

La cultura de la codificación y su impacto en la formación del constitucionalismo social iberoamericano.

Indagaciones histórico-constitucionales a partir de una reflexión de Germán Bidart Campos

por EZEQUIEL ABÁSULO

Para mediados de 2004, en la que terminaría siendo una de sus últimas publicaciones, con ocasión de saludar el bicentenario del código de Napoleón, Germán Bidart Campos advirtió que no caería “en la equivocación de quienes olvidaron que por encima del Código Civil está la Constitución”⁽¹⁾. Si para los juristas de mi generación tal comentario puede llamar la atención, es posible que para los más jóvenes resulte directamente incomprensible. Ahora bien, lo cierto es que durante la primera mitad del siglo XX la supremacía normativa constitucional distaba de haber sido asumida en Iberoamérica como algo verdaderamente operativo. De allí –por ejemplo– que en el curso de los debates mantenidos en el congreso constituyente mexicano de 1916-1917, el convencional y abogado tamaulipeco, Zeferino Fajardo⁽²⁾, estimase necesario advertirles a sus colegas de la convención que las disposiciones de los códigos debían “arreglarse forzosamente” a lo que dispusiera la Constitución⁽³⁾, y que en las discusiones mantenidas a mediados de los años ‘30 en Colombia, el senador Moncada llamase la atención sobre el hecho de que un aspecto del proyecto de reforma constitucional de su país parecía consistir en “una subordinación de la Constitución al Código Civil, cuando en realidad es la ley la que debe estar subordinada a la Constitución”⁽⁴⁾.

Así las cosas, aplicando criterios historiográficos-constitucionales que van más allá del recurso a la mera compulsión de los textos normativos, y aprovechándome de los materiales que vengo acumulando con un proyecto de investigación que dirijo en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina⁽⁵⁾ –el cual aspiro volcar en un libro relativo a la cultura jurídica interviniente en la formación del constitucionalismo social iberoamericano, en 2025–, me sumo al merecido homenaje al Maestro desaparecido hace veinte años con una colaboración como esta, en la que avanzo en la recreación de lo tenso y conflictivo de la relación entre el constitucionalismo social iberoamericano en formación y la cultura de la codificación.

Las discusiones sobre lo que era o debía ser materia de constituciones y de códigos abundaron con diversidad de criterios en todas las latitudes iberoamericanas⁽⁶⁾. Así –por ejemplo–, mientras que el civilista y constituyente brasile-

ño José Ulpiano advertía sobre la pretendida impertinencia de incluir determinadas cláusulas de derecho privado en la Constitución⁽⁷⁾, y por su parte algunos constituyentes bolivianos aseguraban que una Constitución de ninguna manera podía “descender a tratar cuestiones secundarias, que son objeto de los códigos y de las leyes sustantivas, en el caso concreto del Código Civil, donde deben consignarse todas las disposiciones relativas a la organización de la familia, las condiciones necesarias para la celebración del matrimonio, la patria potestad”, complementándose este argumento con el de que “si la carta fundamental del estado llegara a descender a esta clase de detalles, entonces, en lugar de establecer principios generales de conducta, tendría que ser una especie de compilación de todas las legislaciones y códigos, es decir, un resumen del código penal, civil, mercantil”⁽⁸⁾, en Colombia se escuchaban opiniones diferentes. Respecto del particular, me refiero a los dichos del representante Sarmiento Alarcón, quien se manifestó favorablemente a que figurasen en la Constitución “garantizadas ciertas manifestaciones de sociabilidad, que hoy están reguladas por el Código Civil”⁽⁹⁾. Por otra parte, al tiempo que el constitucionalista italiano con actuación en Cuba, Oreste Ferrara, no se sonrojaba al justificar la contradicción entre las disposiciones de la Constitución local de 1901, que aseguraba la irretroactividad de las leyes, con la palpable existencia de leyes que contemplaban efectos retroactivos, en el hecho de que –según él– la ley era “la suprema verdad”⁽¹⁰⁾, en Guatemala se discutió acaloradamente si la adopción de menores podía incluirse en el texto constitucional, o si se trataba de un asunto reservado exclusivamente al Código Civil⁽¹¹⁾. En este último orden de cosas, la posibilidad de incluir normas civilísticas en las constituciones no solía ser bien vista entre los abogados, bajo el argumento de que “si no ha habido una ordenación previa, puede resultar que se contradigan afirmaciones jurídicas o de cuestiones sociales o económicas distintas”, con lo cual sería posible que en el futuro surgiesen “muchos problemas de esta naturaleza, porque llevamos el camino de hacer una constitución parecida a un código civil, social y penal”⁽¹²⁾.

Por otra parte, y más allá de que en algunas ocasiones en la región se aludiera a las propuestas de los “dos notables monumentos de la sabiduría jurídica contemporánea, en la esfera de las relaciones del derecho privado, que son los códigos civiles de Alemania y de Suiza”⁽¹³⁾, o que se oyese algunas expresiones contrarias a la mudanza del antiguo derecho codificado –tal como lo hizo en 1932 el ministro de justicia, Carlos Sayán Álvarez, en la convención constituyente peruana⁽¹⁴⁾–, lo cierto es que buena parte de la atención crítica del nuevo constitucionalismo

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Control de constitucionalidad concentrado en Latinoamérica*, por JUAN ALBERTO CASAS, EDCO, 2000/2001-360; *Novedades de Derecho Constitucional Latinoamericano. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, por RICARDO HARO, EDCO, 2005-860; *El autoritarismo en Latinoamérica*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-62; *La Constitución de Cádiz y el sistema judicialista argentino y latinoamericano*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, ED, 249-672; *Bien común, Patria Argentina y religión*, por HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, EDCO, 2011-422; *De ciertos problemas y retos que afrontan el Estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2011-565; *Breves notas históricas y doctrinarias relativas a la cuestión religiosa en la Constitución federal argentina, en especial acerca del sostenimiento del culto católico*, por JUAN PAULO GARDINETTI, EDCO, 2013-629; *Populismo y Estado Populista. Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, por JUAN C. CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, abril 2024 - número 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Cfr. Bidart Campos, Germán, “A doscientos años del Código Napoleón”, La Ley, 2004-E-1196.

(2) Sobre el personaje citado, puede verse Romero Flores, Jesús, *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917*, México D.F., Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2014, pág. 168.

(3) Cfr. la sesión ordinaria 20, del 22 de diciembre de 1916, en *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, D. F., Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Secretaría de Cultura, 2016, t. 2, págs. 111 y 112.

(4) Cfr. el acta de la Comisión de Negocios Constitucionales del Senado colombiano del 3 de septiembre de 1935. En Velásquez Toro, Magdala y Tirado Mejía, Álvaro, *Reforma Constitucional de 1936*, t. I, pág. 295.

(5) Se trata del proyecto IUS UCA (800 202203 00018 CT), “La cultura latinoamericana de abogados ante la crisis del derecho liberal (primera mitad del siglo XX)”.

(6) Para el caso de la reforma boliviana de 1938, véase la intervención del convencional Camacho Pórcel en la sesión 93 del 12 de sep-

tiembre de 1938. En Convención Nacional de 1938, *Redactor de la Convención Nacional*, t. IV, La Paz, Editorial Universo, 1939, pág. 88.

(7) Véase la intervención de José Ulpiano en la sesión 113 del 6 de abril de 1934, en *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934*, vol. XIII, pág. 299.

(8) Convencional Rodríguez Vásquez, sesión 99 del 20 de septiembre de 1938. En Convención Nacional de 1938, *Redactor de la Convención Nacional*, t. IV, La Paz, Editorial Universo, 1939, pág. 269.

(9) Cfr. acta n° 32 de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes de Colombia, 4 de marzo de 1936. En Velásquez Toro, Magdala y Tirado Mejía, Álvaro, *Reforma Constitucional de 1936*, t. I, pág. 262.

(10) *Diario de sesiones de la Convención Constituyente cubana de 1940*, 68 sesión, 4 de junio de 1940, pág. 31.

(11) Cfr. la 20 sesión de la Asamblea Constituyente celebrada en Guatemala el 21 de febrero de 1945, pág. 385. En *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1945*, edición facsimilar, Guatemala, Tipografía Nacional, 2006, p.385.

(12) Son palabras del abogado y constituyente José Manuel Cortina, en *Diario de sesiones de la Convención Constituyente cubana de 1940*, 17 sesión, 15 de marzo de 1940, pág. 11.

(13) Diputado João Santos, en sesión de la cámara de diputados brasileña del 26 de septiembre de 1925. En *Revisão constitucional, 1º turno (1925)*, Rio de Janeiro, 1927, vol. 2, pág. 270.

(14) Véase República del Perú, *Diario de los debates del Congreso Constituyente*, 45 sesión permanente, del 20 de junio de 1932, pág. 1623.

social iberoamericano se dirigió contra las orientaciones filosóficas del centenario código de Napoleón. Así, transitando por análogos andariveles argumentales a los que a comienzos del siglo XX había recorrido el jurista francés León Duguit –cuyo pensamiento fue ampliamente seguido en Iberoamérica–, durante la convención argentina de 1949, Arturo Enrique Sampay afirmó que, exceptuando al derecho de familia, el código civil vigente no reflejaba más que una reglamentación individualista del derecho de propiedad⁽¹⁵⁾. Así, mientras que en nuestro país se afirmó con cierta dosis de elegancia que el código civil vigente tenía el aspecto de una “noble casona solariega agrietada por el tiempo”⁽¹⁶⁾, frente a las dificultades que amenazaban la mudanza de los códigos –por ejemplo en relación con la condición jurídica de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales–, en Cuba se recurrió al expediente de incluir en un nuevo texto constitucional una cláusula específica –expediente que en Costa Rica también sugirió el convencional y futuro magistrado de la Corte Suprema, Fernando Rafael Baudrit Solera⁽¹⁷⁾–, alternativa que suscitó un intenso debate sobre la conveniencia de la solución recomendada⁽¹⁸⁾. Algo semejante se ventiló en la convención boliviana de 1938, oportunidad en la cual el convencional Balcázar manifestó su oposición, en tanto que se tratarían de considerar preceptos que deberían incluirse “en el Código Civil, en el párrafo correspondiente a la paternidad y filiación”⁽¹⁹⁾. Allí también, el convencional Julián V. Montellano –abogado civilista y futuro vicepresidente de su país– decidió rechazar la inclusión de principios de esta índole en la Constitución, en tanto consideró que debía incorporárselos en el Código Civil⁽²⁰⁾. Por otra parte, volviendo a lo que aconteció en Argentina, cabe recordar la posición adoptada por Arturo Enrique Sampay durante la reforma constitucional de 1949. Ello así en tanto que en esa oportunidad el jurista oriundo de la provincia de Entre Ríos vaticinó que, con la sanción de “un nuevo código civil, asentado sobre el principio de la propiedad privada en función social, y de que el hombre, en la vida de relación, no es un *singulus* sino un *civis*, sometido al bien común, todas esas ramas del derecho civil,

(15) *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente Nacional de 1949*, págs. 279 y 280.

(16) Molinario, Alfredo J., “La reforma constitucional y los principios penales”, *Revista Penal y Penitenciaria* (Buenos Aires), año XIII, n° 47/50 (1951), págs. 3 y 4.

(17) Cfr. acta n° 116 del 25 de julio de 1949, pág. 976, reproducida en *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. 1949*, versión digital 2005, revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde.

(18) Cfr. *Diario de sesiones de la Convención Constituyente cubana de 1940*, 43 sesión, 21 de mayo de 1940, págs. 12 y 13.

(19) Cfr. sesión 100 del 21 de septiembre de 1938. En Convención Nacional de 1938, *Redactor de la Convención Nacional*, t. IV, La Paz, Editorial Universo, 1939, págs. 304 y 305.

(20) Convencional Montellano, sesión 43 del 15 de julio de 1938. En Convención Nacional de 1938, *Redactor de la Convención Nacional*, t. II, La Paz, Editorial Universo, 1938, págs. 335 y 336.

tan orgullosamente separadas de su matriz, volverán como el hijo pródigo a tener su lugar en el código civil con orientación social”⁽²¹⁾.

Lo que se advierte es que muchos convencionales iberoamericanos bregaban por la inserción en las constituciones de disposiciones hasta entonces correspondientes a los códigos como una forma de neutralizar a unos jueces que eventualmente, mediante el artilugio del recurso a “interpretaciones equivocadas de preceptos del Código Civil”, pretendiesen eludir la voluntad de los constituyentes⁽²²⁾. De este modo, por ejemplo, en la Argentina se elevó “a categoría constitucional el principio del abuso del derecho, consagrado en algunos códigos civiles modernos”⁽²³⁾. Así las cosas, conforme el convencional constituyente y general revolucionario veracruzano Heriberto Jara, en México se preconizó la inclusión de normas que asegurasen la consagración del sentido social del derecho y que rompiesen “con las viejas teorías de los tratadistas”. Refiriéndose a ciertas disposiciones de derecho laboral, el mismo Jara pensó que “los jurisconsultos, los tratadistas, las eminencias en general en materia de legislación, probablemente encuentren hasta ridícula esta proposición, ¿cómo va a consignarse en una constitución la jornada máxima de trabajo? Eso, según ellos, es imposible; eso, según ellos, pertenece a la reglamentación de las leyes; pero, precisamente, señores, esa tendencia, esa teoría, ¿qué es lo que ha hecho? Que nuestra Constitución tan libérrima, tan amplia, tan buena, haya resultado, como la llamaban los señores científicos, ‘un traje de luces para el pueblo mexicano’, porque faltó esa reglamentación, porque jamás se hizo. Se dejaron consignados los principios generales, y allí concluyó todo”⁽²⁴⁾.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - HISTORIA DEL DERECHO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - ECONOMÍA - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEY - JUECES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - JUICIO POLÍTICO - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER JUDICIAL - DERECHO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES

(21) *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente Nacional de 1949*, pág. 444.

(22) Véanse, a manera de ejemplo, las palabras del abogado y convencional cubano Ramón Zaydín, en *Diario de sesiones de la Convención Constituyente cubana de 1940*, 38 sesión, 16 de mayo de 1940, pág. 13.

(23) *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente Nacional de 1949*, págs. 279 y 280.

(24) Sesión ordinaria 23 del congreso constituyente mexicano de 1916-1917, 26 de diciembre de 1916, en *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, D. F., Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Secretaría de Cultura, 2016, t. 2, págs. 206 y 208.