de Brauer se dirigía en amplia medida a estos añadidos, mientras Thibaut, también aquí, parecía al respecto bastante reticente, limitándose a observar que éstos eran lo que distinguía al nuevo derecho del Baden (65). Tampoco

---

(62) La recensión se refiere al Código de Brauer, un escrito de Zachariae acerca de la peculiaridad de tal Código y los primeros tres volúmenes de las *Erläuterungen über den Code Napoléon* de Brauer y es publicada en *Heidelbergsche Jahrbücher der Litteratur (Jur)* 3. Jg. 1810, págs. 50-54. Un breve señalamiento del cuarto volumen de las *Erläuterungen* se encuentra poco más adelante (pág. 109).

(63) Ver pág. 51: «Como, por imparcialidad, las leyes de nuestro instituto aceptadas voluntariamente por nosotros no nos permiten someter el nuevo Código ... a una crítica, creyendo sin embargo ser deudores en el exterior de una breve noticia histórica, queremos a este fin observar lo siguiente».

(64) *Ibidem*. Y todavía comentando las *Erläuterungen* de Brauer: «El derecho territorial es en efecto, como se ha dicho, esencialmente el inmutado Code Napoléon y asimismo las *Erläuterungen* pueden ser consideradas sustancialmente como el más completo comentario alemán al texto original que ha aparecido hasta ahora» (págs. 53 y s.).

(65) Ver pág. 52: «Lo que es excelente en el nuevo derecho territorial es únicamente el hecho ... que este contiene como añadidos numerosas integraciones, que han llegado a ser necesarias sobre todo por la constitución local, sobre aquellos puntos sobre los cuales el C. N. y el C. de C. no deciden nada y que para los territorios del Baden no podían decidir nada.»

se discutía el hecho de que el derecho romano conservaba fuerza subsidiaria y que *in suspenso* permanecían aquellas materias cuya introducción habría requerido «nuevas costosas instituciones estatales» (66). El tono globalmente neutral de la recensión estaba determinado por la declarada intención de ofrecer solamente una información sobre el nuevo Código. El hecho por lo tanto que falte una toma de distancia no significa que Thibaut compartiera el planteamiento que Brauer había seguido en su programa de recepción. Por el contrario las críticas que aun en 1814 le dirigía significaban que él no estaba propenso a aceptarlo.

Sobre un punto, sin embargo, hasta ahora todas las fuentes consideradas parecen concordar: las críticas no se dirigían a las modificaciones que Brauer había introducido con los añadidos. A una ulterior confirmación de esto se puede aún remitir al texto de Thibaut que precede en poco tiempo a aquel del cual se origina la polémica y que ya anticipa su propuesta de codificación: la recensión del volumen que Rehberg había dedicado al Código Napoleónico y al problema de su introducción en Alemania.

En esta recensión Thibaut se comprometió hasta el punto de tomar defensa de Brauer por el valor que habría mostrado proponiendo «modificaciones esenciales» (67). ¿En cuáles modificaciones pensaba Thibaut? ¿Será posible que él a pesar de todas las críticas compartiera su planteamiento de fondo? Ya se ha planteado tal interrogante analizando la intervención de Thibaut con la cual se abre la polémica sobre la codificación y, como en aquella ocasión también aquí considero se deba responder negativamente. La elaboración que Brauer había hecho del Código napoleónico no contenía solamente los elementos conservadores sobre los cuales se habían detenido sus críticos: si es cierto que muchos añadidos estaban determinados por la necesidad de legitimar una realidad social semifeudal, es igualmente cierto que una parte de aquellos añadidos representaba un indudable progreso respecto al Código napoleónico (68). Y es totalmente probable que justamente a estas modifi-

---

(66) *Ibidem*: «En consideración a los diversos puntos se decidieron —con particular respecto a la constitución local y a la imposibilidad debida a las circunstancias bélicas de introducir nuevas costosas instituciones estatales— algunas modificaciones, no obstante en parte solamente provisionales o tales como para sustituir algo fundamentalmente idéntico». La referencia a la fuerza subsidiaria del derecho romano en pág. 51.

(67) A. F. J. THIBAUT, recensión a A. W. REHBERG: «Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland», en *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*. 7 Jg. 1 Hälfte, págs. 1-32. La referencia al ejemplo del Baden en las páginas iniciales: «En el Baden se tuvo entre tanto el valor de intentar numerosas sustanciales modificaciones» (pág. 2). Una referencia aun positiva, en la página conclusiva donde Thibaut, contrastando la propuesta de Rehberg de abolir el Código napoleónico en los países en los cuales había sido introducido, sostiene: «déjese provisionalmente en su conjunto el Código en vigor y elimínense inmediatamente, si no ha sucedido aún (como en parte en el Baden), sólo aquellos institutos que son manifiesta y totalmente perversos y perniciosos...» (pág. 32).

(68) Por ejemplo nuevas eran las disposiciones sobre el derecho de autor (cfr. Zusätze 577 dadh) y justamente el tan criticado artículo 340 acerca de la prohibición de búsqueda de paternidad era modificado por el relativo añadido (Zusatz 340). Cfr. al respecto D. SCHUMACHER: *Das rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1969, pág. 30. Innovadoras modificacio-

caciones se refiriera Thibaut. Sus afirmaciones en favor de los añadidos introducidos por Brauer no implican por lo tanto una adhesión suya al compromiso intentado por este último entre el nuevo derecho civil y la vieja organización social. Sin embargo mientras gran parte de las críticas dirigidas contra Brauer se concentraban alrededor de este punto, Thibaut da la impresión de ignorarlo y Brauer es en cambio criticado por un lado por haber seguido la sistemática del Código limitándose sólo a algunas modificaciones y por el otro (sobre todo) por haber procedido de manera autoritaria en la realización de su programa.

Sobre el significado, y sobre las ambivalencias, del comportamiento asumido por Thibaut respecto al programa de recepción realizado por Brauer, me referiré en las páginas conclusivas. Quisiera ahora ampliar un poco el horizonte de esta investigación intentando ver, más allá de él, cuál es en general su posición respecto a la recepción del derecho francés. Aunque Thibaut, a diferencia de muchos otros colegas suyos, no intervino directamente en aquel debate, creo que sea posible reconstruir con cierta precisión su posición en base a múltiples recensiones (anónimas, pero en buena parte atribuibles a él) dedicadas al *Code* y a su recepción aparecidas en aquellos años en los «Heidelbergsche Jahrbücher» (69).

### 3.3. Variaciones alrededor del Código francés y a su recepción

De las recensiones de Thibaut emerge ante todo cuán diferenciado fuese su comportamiento en relación al Código napoleónico: él ciertamente, no desconocía sus méritos, pero el acento era prevalentemente crítico. El mismo comportamiento ambivalente que se encuentra en aquella que podemos considerar como la última recensión en torno a aquel tema: la recensión del libro de Rehberg que anticipa en poco tiempo la publicación de su intervención en favor de la codificación. Pero desde el inicio él había asumido un comportamiento más bien crítico, no adhiriéndose a la idea de una recepción integral y sin modificaciones del Código, como resulta de un

---

nes eran también aportadas, entre otras cosas, al derecho de resarcimiento (cfr. aun D. SCHUMACHER: *op. cit.*, págs. 30-33) y al derecho hereditario del cónyuge (cfr. J. FEDERER: «Beiträge zur Geschichte des Badischen Landrechts», en *Baden im 19. und 20. Jahrhundert*, cit., págs. 112 y ss.).

(69) Una lista completa de estas recensiones se encuentra ahora en la obra de R. POLLEY: *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in Seinen Selbstzeugnissen und Briessen*, cit., vol. 1, págs. 281-286. Muchas de estas recensiones han aparecido anónimas; que en general sea bastante segura la atribución a THIBAUT (sólo en un caso tengo algunas dudas) se deriva del hecho que en una de ellas, seguramente a atribuirsele a él ya que él mismo reivindicará su paternidad, se encuentra escrito: «Por eso el recensor debe aducir como *captatio benevolentiae* el hecho de que todas las variadas declaraciones y alusiones contra el Código en estos Anales provienen de su pluma.» Recensión a A. W. REHBERG: *Ueber den code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, cit., pág. 5. Que tal recensión sea justamente de Thibaut se deduce de su panfleto inmediatamente posterior en cuyo Prefacio se lee: «hace algún tiempo, en una recensión (...) he expresado accidentalmente algunas opiniones acerca de la necesidad de leyes civiles generales para Alemania...» (A. F. J. THIBAUT: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, cit., pág. 63 (tr. it. cit., pág. 51).

primer grupo de recensiones dedicadas a obras en gran medida alemanas que tenían como objeto el Código napoleónico (70). Estas recensiones confirmaban la orientación que emerge de las lecciones impartidas por Thibaut en aquel mismo período. Si en las lecciones él había criticado el carácter «no sistemático» del Código, superponiendo a él su propio sistema, en las recensiones citadas reprocha a todos los que en sus comentarios habían seguido el método del tratado exegético, renunciando a hacer valer una existencia sistemática. Thibaut está muy consciente de las ventajas que el método exegético ofrece, sin embargo concluye privilegiando el método sistemático por el hecho de que el Código de Napoleón «ha confiado demasiado a la ciencia (es decir, habitualmente al juez, que debe decidir lo que otros no sabrían determinar) y que en él, por puro olvido, se han dejado de lado no sólo puntos particulares, sino enteras masas del derecho». Esta forma no científica del Código debía perjudicar en particular a los alemanes acostumbrados a un «riguroso desenvolvimiento lógico». Si por lo tanto se quería dar a ellos una adecuada elaboración científica del Código, entonces no era necesario «proceder de manera temblorosa como una sombra detrás del Código, sino más bien escoger lógicamente cada detalle pensable, descubrir claramente con viril franqueza las lagunas e intentar luego de formar los principios, cuya creación es necesaria para conseguir una amplia teoría del derecho como la entendemos hasta ahora, por analogías, razonamientos generales o (como aquí la teoría general puede aseverar) por las fuentes usadas subsidiariamente del derecho vigente hasta hoy» (71).

A muchas de las obras examinadas Thibaut reprocha luego en particular la falta de una exposición histórica: era por lo tanto necesario presentar a los juristas alemanes, antes que las normas, el espíritu que se encontraba en la base del código napoleónico reconstruyendo la historia de su origen: «Justamente lo que es hoy la mayor necesidad de los juristas alemanes, la exposición histórica, el desarrollo del

---

(70) Se trata principalmente de tres recensiones publicadas en los *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*. 3. Jg, Erstes Heft, 1810, págs. 4-21; 3. Jg, Viertes Heft, 1810, págs. 145-157; 4 Jg, Drittes Heft, 1811, págs. 33-43 y 60-64. Estas recensiones discuten juntas diversas obras, entre las cuales: J. A. L. SEIDENSTICKER: *Einleitung in das Gesetzbuch Napoleon*, Tübingen, 1808; K. E. SCHMID: *Kritische Einleitung in das bürgerliche Recht des Französischen Reiches mit vergleichenden Blicken auf das römische, gemeine, deutsche, sächsische, und vorzüglich preussische Recht*, Hildburghausen, 1808-1809; F. LASSAULX: *Codex Napoleon, dargestellt und kommentiert*, Koblenz, 1809; A. BRAUER: *Lehrbuch des Napoleonischen Zivilrechts*, Marburg, 1809; K. F. F. BUCHER: *Systematische Darstellung des im Königreich Westphalen geltenden Napoleonischen Privatrechts*, Halle, 1809; F. C. BERGMANN: *Lehrbuch des Privatrechts des C. N.*, Göttingen, 1810; E. SPANGENBERG: *Commentar über den C. N.*, Göttingen, 1810; E. C. DABELOW: *Ausführliches Handbuch über den C. N.*, Liepzig, 1810; K. L. W. GROLMAN: *Ausführliches Handbuch über den Code Napoléon*, Giessen, 1810.

(71) Todos los pasos citados son vueltos a tomar por una de las recensiones citadas en la nota precedente. Cfr. *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 3. Jg., Viertes Heft, 1810, págs. 148 y s. Pero el motivo vuelve también en otras recensiones. Por la afinidad con las lecciones (A. F. J. THIBAUT: *Lehrbuch des französischen Zivilrechtes in steter Vergleichung mit dem römischen Zivilrecht*, cit., pág. 2) cfr. *supra*, nota 58.

espíritu del C. N. por las discusiones, la composición pragmática de lo múltiple por debajo de los dominantes conceptos fundamentales: todo esto falta» (72).

Solamente en un caso Thibaut considera que se haya cumplido el esfuerzo de analizar los particulares artículos de manera sistemática, explicando al mismo tiempo históricamente sus orígenes. Se trata del Manual de Grolman, en el cual «cada artículo es expuesto sistemáticamente justamente de manera libre, en extremo claro y luego comentado de manera ejemplar históricamente, críticamente y en relación a su aplicabilidad y por medio de la reciente praxis francesa» (73). A pesar de estas palabras alabadoras, también en lo que se refiere a Grolman, Thibaut no deja de dar una serie de observaciones críticas (74).

De la manera más bien crítica con la cual en general juzgaba la literatura sobre el Código resulta de igual modo evidente que él no compartía la idea de una recepción suya sin modificaciones. Este punto sobresale con particular evidencia de algunas observaciones que él desarrolla con respecto a las obras de dos autores como Seidensticker y Schmid, que justamente de aquel modelo de recepción se habían hecho los promotores. Mientras estos autores presionaban por una recepción inmediata sin modificaciones del Código napoleónico, Thibaut invitaba a la cautela y ponía en guardia contra los riesgos insitos en tal planteamiento: «La nación alemana se encuentra ahora en una encrucijada. Está a punto de renunciar a lo que desde siempre ha sido sagrado a todos los pueblos, de cambiar lo que nunca ha sido cambiado con alegría. Tal paso requiere una reflexión seria y compleja. Nunca antes gradualidad y franqueza han sido más que ahora deberes de los amigos de la patria y esto tanto más desde el momento que el emperador francés declaró del modo más

---

(72) Así en la recensión publicada en *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*. 4. Jg, Drittes Heft, 1811, pág. 36. Pero también este aspecto vuelve en otros contextos.

(73) Ver pág. 40. Y aun, en confirmación del juicio positivo acerca del primer volumen de la obra de GROLMAN: «Ninguno de los comentarios al C. N. que hasta ahora han aparecido en Francia y en Alemania puede aun de lejos sostener el parangón con esta interesante obra, y hasta los juristas franceses no podrán negar a esta su aprobación (...). Desde hace veinte años no hemos guardado más de diez obras jurídicas con tal satisfacción como este excelente escrito, del cual descamos vivamente una inminente continuación y conclusión» (pág. 39).

(74) Además de algunas anotaciones relevantes (es por ejemplo significativo que en un punto él tome la defensa de Brauer, cit., pág. 62). Thibaut llama la atención sobre tres aspectos. Ante todo también Grolman queda anclado en el método exegético y eso lo lleva a no considerar en sus explicaciones «todo lo que el C. N. confía a la ciencia». Al contrario, de parte de un «filósofo del derecho» habríamos tenido que esperar que intentase «unir la ciencia a lo positivo, en lo que sea posible hacer algo con la filosofía, cuando con premisas indeterminadas, casi exclusivamente políticas se quisiera casi dudar de toda certeza jurídica» (ver págs. 40-42). Hay que notar también aquí (pero es una constante en la disertación de Thibaut) el realce polémico en relación a toda interpretación en el Código fundada en valoraciones meramente políticas. En segundo lugar, también en la obra de Grolman hace falta una «introducción histórico-literaria» y una «parte dogmática general» (pág. 42). En tercer lugar Thibaut reprocha a Grolman su «unilateralidad» en la forma de evaluar al Código, o sea de no haber querido ver las lagunas que en todo caso habría sido necesario colmar y los puntos en los que aquel código necesitaba ser modificado (pág. 63 y ss.). Estas últimas críticas están claramente dirigidas contra aquella tendencia, a la cual se adhería también Grolman, a recibir el Código de manera integral y sin modificaciones.

encendido que es seria intención suya fundar sólidamente la felicidad de la nación alemana y que a este fin se le da plena libertad a muchos grandes y pequeños Estados de reflexionar con calma sobre el modo de acoger el Código napoleónico» (75).

Como ulterior confirmación de la actitud crítica asumida por Thibaut en relación a una recepción sin modificaciones del Código napoleónico se puede además recordar lo que él escribía con referencia a Gönner, el autor que quizás con mayor coherencia había luchado por una recepción integral de aquel Código. Thibaut dedicó una serie de recensiones a la revista dirigida por este último con un tono siempre muy crítico (76). En una de éstas él afirma expresamente ser contrario a la inmediata recepción sin modificaciones del Código napoleónico. Se trata de la primera toma de posición de Thibaut sobre el argumento (la recensión se remonta a 1808) y por su importancia quisiera volver a tomar y comentar sus pasos más sobresalientes.

Después de haber ilustrado la posición de Gönner, Thibaut afirma: «¿Cuál era la finalidad, entonces, de estas directivas anticipadas en un momento en el cual todavía ningún alemán ha expresado un libre y preciso juicio sobre el valor material del C.N. en sí y en relación a Alemania...?»

Sobre todo, sin embargo, no queremos escuchar nada que tenga que ver con un código general europeo. La idea en sí de cómo presuponer un código absolutamente completo es grandiosa; pero ahora, que lo mejor ciertamente es en todo caso muy carente y que también se respetan las individualidades nacionales, la idea se destruye por sí misma. Puesto que si nuestros gobiernos alemanes, como se puede esperar y desear, se reservan el derecho de transformar el C.N. según sus criterios y necesidades, entonces las variaciones del derecho llegarán a ser pronto tan incalculables, que los amigos de la unidad deberán contentarse con el marco del Código. Sin embargo, si todo tuviera que ser recibido por nosotros sin cambios y sin mejoras..., entonces sucederá y deberá suceder lo que ningún patriota puede desear, ser para siempre de golpe totalmente sometidos como pupilos a una legislación extranjera» (77).

---

(75) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 3. Jg., Erstes Heft, 1810, págs. 13 y ss. Y en el paso inmediatamente anterior: «Pero sobre todo nos ha impactado, y debemos admitir haber sentido a menudo disgusto e indignación, como los autores (en discusión son Seidensticker y Schmid) hayan podido hablar con tal ligereza frente a una gran nación ampliamente instruida, cuya fuerza y nobleza de ánimo son honradas hasta por los enemigos, de un argumento del cual dependerá por siglos el destino de la patria.»

(76) Se trata del «Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums». Las recensiones de Thibaut están publicadas en *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1. Jg., 1808, págs. 267-275; 2. Jg., 1809, págs. 79-91; 3. Jg., 1810, págs. 25-30 y págs. 65-81; 5. Jg., 1812, págs. 449-461.

(77) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1. Jg., 1808; págs. 273 y ss. Críticas al programa de recepción de Gönner también en la recensión del año siguiente (*Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 2. Jg., 1809, pág. 91) en el que Thibaut se pregunta «si no podría llegar a ser realmente el gran mérito de los reinantes alemanes el de eliminar a través de una mejor formulación todas las oscuridades y las ambigüedades, tanto más que precisamente los amantes de lo nuevo interpretan al existente de manera tan arbitraria y torpe a partir de fuentes impuras que al final, si no se atan ellos como ameritan manos y piés, amenazan con abolir toda certeza del derecho».

Ya aquí encontramos aquella invitación a la prudencia, reforzada también en recensiones sucesivas: antes de pensar en la recepción hay que hacerse un «fundado juicio acerca del valor interno» del Código napoleónico. Sólo de este modo habría sido posible verificar si aquel Código fuese a tal punto perfecto para poderse considerar universalmente válido y por lo tanto adaptable sin modificaciones a todas las naciones. Nótese en este punto decisivo algunos matices significativos. Aunque ya aquí Thibaut hace valer el momento nacional (ya no se puede no tener en cuenta las «individualidades nacionales»), este elemento no asume aún el peso que tendrá en el escrito de 1814 (78). La crítica que dirige a Gönner no está planteada tanto en la idea cosmopolita que se encontraba en la base del programa de recepción de este último, como principalmente en el hecho que el Código napoleónico en realidad no correspondía a aquel ideal de perfección formal y material que sus defensores en Alemania en cambio le atribuían. Justamente porque el Código de ningún modo era conforme a aquella exigencia de perfección y completeza que un código moderno debía satisfacer había que augurarse —según Thibaut— que los gobiernos alemanes se hubieran dispuesto por lo menos a modificarlo y mejorarlo.

Surge en este punto una pregunta de no poca importancia: si Thibaut daba un juicio en general más bien crítico sobre el Código napoleónico (y sobre esto todas las fuentes utilizadas hasta ahora parecen concordar), ¿por qué recibirlo aunque sea en forma modificada? En otros términos, después de lo que se ha dicho hasta ahora se podría también concluir que él no sólo era contrario a un determinado tipo de recepción, sino a la recepción en cuanto tal. Entonces tal vez no es casual que Thibaut haya intervenido sólo indirectamente (y escondiéndose detrás del anonimato) en el debate sobre la recepción. El en efecto en aquel debate representa una voz disonante que, por más que pueda sorprender a la luz de sus posiciones sucesivas, de algunas afirmaciones de aquellos años se filtran dudas y perplejidades no sólo en lo que respecta a la recepción, pero aun más en general alrededor de la posibilidad y a la necesidad de realizar a corto plazo un programa de codificación en el ámbito civilista. La puesta en guardia contra una rápida recepción del Código napoleónico se presenta de este modo como una invitación a la cautela respecto a la necesidad de proceder inmediatamente a una codificación del derecho privado.

También a tal propósito vale la pena adelantar un paso más: «Ya se ha reconocido en tiempos recientes plenamente la necesidad de una nueva legislación civil, como muestran los ejemplos de Prusia, Rusia, Dinamarca y Francia, pero sin dada alguna justamente los mejores juristas al respecto han puesto en guardia en contra de la precipitación exacta del mismo modo que, en cambio, han hecho presión para un rápido mejoramiento del derecho penal; todo esto, como nos parece, por los motivos más tristes. En efecto para la filosofía del derecho civil no ha sucedido casi nada y

---

(78) Cattaneo capta exactamente la presencia de una «duplicidad de aspectos» (iluminismo y nacionalismo) en el escrito de 1814, aunque en su interpretación me parece que insista demasiado en la inspiración nacionalista de aquel escrito. Pero el punto requeriría una profundización (cfr. M. A. CATTANEO: *Iluminismo y legislación*, Comunidad, Milán, 1966, pág. 171).

hasta el (derecho) positivo puede gozar sólo en pocas partes de una elaboración que con una nueva transformación del mismo podría servir de base al legislador. La necesidad de una reforma no es aquí lo más esencial, es decir en las proposiciones jurídicas materiales, tan urgente, a partir del momento en que todos los nuevos códigos civiles buscarán en última instancia de todas maneras su fin en la combinación del derecho romano con el local» (79).

Este paso es tomado de nuevo por la primera recensión a la revista de Gönner ya citada y discute críticamente un artículo de este último en el cual se rebatía una cierta tendencia a privilegiar la codificación en el campo penal descuidando la importancia de una codificación en el ámbito civilista. Thibaut muestra seguir justamente esa tendencia: una completa reforma del derecho penal es una necesidad improcrastinable y existen iguales condiciones para ponerla en acto. En cambio no es así para el otro sector del derecho. Para una reforma del derecho civil no existían ante todo las condiciones, dado que en este sector, sea en el ámbito de la ciencia (la filosofía del derecho civil) sea en el ámbito del derecho positivo, faltaba una adecuada elaboración de las materias particulares. En segundo lugar, si se le compara a la situación del otro sector del derecho mencionado, aquella reforma no era tampoco una necesidad urgente.

Los tiempos pues no estaban aún maduros para una codificación en el ámbito del derecho privado y de todos modos si ya se quería trabajar en esta dirección no nos deberíamos haber orientado en el Código napoleónico, sino mas bien en el derecho romano por una parte y en el derecho nacional por otra, ya que cualquier código civil nuevo habría podido surgir sólo de la combinación de estos dos elementos.

Estas son las conclusiones de Thibaut, indudablemente sorprendentes si se comparan a su futura propuesta: no sólo niega que existan las condiciones para realizar la codificación, sino el modo en el cual valora el derecho romano es muy diferente al comportamiento crítico asumido en el periodo sucesivo. Poniendo en guardia contra los riesgos relacionados a un programa inmediato de codificación en el campo del derecho civil Thibaut se remite a la opinión expresada por los mejores juristas alemanes. Aunque Thibaut no dé nombres, no hay duda de que entre éstos contara en primer lugar con el de Savigny. Y justamente Savigny es mencionado positivamente en una sucesiva recensión (80).

---

(79) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1. Jg., 1808, págs. 268 y ss. Y aun: «Si se comienza pues con los códigos penales como con lo que se vuelve ante todo posible hacer y que es la necesidad más inmediata, no por esto se ha descuidado al derecho civil, pero más bien ha sucedido siempre lo que en todas partes es necesario» (pág. 269).

(80) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 3. Jg., 1810, pág. 71: «Pedimos al señor Gönner si la jurisprudencia habría dejado aún mucho que desear, si juristas clásicos como Savigny hubieran elaborado históricamente todo el derecho romano y dado de este modo a los juristas filosóficos la ocasión de elevarse por medio de un material histórico clarificado a opiniones completas, sólidas, razonables. La lograda compilación histórica ha producido siempre un resultado puro, eterno, mientras los juristas

Mientras desde varias partes y de manera diversa se sostenía la idea de la necesidad de una codificación en el ámbito del derecho civil, Thibaut toma globalmente distancias de esta tendencia y está por el contrario muy cercano a su futuro opositor (81).

Al menos en sus primeras tomas de posición tiende a tener no sólo grandes reservas en relación a la recepción del Código francés, ya que aquel Código no correspondía a sus ideales de perfección y de sistematicidad, sino asimismo a no considerar maduros los tiempos para la elaboración de un propio autónomo programa de codificación en el ámbito civilista.

### 3.4. ¿Hacia qué modelo de codificación?

El futuro paladín de la codificación pues, ¿sólo algunos años antes, era contrario a una codificación a corto plazo en el ámbito del derecho civil? No se puede negar que muchas de las afirmaciones citadas vayan en esta dirección y entre los sostenedores de la recepción del Código napoleónico no pocos deben haber visto en Thibaut más a un adversario que a un aliado de ellos. Se podría sin embargo a este punto objetar que gran parte de las críticas promovidas por Thibaut se refieren a los partidarios de una introducción integral del Código francés (son ejemplares sus críticas a Gönner) y sólo indirectamente a la recepción en cuanto tal. El insiste sobre todo en la necesidad de proceder de manera prudente, y es pues contrario a una introducción precipitada del Código, pero no pone explícitamente en discusión la hipótesis de la recepción. Por lo demás, el mismo Thibaut en aquel período (en contraste con lo que afirmará solamente algunos años después) no considera que en Alemania existan las condiciones para proceder a una propia, autónoma codificación.

---

filosóficos, colocados por el autor por encima de los históricos, hasta este momento han sido en el derecho civil en cuanto dogmáticos unos simples habladores, que o construían sólo sumariamente *a priori* lo que les había llegado por casualidad *a posteriori*, o hablaban de la noche a la mañana sin ton ni son, o al final no sabían nada y abandonaban las verdaderas profundidades del derecho civil a sí mismas.» Más allá del tono de elogio el paso es significativo porque Thibaut, en el contraste entre escuelas de las cuales ya Gönner hablaba, asume una posición mucho más cercana a la Escuela histórica que a aquella filosófica.

(81) Que hasta que explotara la polémica en efecto Thibaut y Savigny se encontraran en posiciones no muy diferentes resulta también evidente por una carta que este último envía a Thibaut en el período inmediatamente anterior a la polémica: «Acercas de sus perspectivas y consolaciones políticas son de su misma opinión. Usted tiene además un derecho particular a gozar de los grandes acontecimientos de nuestros días, a partir del momento en que aun durante la opresión, a través de sus recensiones de los Napoleónicos (los defensores del Código Napoleónico) valerosamente combatió el mal en su ambiente. Estas recensiones siempre me han gustado mucho» (carta del 13 de mayo de 1814, que cito de R. POLLEY: *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briessen*, cit., vol. 2, pág. 288. Me detuve en el significado de esta carta en P. BECCHI: «A. F. J. Thibaut. Apuntes sobre una biografía», en *Cuadernos florentinos para la historia del pensamiento jurídico moderno*, 19 (1990), págs. 621-635.

El único camino que entonces parecía se podía recorrer era pues el de una recepción en forma modificada del Código napoleónico. Su juicio sobre la obra de Brauer, que también se había movido en esta dirección, había sido en resumidas cuentas más bien negativo, pero en el debate de aquel periodo se había propuesto también otro programa tendiente a una recepción común del Código, que, modificándolo no habría de todas maneras debido desnaturalizar su significado. Y ahora nos podemos preguntar cómo se colocara Thibaut frente a esta alternativa.

Al menos a primera vista existía, aunque débil, un punto de contacto. Precisamente criticando a Gönner, Thibaut utiliza también el motivo nacional. No es sobre esto en lo que Thibaut hace énfasis, pero sigue siendo aún un elemento ya presente en estos escritos y que en seguida adquirirá un peso aún mayor. Por otro lado, Almendingen puesto que había sido un crítico severo de la obra de Brauer, del mismo modo lo había sido de aquellos que habían luchado por una introducción integral del Código napoleónico. Un código extranjero no podía ser recibido sin modificaciones: «Cada legislación pertenece como producto del espíritu a los individuos, a la nación y a la época a la cual debe su existencia» (82).

Llevado a las extremas consecuencias eso hasta significaba el rechazo a la recepción, pero Almendingen —muy consciente de la falta de una alternativa en aquella situación política— se había limitado a sostener la necesidad de introducir de manera modificada el Código francés. La recepción habría debido surgir de una discusión común y llegar a un resultado común: de esta manera el debate en torno a la introducción de un código extranjero habría podido servir para desarrollar una conciencia nacional.

¿Era favorable a esta solución? ¿Compartía sus motivos inspiradores? Aun para responder a estas preguntas consideramos muy valiosas las dos recensiones dedicadas a algunos trabajos de Almendingen. En particular la primera que se detiene en los dos ensayos quizás más significativos de este último (83).

Aunque existan algunas afinidades, su cercanía es más aparente que real. Aun sosteniendo el motivo nacional Thibaut muestra poseer aún mucho espíritu iluminista y de todas formas no considerar políticamente más realizable la propuesta de una recepción común. Si por un lado él, por lo tanto, en la forma de concebir el derecho está aún mucho más cerca de Gönner de lo que dejen entender sus duras críticas, por

---

(82) L. H. V. ALMENDINGEN: «Ueber den organischen charakter des Codex Napoleon oder über das Eingreifen Desselben in die Staatgrundverfassung, religiöse Gesetzgebung, richtersverfassung, finanzsystem, Administration, Staatswirtschaft, volksitten und Cultur der Wissenschaft», en *Allgemeine Bibliothek für staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik*, 10. Heft, 1811, págs. 32-108 (51).

(83) *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 2. Jg., 1809, págs. 45-47 y 3. Jg., 1810, págs. 21-25. La primera recensión se ocupa de los primeros dos cuadernos de la revista *Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik* (1808) en la cual se publicaron anónimos: «Ueber die Schwierigkeiten und Gefahren der Pubereiteten und unvorbereiteten Einführung des Code Napoléon ind bei Abfassung der auf die Staaten des Rheinbundes berechneten Modifikationen desselben» (págs. 1-76); «Ansichten über die Bedingungen und Voraussetzungen der Einführung des Kodex Napoleon in den Staaten des Rheinbundes» (págs. 77-180).

el otro muestra sorprendentemente compartir algunas de las críticas que Brauer había levantado contra la propuesta de Almendingen. Pero procedamos con orden.

Lo que Thibaut compartía del planteamiento de Almendingen era la manera en la cual éste tomando distancias de los muchos aduladores del Código francés, había insistido en las dificultades y en los peligros de una introducción suya no preparada y precipitada (84). Pero el acuerdo en resumidas cuentas quedaba aquí. También a Thibaut (como a Brauer) los planes de Almendingen, que iban en el sentido de una unificación del derecho en los Países del Rin en base al Código francés, parecían inestables: «La unidad del derecho es en Alemania, a pesar de toda la unidad de costumbres, decididamente imposible hasta que no se cree una presión desde lo alto, lo cual desde el exterior no es deseado y desde el interior no se le puede de ningún modo esperar. ¿Qué fin podían tener, pues, estas propuestas de una unidad, la cual no es en absoluto alcanzable por vías honorables?» (85).

Aquella propuesta carecía por lo tanto de base real y es asimismo significativo que Thibaut, en una recensión siguiente, interviniendo en la áspera discusión que se había abierto entre Gönner y Almendingen critique el tono que este último había utilizado en relación al primero, insistiendo también acerca del carácter oscuro y evanescente de muchas de sus afirmaciones (86). En fin, a pesar de todas las críticas que Thibaut dirige a la solución de Brauer, éste muestra compartir su sobria consistencia considerando igualmente irrealizable la propuesta de una recepción uniforme del Código francés.

Pero Thibaut se diferenciaba de Almendingen también y sobre todo en relación a los motivos inspiradores de su programa de recepción. En la base de aquel programa se encontraba un modo particular de concebir la codificación que insistía en la estrecha relación entre codificación y constitucionalización. El programa de reforma del derecho civil se ligaba a un preciso programa de reformas político-constitucionales. El *Code* era interpretado como el código de un Estado constitucional de derecho, cuya recepción suponía una asimilación no sólo del modelo administrativo de aquel Estado, sino asimismo de su organización constitucional-representativa

---

(84) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 2. Jg., 1809; pág. 46: «Sustancialmente todo está pensado sin duda de manera verdadera y justa y la noble franqueza con la cual aquí —como raro fenómeno— un alemán se presenta entre algunos de aquellos aduladores, que halagan en público y hablan mal del prójimo en secreto, amenta la más honorable mención y distinción». Difícil establecer si esta recensión es con certeza atribuible a Thibaut, como resulta de la biografía de Polley que concluye el primer volumen de su obra (R. POLLEY: *Anton Friedrich Justus Thibaut...*, cit., pág. 281, nr. 33). Von Bippen, por ejemplo, la incluye en las recensiones que habría escrito Heisse (Cfr. W. V. BIPPEN: *Georg Arnold Heise. Mittheilungen aus dessen Leben*, C. A. Schwetschke & Sohn, Halle, 1852, pág. 160, núm. 9). Pero aunque así fuera, Thibaut habría compartido ciertamente aquellas opiniones. Por lo demás ambos, además de estar ligados por una larga experiencia de amistad, estaban en posiciones afines.

(85) *Idem*.

(86) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 3. Jg., 1810; pág. 22: «Elementos superiores, metafísica del procedimiento, audaz liberalidad, organismo jurídico universal —estas son palabras con las cuales hoy nos levantamos en las alturas, donde el portavoz no puede ser más afectado por el juicio, por el conocimiento de causa y por las ideas humanamente excelentes del amor patrio».

fundada en la división de poderes. A propósito de este punto Almendingen (junto con Feuerbach) (87) había particularmente insistido en su programa de recepción. Y aquí, una vez más, Thibaut se mueve en una dirección totalmente diferente. Si para los primeros existía un estrecha relación entre codificación y constitucionalización, para el segundo los dos aspectos eran a tal punto independientes que una buena codificación podía ser adaptada a cualquier constitución.

El problema para Thibaut entonces no era tanto el que le importaba a Almendingen de crear en Alemania ante todo las condiciones para que el Código francés pudiera ser recibido de manera eficaz, sino más bien ver si éste correspondía a aquella imagen ideal que sus sostenedores habían dado de él: «El valor intrínseco del C.N., sobre esto se funda cualquier cosa. Un magistral derecho privado positivo planteará pocas accidentalidades y peculiaridades nacionales en base a sus disposiciones; será completo, claro y simple; deberá estar de acuerdo en lo esencial con cada constitución. Si el C.N. tiene tales predicados, entonces la mayoría de las dudas del autor (Almendingen) caen por sí solas; si en cambio le hacen falta, entonces depende de nuevo en qué medida le hacen falta...» (88). Encontramos aquí el mismo motivo que vimos en Brauer: la codificación era totalmente independiente sea de toda la organización política del Estado, sea de las peculiaridades nacionales. Ciertamente se habría debido tener en cuenta a éstas con específicos añadidos.

Thibaut por lo tanto se encontraba más cerca de Brauer de lo que dejaron entender las críticas que él públicamente le había dirigido en el escrito con el cual presentaba su propuesta de codificación. Lo que más adelante lo distinguirá de Brauer será determinado en amplia medida por el cambio de la situación política.

En el clima de solidaridad nacional que brotó de las victoriosas guerras de liberación antinapoleónicas Thibaut consideraba poder percibir un buen presupuesto para la propuesta de una codificación nacional. Así que lo que hasta hace algunos años antes le había parecido un ideal absolutamente irrealizable, la unificación jurídica, llegaba a ser en la nueva situación una concreta posibilidad. De este modo él terminaba, contra el particularismo al cual había permanecido ligado Brauer, con hacer propia la perspectiva del más eficaz contrincante de este último.

Pero era un cambio que dependía de las variaciones de la constelación política.

Con respecto al modo de concebir la codificación continuó a pesar de todo permaneciendo más cerca de Brauer que de sus críticos. Su silencio a propósito de los añadidos no implicaba que compartiera el compromiso entre nuevo derecho burgués y vieja organización social, pero también en base a la propuesta de Thibaut existía aquella misma concepción eminentemente privatista del derecho que calificaba el programa de Brauer. Codificación y constitucionalización eran totalmente dos caras de la misma medalla, tan así que al final también la solución ofrecida por

---

(87) Fundamental al respecto el escrito ya citado en la nota 4 (cfr. *supra*, pág. 388. Sobre Anselm Feuerbach me permito remitir a mi contribución *Anselm Feuerbach y la polémica acerca de la codificación*, cit., págs. 65-70 (en particular).

(88) *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 2. Jg., 1809, pág. 47.

Thibaut se presentó no en función complementaria, sino en alternativa a sustanciales cambios políticos. Pero no cabe ahora discutir el significado de su propuesta. Aquí urgía más bien reconstruir los antecedentes a partir de los cuales se hace posible explicarla en todas sus implicaciones. Y estos antecedentes indudablemente son dados por las múltiples discusiones en torno a la recepción del Código napoleónico en el cual Thibaut había estado implicado.

Thibaut, como se ha visto, juzgaba mucho menos favorablemente que Brauer al Código francés, y sin embargo en aquellos años consideraba irrealizable una codificación nacional. Aun cuando al inicio de eso parecía hacer derivar una posición más bien escéptica en relación a la posibilidad de realizar a corto plazo cualquier codificación, él muy pronto debía haber entendido que en aquel momento no quedaba otro camino que la atenta evaluación de un derecho extranjero, que habría también podido llevar a una gradual recepción suya en forma modificada y mejorada. Esta no era absolutamente la mejor solución, pero era el mal menor en las condiciones políticas existentes. En este sentido creo que se pueda también explicar su compromiso en los trabajos preparatorios para la codificación en el Baden. Aunque sus contribuciones no nos han llegado, las palabras conclusivas de la última carta de acompañamiento (cfr. *supra*, pág. 407) no dejan dudas acerca de la dirección en la cual él se movía: por el momento la victoria más grande que se podía obtener era la de una introducción modificada del Código napoleónico.

Por otro lado, cuando en el transcurso de pocos años cambiará completamente la constelación política, Thibaut, aun reafirmando sus críticas anteriores, se opondrá a todos aquellos que, como Rehberg, peleaban por una pura y simple abolición del Código francés en los países alemanes en los cuales había sido introducido (89). De este modo Thibaut que había tenido una posición muy cauta en el debate sobre la recepción, adhiriéndose a ésta más por necesidad que por íntima convicción, terminó tomando la defensa de éste en contra de sus detractores.

Destino paradójico el de Thibaut: en el debate de su época se encontró desplazado y contra corriente dos veces. Cuando las condiciones políticas eran favorables

---

(89) Se trata de la importante recensión ya citada en el volumen de REHBERG (*Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, 1814), en la cual se adelantaba su propuesta de una codificación nacional. Esta está publicada en *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 7. Jg., 1. Hälfte, 1814, págs. 1-32 (31): «No es de agrado del alemán actuar en un asunto tan importante de manera descarnada. Pero si se considera la cosa más atentamente, entonces es necesario convencerse del hecho que una tal veloz abolición es extremadamente peligrosa. Ya que, ¿qué cosa queda luego en el lugar de lo nuevo? Ninguna otra cosa sino el antiguo derecho, cuya mejor parte (el derecho romano) sí ha favorecido nuestra formación científica, pero en cuanto a código ciertamente tiene tantos defectos como el Code y en parte aún mayores. Así por ejemplo la doctrina de la prescripción y del derecho de prenda en el derecho romano está indudablemente malograda y quien quisiera enumerar sus errores y sus exageradas sofisterías en el derecho hereditario puede contar seguramente en una comparación con los errores del Code en cifras bastante iguales. Alguna importante doctrina, como la doctrina de la contumacia y de los actos del estado civil, hasta está mejor dispuesta en la mayoría de los casos en el Code. ¿Qué conllevará, pues, tal rápida abolición?»

a la recepción, asumió una posición bastante crítica y al mismo tiempo cauta y moderada; cuando cambiaron aquellas condiciones y se presentaron del lado conservador los críticos del Código napoleónico y de su recepción, se encargó de la defensa del mismo. No es que esto acontezca porque Thibaut cambie entretanto su posición; es más bien el cambio global de las condiciones políticas el que hará asumir a la misma posición otra connotación. El juicio de Thibaut sobre el Código y su recepción era siempre el mismo, un juicio científico independiente de los intereses políticos del momento, y sin embargo precisamente la nueva situación lo hará aparecer bajo una luz diversa.

Este trabajo parte de una investigación más amplia sobre Ideologías de la Codificación en Alemania a inicios de mil ochocientos, fue realizado en Alemania con la contribución del CNR. Gran parte del material de archivo utilizado fue puesto a mi disposición por el Hessisches Hauptstaatsarchiv de Wiesbaden. Por la ayuda que se me brindó al descifrar algunos manuscritos citados deseo expresar mi agradecimiento a Peter Wettmann Jungblut, que cursaba Doctorado en Historia en la Universidad de Saarland. Un agradecimiento además a los profesores Alessandro Baratta y Ulfrid Neumann de la Facultad de Derecho de la misma Universidad por haberme procurado las mejores condiciones de trabajo.

(Traducido por J. M. Gutiérrez)