

**¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE
LA LEGISLACIÓN? CODIFICACIÓN
Y LEGISLACIÓN DE GOBIERNO: DOS
FUNCIONES BÁSICAS DEL ESTABLECIMIENTO
DE NORMAS POR VÍA LEGISLATIVA***

**WAS IST UND WOZU DIENT
GESETZGEBUNG? KODIFIKATION
UND STEUERUNGSGESETZGEBUNG:
ZWEI GRUNDFUNKTIONEN
LEGISLATIVER NORMSETZUNG**

**WHAT IS LEGISLATION AND WHAT IS IT
FOR? CODIFICATION AND GOVERNMENT
LEGISLATION: TWO BASIC FUNCTIONS OF
THE LEGISLATIVE FORMULATION OF NORMS**

*Thomas Simon***

*Traducción de Andrea Macía Morillo****

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2008

Fecha de aceptación: 24 de agosto de 2009

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación realizado en el Max-Planck-Institute of Legal History de Frankfurt, sobre "History of legislation: 1500-1800". "Los datos originales de publicación del artículo son: Was ist und wozu dient gesetzgebung? kodifikation und steuerungsge-
setzung: zwei grundfunktionen legislativer normsetzung, in Gerald Kohl/Christian Neschwara/
Thomas Simon (Hg.), Festschrift Für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte
mit internationaler Perspektive, Manz, Wien 2008, S. 635-648".

** Profesor de tiempo completo de la Universidad de Viena (Austria). Doctor en Derecho de la Uni-
versidad de Friburgo (Breisgau, Alemania).

*** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo electrónico: andrea.macia@uam.es.

RESÜMEE

In der europäischen Rechtsgeschichte lassen sich von der äußeren Form und der Funktion her zwei Grundtypen der Gesetzgebung gegenüberstellen: Die eine wird hier mit dem Begriff „Steuerungsgesetzgebung“ belegt, die andere mit „kodifikatorischer Gesetzgebung“ bezeichnet. Der Beitrag beschreibt Funktion und Eigenart der beiden Gesetzgebungstypen. Ersterer steht im Dienste der Politik; er dient der Implementierung und Durchsetzung politischer Ziele und Ordnungsvorstellungen. Die Steuerungsgesetzgebung geht also von bestimmten politischen Zielsetzungen aus, die mit ihrer Hilfe realisiert werden sollen. Demgegenüber dominieren bei der Kodifikationsgesetzgebung die rechtspolitischen Zielsetzungen: Der rechtliche Normenkosmos insgesamt oder ein Teilgebiet desselben soll in eine systematische Ordnung gebracht werden, die ihn beherrschbar und machen und dadurch die Rechtssicherheit erhöhen sollen. Die Kodifikationsgesetzgebung ist daher – im Gegensatz zur Steuerungsgesetzgebung – retrospektiv orientiert, weil sie die Ergebnisse langjähriger wissenschaftlicher Ordnung und Systematisierung eines bestimmten Rechtsgebietes aufnimmt und zugleich rechtlich festschreibt. Wenn sich beide Formen der Gesetzgebung im einzelnen Gesetz auch häufig überschneiden, so ist der Typ der „Steuerungsgesetzgebung“ doch eindeutig der ältere: Die Tradition dieses Gesetzgebungstyps reicht bis in das Hochmittelalter zurück, während die Kodifikationsgesetzgebung erst ein Kind des Naturrechtszeitalters ist.

Schlüsselwörter: Gesetzgebung; Geschichte, Funktion, Kodifikation, Maßnahmegesetz.

ABSTRACT

From the point of view of external form and function, there are two basic types of legislation in the European history of law: the first one is labelled here “legislation of government”, the second one, “legislation of codification”. This paper describes the function and characteristics of both types of legislation. The first one serves political aims: it serves for the implementation and enforcement of political goals and system conceptions. Therefore, the legislation of government originates from specific policy targets that should be materialized with its help. On the contrary, the legislation of codification is embedded with objectives of legal policy: the legal norm cosmos itself or a part of it has got to be brought to a methodical order that enforces its control and therefore increases the legal security. Thus, contrary to the legislation of government, the legislation of codification is retrospective oriented, because it gathers the outcomes of an old academic system and the systematization of a particular field of the law, putting it down, at the same time, in writing. Whenever both types of legislation coincide in a specific statute, the “legislation of government” is, clearly, the oldest one:

the tradition of that kind of legislation reaches back to the high middle ages, whereas the legislation of codification is a product of the era of Natural Justice.

Key words: Legislation, History, function, Codification, Law of measures.

RESUMEN

Desde el punto de vista de la forma externa y de la función, en la historia europea del derecho se pueden comparar dos tipos básicos de legislación: uno de ellos queda aquí designado con el término *legislación de gobierno* y el otro se denominará *legislación codificadora*. Este artículo describe la función y las particularidades de ambos tipos de legislación. El primero está al servicio de la política: sirve para la implementación e implantación de los fines políticos y de las representaciones mentales de los ordenamientos. Por tanto, la legislación de gobierno parte de determinados objetivos políticos que han de ser alcanzados con su ayuda. Frente a esto, en la legislación codificadora dominan los objetivos de política jurídica: el propio cosmos de normas jurídicas en su conjunto —o un sector de éste— ha de ser puesto en una ordenación sistemática que ha de permitir hacerlo manejable y, con ello, aumentar la seguridad jurídica. Por ello —al contrario de la legislación de gobierno—, la legislación codificadora está orientada de forma retrospectiva, ya que recoge los resultados de un antiguo sistema científico y de la sistematización de un determinado campo del derecho, plasmándolo por escrito, al mismo tiempo en términos jurídicos. También, a menudo, cuando ambas formas de legislación coinciden en una determinada ley, el tipo de la “legislación de gobierno” es, claramente, el más antiguo: la tradición de este tipo de legislación se remonta a la Alta Edad Media, mientras que la legislación codificadora es sólo un producto de la era del derecho natural.

Palabras clave: legislación, historia, función, codificación, ley de medidas.

1. LA CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN MODERNA

En su libro *L'ordine giuridico medievale*, el historiador del derecho Paolo Grossi relata la historia del ordenamiento jurídico medieval¹. Al final de este relato, concluye que la cultura jurídica de la Edad Media, con sus propias condiciones de formación y sus principios estructurales, había perecido por una enfermedad incurable ya antes de que comenzara la Edad Moderna. La úlcera que había causado esta muerte que expone Grossi (en palabras de este autor, el “proceso cancerígeno ulceroso”²) es el derecho estatal legislado. Con rapidez al principio éste penetró progresivamente en las estructuras del ordenamiento normativo medieval, y lo destruyó. Con ello, el derecho “se rebajó a un *instrumentum regni*, se degradó al nivel de una criada de la política y, consiguientemente, se pervirtió su uso como instrumento de la clase regente: el camino de la cultura jurídica moderna a partir del siglo XVI da fe de una creciente aproximación del derecho al poder político, un creciente totalitarismo jurídico que la burguesía imperante logrará absolutivizar finalmente mediante el omnivalente código”³. Frente a esto, el derecho medieval aún no había quedado corrompido políticamente por la acertada configuración legislativa; no había sido aun “prefabricado artificialmente ni por la clase social de los propietarios, ni por los detentadores del poder”⁴. Según Grossi, era más bien “la propia sociedad la que, sin filtro político, autoordenándose, devenía derecho”⁵.

La crítica a la legislación, al derecho establecido, instrumentalizado y orientado hacia un objetivo puede formularse descendiendo a su esencia: de acuerdo con Grossi, aparentemente va acompañada de una fuerte afinidad personal hacia la interpretación del mundo por parte de la escolástica. En

-
- 1 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (Laterza, Roma, 1995). Ver al respecto la recensión de M. Aschieri, *Eine mittelalterliche Rechtsordnung – für heute?*, 15 *Rechtshistorisches Journal*, 51-65 (1996).
 - 2 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 8 (Laterza, Roma, 1995). En el texto de Grossi se lee: “Il mosaico dei diritti statuali, il mosaico profondamente frantumato cui siamo avvezzi fino ad oggi noi moderni, è un fatto storico successivo, la cui realtà embrionale affiora nel momento di estremo declino della civiltà medievale, e affiora come prime manifestazioni d'un processo tumorale che condanna lentamente a morte il vecchio organismo giuridico”.
 - 3 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 154 (Laterza, Roma, 1995). En el texto de Grossi se lee: “Lo storico del diritto spoglio di prevenzioni ideologiche non può non rilevare un sacrificio enorme e costosissimo: la visione ancillare del diritto ridotto, malgrado le favolette illuministiche, a instrumentum regni; il condizionamento del diritto al potere e agli interessi della classe che lo detiene [...] L'itinerario della civiltà giuridica moderna dal Cinquecento in poi ci dà testimonianza de una crescente vincolazione del diritto al potere politico, di un crescente totalitarismo giuridico, che non solo son sarà smentito dalla imperante borghesia ma anzi vieppiù assolutizzato grazie allo strumento omnivalente del Codice”.
 - 4 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 52 (Laterza, Roma, 1995). Dice Grossi: “Segno che il diritto è terreno di confluenza di forze diverse, è risposta alle esigenze oggettive degli uomini e delle cose, e non l'artificio prefabbricato né dal ceto dei proprietari né dai detentori del potere”.
 - 5 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 234 (Laterza, Roma, 1995). La cita en Grossi, es: “La quale esige che si colga l'ordinamento, ogni ordinamento, nel sociale e dal sociale: è la società stessa che, senza filtri politici, autoordinandosi, diventa diritto, provoca il miracolo del diritto”.

este sentido, el veredicto apasionado de Grossi puede parecer exótico; pero el tono básico de tal crítica de la legislación se encuentra también enteramente en otros lugares. Concretamente, si se sigue el análisis jurídico de la legislación moderna, pronto se divisa un profundo malestar transmitido por una gran parte de los estudios. Incluso, aunque la crítica no se realice normalmente de forma tan radical, como en el caso de Grossi, la legislación se considera —si bien no de forma general— como una deformación normativa de origen político, pervertidora, en el fondo, del derecho.

En cualquier caso, según muchos autores, la legislación actual muestra una apariencia externa que, a primera vista, gusta menos: la supuesta estructura típica de la legislación moderna se topa a menudo con un rechazo. La crítica desemboca a menudo, en resumen, en que la legislación moderna ha caído en una crisis, como se puede deducir de la avalancha —apenas contenible— de normas, de la falta de constancia del legislador y de la falta de un sistema y de un plan en cuanto al contenido de sus productos⁶. La metáfora marina del tsunami legislativo que rompe sobre nuestras cabezas evoca la misma corrupción progresiva que muestra la imagen mencionada de las crecientes úlceras enfermizas, con lo que esa metáfora patológica no sólo se puede encontrar en un crítico de los fundamentos como Grossi. En otros lugares se habla de “metástasis jurídicas”, que se generan a partir de ciertos tipos de legislación⁷. De forma —todavía— apenas creciente, en ocasiones se muestra una comparación muy gráfica, como la que se recogía ya en una perspectiva de política jurídica realizada en un anexo a la *Neue Juristische Woche* con ocasión del quinquagésimo aniversario de la Constitución alemana: allí se hablaba de “excrementos jurídicos” que el propio legislador va depositando por todas partes, a la vez que él mismo —aparentemente desregulando— los retira⁸.

Al margen de hasta qué punto estas metáforas puedan resultar acertadas o apetecibles, existe en todo caso un amplio consenso respecto a que existen demasiadas leyes y a que la producción normativa ha asumido una extensión amenazadora, bien porque tal producción destruye el ordenamiento jurídico en su conjunto, o bien porque desplaza una forma de legislación presuntamente más antigua y mejor.

Otros ejemplos de este tipo de crítica a la legislación pueden generalizarse en gran medida. Concretamente, la crítica se presenta en dos variantes: por un lado, se presenta con un estilo, en cierto modo, “fundamentalista”, conforme

6 Véase al respecto H. Schneider, *Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens*, en *Festschrift für Gebhard Müller*, 421 y ss. (T. Ritterspach / W. Geiger, Eds., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1970). No obstante, de forma crítica, se manifiesta J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 36 (H.-J. Vogel, ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1977).

7 K. Schmidt, *Die Zukunft des Kodifikationsidee*, 47 (Heidelberg, 1985): “Metástasis de derecho privado especial”.

8 K. Zuck, *Der totale Rechtsstaat*, 52 *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 21, 1518 y ss., nota 19 (1999).

al cual, el fenómeno de la legislación aparece, básicamente, como una molesta usurpación por parte de la política que perturba el calmado y justo proceso de creación de normas, científicamente guiado. Esta variante se corresponde con la opinión de Paolo Grossi reproducida al inicio de estas páginas. Para este autor, la legislación se presenta como una injerencia en un sistema legal autónomo, impulsada por bajos intereses políticos de poder, siendo el caso que este sistema produce mucho mejor sus normas simplemente sobre la base de las reglas vividas en la práctica y del hallazgo de un consenso jurídico.

Una segunda variante de la crítica (como la que puede encontrarse en gran medida, sobre todo, en la actual ciencia de la legislación) pone reparos, en cambio, a la forma y contenido de la legislación moderna; la fricción no reside, pues, en la existencia de la legislación, sino en cómo es ésta. Al mismo tiempo, se parte del diagnóstico de una “transformación del concepto de legislación”⁹, al presentarse las codificaciones del siglo XIX como el tipo de legislación antigua o, por así decirlo, clásica; tipo que se dice que se ve alterado en su apariencia, con el paso del tiempo, por el uso excesivo. Concretamente, en un informe de la *Zeitschrift für Gesetzgebung* se puede leer: “[...] antiguamente, la legislación debía ser duradera, completa e independiente de la situación concreta. En la actualidad, por el contrario, la función de la continuidad se traslada a un segundo plano; retrocede cada vez más y se coloca por detrás del carácter instrumental de las leyes”. De esta forma, su función original —la de garantía de una cierta duración y de fijación de representaciones básicas de valores— quedaría seriamente afectada¹⁰. La época de la “codificación estabilizadora” —así llamada en una nueva ciencia de la legislación— “es relevada por un período de auxilio legislativo más o menos sistemático y de correcciones del rumbo”¹¹. Ulrich Karpen, en su teoría administrativa y de la legislación, considera que el estilo legislativo de nuestra época se caracteriza “por la avalancha de normas y el predominio de leyes de medidas y leyes de reforma”. Frente a ello, por su parte, la codificación “presentó ampliamente su dimisión”¹².

A partir de esta cita, pronto se hace patente qué es lo que se echa en falta en el supuesto estilo legislativo moderno típico: al igual que, no hace mucho, la legislación era “duradera, completa e independiente de la situación concreta”, actualmente es “puntillista” y “fragmentaria”, “orientada a las exigencias de la política cotidiana”. Como parámetro de esta crítica a la legislación, funcionan con absoluta claridad las grandes codificaciones de finales del siglo XVIII y XIX, al frente de las que se encuentra el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que aparece aquí como ejemplo brillante y punto cumbre del arte legislativo

9 M. König, *Kodifikationsidee*, 14 *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 195-203, 195 y 203 (1999).

10 M. König, *Kodifikationsidee*, 14 *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 200, 203 y ss. (1999). Igualmente, U. Karpen, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 33 (Nomos, Baden-Baden, 1989).

11 P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, 119 (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973).

12 U. Karpen, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 33 (Nomos, Baden-Baden, 1989).

ejecutado de una forma puramente científica. Frente a esto, el inquieto legislador del presente, en realidad, sólo trae al mundo desventuradas criaturas totalmente efímeras.

Karl Zeidler describió certera y plásticamente esta manera de ver las cosas en el inicio de su ejercicio de habilitación sobre la famosa ley de medidas, publicado en los años sesenta. Por aquel entonces, el carácter de la legislación moderna se pretendía aprehender principalmente con el término *ley de medidas*, puesto en juego —sobre todo— por Ernst Forsthoff, tradición que aún hoy influye en la teoría sobre la legislación. La ley de medidas —escribe Zeidler— es, ante todo, “una criatura del legislador; es más, por lo que respecta a su árbol genealógico —que sólo se acredita a través de la partida de nacimiento—, se ha de considerar un hijo legítimo del legislador. Y a pesar de ello, debido a sus características, no debería mostrarse como la joya de la familia, puesto que —parece— sólo con antipatía y reticencia se reconoce que reúna los requisitos para ser aceptable”¹³.

Para la actual ciencia de la legislación, poco hay que cambiar de esta valoración. Como siempre, el juicio sobre la legislación moderna se basa en muchas ocasiones en un catálogo de valores que, si bien puede ser absolutamente razonable para un determinado tipo de legislación, no encaja de ninguna forma, en general, en una valoración de la legislación de acuerdo con su función. Ciertamente, en la actualidad ya no se menciona el pathos para hablar de la “dignidad” de la legislación de los tiempos pasados —de la que carece de forma tan completa la legislación actual—, mención que solía unirse a la exigencia de que se ha de restituir de nuevo a la ley “su dignidad y calidad”¹⁴. Pero, hasta el momento actual, este lamento por la “pérdida de calidad de las leyes modernas”¹⁵ y por la presunta “decadencia indiscutible del arte legislativo”¹⁶ pasa por una parte no despreciable de la moderna ciencia de la legislación como un continuo hilo conductor.

13 K. Zeidler, *Maßnahmegesetz und “klassisches” Gesetz*, 5 (C. F. Müller, Karlsruhe, 1961).

14 G. Dürrig, *Diskussionsbeitrag*, 32 *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 248 y ss. (1974).

15 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 18 (H.-J. Vogel, ed., J. C. B. Mohr, Tübinga, 1977).

16 R. Mußnug, *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, en *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 23 y ss., 26 (H. Hill, Ed., Dunker & Humblot, Berlín, 1989); allí se indica a continuación: “Schon dem ungeschulten Blick [...] fällt [...] auf, daß sich die Gesetzgebung der Bundesrepublik in keinem guten Zustand befindet. Im Vergleich mit der Gesetzgebung früherer Epochen fällt sie deutlich ab. Jahrhundertgesetze wie das BGB, die ZPO, die Gewerbeordnung hat die Bundesrepublik bislang nicht hervorgebracht. [...] Denn sie schaltet zu hektisch. Diese Hektik hat einen Verfall der Gesetzkultur heraufbeschworen, der Besorgnis erregt” [Inmediatamente, resulta patente para la visión de cualquier lego que la legislación de la República alemana no se encuentra en buena situación. En comparación con la legislación de épocas pasadas, pierde claramente valor. Desde hace mucho, no se han creado desde hace tiempo en Alemania leyes centenarias como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o el Código Mercantil, puesto que la legislación cambia de forma febril. Esta agitación evoca la decadencia de la cultura legislativa, que despierta recelos].

La salida a este penoso diagnóstico se trata de buscar, por un lado, en un refinamiento metódico de la técnica legislativa, al que ha de contribuir, sobre todo, la ciencia de la legislación. También, por otro lado, las esperanzas se ponen en la ciencia del derecho y en la jurisprudencia, que, en todo caso, vuelve a aparecer en escena, reforzada en el ámbito civil como fuente del derecho. Con esto se debería poder mejorar algo, si se prescindiera en gran medida de una forma determinada de legislación; concretamente, prescindiendo, precisamente, de toda legislación de rápida mutación, detallada en cuanto a su contenido y de eficacia puntual, que atrae especialmente hacia sí misma la crítica no sólo por la estructura de sus extensos textos normativos, sino también por la propia elevada cifra a la que asciende y por la velocidad de sus cambios. Así se sugiere, por ejemplo, en el seno del debate sobre la nueva Ley de Reforma del Contrato de Arrendamiento, respecto de la que se propugna desde diversas instancias, una reducción radical de las amplias disposiciones que contiene sobre protección contra la extinción del vínculo arrendaticio en el arrendamiento de vivienda (es decir, especialmente, los antiguos párrafos 556.a y 564.b del BGB). Se dice que estas disposiciones deberían reemplazarse por cláusulas generales flexibles, pero de formulación breve, que, posteriormente, pasaran a ser la base de una ponderación de los intereses de arrendador y arrendatario conforme a la justicia. Así, esta propuesta se orienta de manera significativa hacia la solución de “¡vuelta al BGB!”¹⁷.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN DE GOBIERNO Y LA LEGISLACIÓN CODIFICADORA

Esta descripción de la legislación moderna y de las consecuencias subsiguientes derivadas de ella me parece errónea, puesto que contempla excesivamente la “legislación” como un fenómeno unitario y, consiguientemente, lo somete también a unas exigencias unitarias de forma. En cambio, si realmente se desea describir el instrumento político de la legislación de forma medianamente precisa, se han de distinguir cuidadosamente, al menos, dos funciones diferentes que pueden identificarse bajo las denominaciones de función de gobierno y función codificadora. Ello se corresponde con los dos conceptos de legislación “configuradora” y “codificadora”, que aparecen en la ciencia de la legislación de Peter Noll¹⁸, o con la distinción entre la “legislación reguladora finalista” —bajo la forma de “actos legislativos particulares”—, por un lado, y la “codificación”, por otro (propia, esta última elección, de términos de Josef Esser¹⁹). Con esto, en todo caso, la

17 Ver al respecto, T. Simon, *Das neue Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung. Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen*, 4 *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, n.º 1, 2-9 (2001).

18 P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, 215 (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973).

19 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 18 (H.-J. Vogel, ed., J. C. B.

legislación reglamentadora, configuradora o de control se separa claramente de la legislación codificadora.

En las páginas siguientes se tratará de describir con mayor precisión la función y las peculiaridades de estas dos formas de legislación. Comenzaré, en primer lugar, por la descripción de la legislación de gobierno, puesto que me parece que acierta, con mayor claridad, en la organización funcional de este tipo de normatividad.

Típica de la legislación de gobierno es su estrecha relación con la política: se trata de un instrumento político que emplea el Gobierno y la Administración para la realización de determinados objetivos de orden. En cada sociedad existen determinadas concepciones y modelos de cómo debería ordenarse, constituirse y estructurarse realmente la comunidad; se debaten en el discurso político y se concretizan, por ejemplo, en los programas de los partidos y de los Gobiernos. Este tipo de orientaciones sirven como parámetros políticos por los que se mide la realidad social. El Estado pretende entonces eliminar estos déficits de reglamentación, así constatados, mediante la correspondiente legislación de gobierno que acaba con ellos.

Tales fines y puntos de orientación de la actuación política han construido desde siempre el punto de partida de la legislación estatal de gobierno. De hecho, ya en el pensamiento político de la Edad Media estaba presente la idea de que ciertos regímenes de ordenación podían imprimirse en la comunidad —de que, por tanto, lo ya existente podía modificarse de acuerdo con un régimen reglamentario que, hasta entonces, sólo había sido imaginado—, y era la legislación la que establecía el instrumento de actuación y administrativo decisivo para ello. Metafóricamente, en la teoría política medieval, la legislación sería el timón que habilitaría el *rex nauta* para la administración de la comunidad política, concebida ésta como un barco²⁰. Por tanto, la legislación de gobierno parte de determinados objetivos políticos que se quieren alcanzar con la ayuda del establecimiento de normas, que aparecen entonces como instrumento de una actuación política. Consiguientemente está orientada hacia el futuro, prospectivamente, dado que se dirige de forma funcional a la modificación de la “situación social conjunta”²¹.

En muchas ocasiones, es propio de esta legislación de gobierno una regulación de detalle, prácticamente casuística, que extiende excesivamente su alcance. De hecho, en este tipo de actos legislativos, a menudo el legislador se empeña también en decidir sobre cuestiones concretas y en regularlas, para así limitar el espacio de decisión de los tribunales. Así, por ejemplo, los

Mohr, Tübinga, 1977).

20 T. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, 47 (Klostermann, Fráncfort/Main, 2004).

21 T. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, 50 (Klostermann, Fráncfort/Main, 2004).

antiguos parágrafos 556.a y 564.b del BGB destacan por su extensa redacción y amplitud, frente al carácter codificador del resto de las disposiciones sobre arrendamientos²².

Igualmente, este tipo de legislación se caracteriza por la rápida sucesión temporal de nuevos actos legislativos²³. En estos casos, se trata de actos puntuales de establecimiento de normas relacionados con una situación concreta y derivados de las necesidades administrativas actuales de cada caso, con los que el Estado reacciona frente a los problemas que se le presentan en cada momento y con cuya ayuda pretende luchar contra un inconveniente y contribuir a establecer una situación reglamentaria que resulta preferible desde el punto de vista político. Por tanto —por continuar con el ejemplo del arrendamiento—, se trataría de actos de establecimiento de normas que, en un momento dado de aumento caprichoso de la demanda de viviendas, permiten detener la subida de las rentas arrendaticias o reforzar la posición jurídica del arrendatario, en tanto que es éste el que, en el contexto de una coyuntura desfavorable del mercado de la vivienda, se ve afectado en mayor medida por una resolución del contrato²⁴.

Frente a esta caracterización, la legislación codificadora se aleja mucho más de la planificación política. En este otro tipo de legislación, se trata, fundamentalmente, de la unificación y sistematización de una serie de opiniones doctrinales transmitidas por el *usus fori*, que se recogen en la forma de un código. Al hacerlo, se compila una situación normativa reconocida y ya trabajada científicamente de forma intensa, consistente en normas particulares, casos precedentes y opiniones doctrinales, y se trata de hacer más clara mediante la armonización y la construcción de un sistema²⁵. Los presupuestos necesarios para ello se forjaron ya en la época del derecho natural, en la que se comenzó a ordenar la materia jurídica bajo la forma de una jerarquía de normas con diversos grados de abstracción²⁶. Consiguientemente, en su variante moderna en el siglo XIX, la legislación codificadora se encuentra fuertemente unida a los

22 T. Simon, *Das neue Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung. Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen*, 4 *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, n.º 1, 6 y ss. (2001).

23 S. Simitis, *Für eine europäische Rechtskultur*, 12 *Rechtshistorisches Journal*, 301 y ss., 301 (1993); Su “peculiaridad estructural” consiste, precisamente, en que sólo “proporciona respuestas tentativas a las preguntas que se plantean constantemente de distinta forma”.

24 T. Simon, *Das neue Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung. Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen*, 4 *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, n.º 1, 3 (2001).

25 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 275 y ss. (2.ª ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttinga, 1967); F. Wieacker, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en *Festschrift für Gustav Boehmer zum 70. Geburtstag*, 34 y ss. (J. Esser/G. Boehmer, eds., Ludwig Röhrscheid, Bon, 1954); B. Dölemeyer, *Kodifizierung / Kodifikation*, en *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, XIV, 1003-1009 (M. Landfester, ed., J. B. Metzler, Stuttgart-Weimar, 2000). Respecto a la “idea de la codificación”, recientemente, también, M. Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung. 2000 Jahre Recht in Europa - Ein Überblick*, 304 y ss. (Böhlau Verlag, Colonia-Weimar-Viena, 2005).

26 M. Senn, *Rechtsgeschichte - ein kulturhistorischer Grundriss*, 263 y ss. (Schulthess Verlag, Zürich-Basilea-Ginebra, 2003).

esfuerzos de sistematizar la materia jurídica, en cuya cumbre se sitúa un fondo de principios jurídicos abstractos, que, por su parte, podrían ser la fuente de la construcción de nuevas normas. A partir de estas ideas, se desarrollaron en aquel entonces las “partes generales” de las nuevas codificaciones (como por ejemplo la del BGB).

De acuerdo con esto, los proyectos de codificación persiguen, en primer término, satisfacer peticiones específicas de política legislativa. Así, a menudo se dejan llevar por la esperanza de elevar la seguridad jurídica gracias a la ganancia en claridad que va unida a la sistematización, así como por la esperanza de hacer accesible el derecho también a los legos instruidos mediante el uso de un lenguaje sencillo y claro y mediante una estructura clara de las leyes²⁷. Esto puede afirmarse, especialmente, en el caso de las codificaciones más tempranas, con un mayor tinte iusnaturalista, que aún se dejaban llevar por la idea de poder programar y prever, *ex ante*, con suficientemente seguridad el funcionamiento de la justicia, así como por la idea de poder establecer y fijar este funcionamiento con la ayuda de leyes formuladas de manera precisa y cuidadosa²⁸. A esto se añade una faceta de unificación del derecho en los casos en los que el ámbito de aplicación de la codificación se impone al de una pluralidad de derechos particulares de mayor antigüedad y desplaza a estos últimos, al menos parcialmente (como de hecho ocurrió, en general, con la mayor parte de las codificaciones nacionales del siglo XIX).

En su esencia, la legislación codificadora tiene una orientación hacia el pasado, ya que, principalmente, se orienta a disponer bajo una determinada forma los resultados a largo plazo de la sistematización y de la formación jurídica previa y del ordenamiento científico. Esser, con su peculiar capacidad para la agudeza terminológica, definió la codificación como una “construcción de un sistema retrospectivamente perfeccionador en el sentido de la sabia jurisprudencia”²⁹.

Pues bien, no se trata de que, actualmente, a una ley sólo se le pueda asignar una u otra función; a menudo ambas funciones se entrecruzan en una misma ley. Sin embargo, por regla general, el centro de gravedad funcional se deja entrever claramente. Por ejemplo, la Ley de Reforma del Contrato de Arrendamiento que entró en vigor en el año 2001 es, en esencia, una muestra de legislación codificadora, mediante la que se da una nueva redacción

27 P. Caroni, *Kodifikation*, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*, columna 918 (A. Erler/E. Kaufmann, Eds., Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1978): “Integración del derecho [...] en la sociedad política del presente”.

28 Ver al respecto, en relación al ALR (*Allgemeines Landrecht*), F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 332 (2.ª ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1967).

29 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 18 (H.-J. Vogel, Ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1977); H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch*, 44 y 55 (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991), distingue entre “función normativa” y “función de gobierno”.

a las disposiciones de los párrafos 535 y siguientes, y se crea una nueva parte general de los arrendamientos; al mismo tiempo, se integran en el BGB las disposiciones de la Ley de Actualización de las Rentas Arrendaticias (*Miethöhengesetz*). Fiel a su intención, la Ley de Reforma del Derecho de Arrendamiento se esfuerza por alcanzar un lenguaje comprensible y moderno. No obstante, junto a estos deseos de regulación codificadora, la ley contiene también normas particulares con función de gobierno, que pretenden reforzar la posición jurídica del arrendatario. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, el nuevo plazo asimétrico de denuncia del contrato a favor del arrendatario, que concede a éste un plazo de denuncia mayor que el que dispone para el arrendador³⁰.

El contexto del que derivan, respectivamente, la legislación codificadora y la legislación de gobierno se puede distinguir claramente: la legislación codificadora se atiene a una práctica judicial anterior y a las opiniones doctrinales, y las completa, en su caso, con el punto de vista de la sistematización y de una abstracción más fuerte. Por tanto, sigue, básicamente, el mecanismo de formación de normas jurídicas. Sus contenidos se construyen, como ha señalado Esser, “sobre la base del consenso doctrinal técnico”³¹. De acuerdo con esto, las codificaciones, como “concentrado abstracto y sistemático de derecho judicial casuístico”³², son, típicamente, un producto de la ciencia jurídica³³.

Sin embargo, en el caso de la legislación de gobierno la situación es diferente: aquí los objetivos normativos motivados políticamente se encuentran en un primer plano, y no la coherencia con el sistema normativo ya en vigor. Los programas normativos se presentan frecuentemente como fórmulas de compromiso, y no son tanto un resultado de opiniones de dogmática jurídica; son, más bien, el producto de negociaciones políticas en las que se trata de alcanzar el compromiso del mínimo denominador común, o bien parten de la existencia de opiniones y dictámenes de técnicos expertos que dominan el conocimiento del ámbito político que se trata de regular en cada caso (por ejemplo los biólogos y los ecologistas, en el caso de la legislación sobre protección del medioambiente). A esto se añaden las presiones tipo *lobby* de las asociaciones y de una ingente cantidad de representantes de diversos intereses. Sea como sea, los juristas no se cuentan aquí entre los protagonistas; por el contrario, a menudo, dentro de este contexto, su papel se limita a formular el programa

30 Un desarrollo de este tema en T. Simon, *Das neue Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung. Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen*, 4 *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, n.º 1, 2-9 (2001).

31 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en 100 *Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 14 (H.-J. Vogel, Ed., J. C. B. Mohr, Tübinga, 1977).

32 P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, 187 (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973).

33 P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, 186 (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973): “Juristengesetze” (leyes de juristas).

normativo de acuerdo con los objetivos normativos políticos previamente dados, y a ajustarlo de la forma menos contradictoria posible al ordenamiento normativo jurídico ya existente.

Por tanto, compilación retrospectiva y construcción del sistema, en un caso, frente a administración política prospectiva, en el otro. En último término, aun podría añadirse a esto otra función —plenamente moderna— de la legislación, que podría presentarse como una consecuencia de la división de poderes, y que se podría identificar como la función de control y sanción. De hecho, en este tercer caso, la legislación se limita a consagrar parlamentariamente el control pecuniario y de planeamiento del Gobierno y de la Administración (como ocurre por ejemplo en el caso de las leyes de planificación y las leyes de presupuestos).

Por el contrario, si nos remontamos temporalmente en el examen más allá incluso del siglo XIX, se tendrían que añadir a los dos tipos básicos que se acaban de confrontar otras formas de legislación. Entre ellas, se encontraría el puro acto legislativo de decisión particular, como el que aparece en escena, por ejemplo en las constituciones del ducado de Sajonia del siglo XVII, cuyo contenido normativo se limitaba a resolver una divergencia de opiniones surgida entre diversos órganos judiciales resolutorios, independientes entre sí, dentro del ducado³⁴. O también el tipo propio del siglo XVI, que respondía a la idea de una “reforma del derecho”, y con el que se pretendía recopilar el derecho consuetudinario territorial y, al mismo tiempo, dotarlo —al menos parcialmente— de una nomenclatura de derecho romano³⁵. En todo caso, estas formas de legislación que se acaban de mencionar se encuentran más próximas a la moderna legislación codificadora, en este sentido, que a la legislación de gobierno tradicional de “policía”, dado que tanto esta primera como aquéllas se enlazan lo más estrechamente posible a una situación jurídica, aunque no contengan el aspecto de sistematización que es esencial para la moderna legislación codificadora.

Una gran parte de la crítica expuesta al comienzo de este trabajo respecto al pretendido estilo típico de la legislación actual descansa, simplemente, sobre el error de medir la legislación de gobierno con los ideales formales codificadores, sin plantearse si, acaso, ambos tipos legislativos —con su distinta función— pueden someterse a criterios formales unitarios. De hecho, los criterios formales legislativos deberían adecuarse a la función; por tanto, deberían tomar en consideración los objetivos legislativos que pretenden alcanzarse con la ley en cada caso. Esto puede afirmarse, especialmente, respecto de una de las cuestiones que surge de forma recurrente en la crítica dentro de esta materia: la cuestión

34 G. Buchda, *Kursächsische Konstitutionen*, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*, columnas 1304-1310 (A. Erler/E. Kaufmann, Eds., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978).

35 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 189 y ss. (2.^a ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttinga, 1967).

de que las leyes son “flojas”, que están demasiado sometidas a las exigencias de los sucesos de la actualidad. Pues bien, la intemporalidad y la independencia respecto de los cambios sociales son objetivos normativos codificadores típicos. Sin embargo, a priori, este ideal apenas puede corresponderse con el de la legislación de gobierno, puesto que, conforme a su propia intención, ésta se presenta simplemente como una reacción inmediata y directa a un cambio o a un anquilosamiento social no deseado; por tanto, sigue fielmente “el ritmo del desarrollo económico y político de la comunidad”³⁶. Así, en cuanto tiene que ver con una reacción frente a una determinada situación política del ordenamiento que busca resolver, apenas puede ser “intemporal”, puesto que este rasgo no se corresponde en absoluto con su función. Dado que, comparativamente hablando, las sociedades de estructura compleja tienen una gran necesidad de reglamentación, es inevitable que se incremente la frecuencia de los actos de reglamentación. La historia legislativa europea muestra que, tan pronto como las comunidades políticas de cada momento han superado un cierto nivel de complejidad y de diferenciaciones —sociales o no— en su interior, la legislación se ha empleado como instrumento de control³⁷. En esta medida, la legislación de gobierno, con su velocidad de mutación —pero también, al mismo tiempo, con su velocidad de reacción—, resulta inseparable de las circunstancias de la moderna sociedad industrial³⁸.

La misma objeción ha de oponerse contra la exigencia indiscriminada de que la legislación ha de ser siempre, y sin distinción alguna, “sencilla”. Esto suscita la cuestión de en qué medida la legislación de gobierno puede ser, acaso, “sencilla”, ya que los conflictos sociales que se encuentran en su base y las necesidades de regulación no son, por lo general, “sencillos”, sino más bien enormemente complejos. Además, no hay que olvidar que, a menudo, las normas deben tener en cuenta intereses políticos de sentidos opuestos, a la vez que, en ciertos puntos, han de establecer de forma suficiente lo que es justo. Acertadamente, Esser ha caracterizado un ideal de legislación orientado por “la belleza de lo sencillo” como una “exigencia anacrónica de tipo romántico”³⁹, ideal que la legislación de gobierno no puede alcanzar en el

36 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 32 (H.-J. Vogel, Ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1977).

37 Ver al respecto, a continuación, *infra* III.

38 Según A. Arndt, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, en *Gesammelte juristische Schriften. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946-1972*, 1963 (A. Arndt/E.-W. Böckenförde, Ed., C. H. Beck, Múnich, 1976), la velocidad e intensidad de la legislación de gobierno deriva, necesariamente, “aus den Sachgesetzhelikeiten rechtsstaatlicher Einholung industriegesellschaftlicher Problemveränderung” (de la legalidad material de la asunción por parte del derecho estatal del cambio en los problemas de la sociedad industrial).

39 J. Esser, *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, 38 (H.-J. Vogel, ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1977). Ver también al respecto, S. Simitis, *Für eine europäische Rechtskultur*, 12 *Rechtshistorisches Journal*, 301 y ss., 302 (1993).

contexto de las expectativas y exigencias normativas que se le trasladan a diario desde la política⁴⁰. Pues bien, sin duda, este postulado de la sencillez nace también, de manera inconfundible, de una idea formal codificadora más bien propia de la época de las grandes codificaciones de derecho natural.

3. LÍNEAS HISTÓRICAS DE DESARROLLO DE AMBOS TIPOS LEGISLATIVOS

El hecho de que se prescindiera de la legislación de gobierno como parámetro —en este sentido— de la legislación codificadora, también se debe a que la primera se ve como una especie de descendencia degenerada de la legislación codificadora clásica del siglo XIX. La legislación codificadora y la legislación de gobierno se consideran como formas de legislación sucesivas desde el punto de vista temporal: aquella se considera típica del pasado —digamos, hasta comienzos del siglo XX—; ésta, por el contrario, es típica de nuestro presente. La sociología del derecho interpreta los supuestos cambios de la legislación bajo el diagnóstico de que ha existido un “cambio desde un entendimiento expresivo a un entendimiento instrumental de la legislación”, que ha tenido lugar a lo largo del siglo XIX⁴¹. Sin embargo, es completamente erróneo, por principio, hablar de un “cambio de la noción de legislación”⁴², en vista de ambos tipos de legislación, y presentar a las codificaciones del siglo XIX como el tipo antiguo o, por así llamarlo, *clásico*, que, con el tiempo —gradualmente y debido a su excesivo uso—, va cambiando su apariencia externa para peor.

Esta interpretación es errónea porque, con ella, se confunden los dos tipos de legislación, distintos desde siempre el uno del otro y con funciones verdaderamente diferentes. La legislación política de gobierno no es una especie de vástago degenerado de las “grandes” codificaciones del siglo XIX; más bien se presenta como una línea de desarrollo plenamente autónoma, que se remonta mucho más atrás en el pasado que la legislación codificadora.

Sin embargo, esta línea tradicional, plenamente autónoma, de la moderna legislación de gobierno se ha pasado por alto en gran medida en la ciencia de la legislación; en todo caso, así se ha hecho fuera de la perspectiva genuina de la historia del derecho. Esto debería atribuirse, claramente, a que, al echar la vista hacia el pasado, ésta se detiene sobre todo en la palabra conocida de “ley” o en sus sinónimos latinos *lex* y *statutum*. Pues bien, si se rastrea hacia el pasado el uso de este término en la época anterior al año 1800, ciertamente apenas aparece en la práctica la larga línea de desarrollo histórico de la legislación de gobierno.

40 En igual sentido, F. Kübler, *Kodifikation und Demokratie*, 24 *Juristenzeitung*, n.º 20, 645 y ss., 645 y 651 (1969).

41 H. Rottleuthner, *Einführung in die Rechtssoziologie*, 36 y ss. (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987).

42 M. König, *Kodifikationsidee*, 14 *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 203 (1999).

Esto es así porque, en el *Ancien Régime*, sus frutos se denominaban de una forma completamente distinta: por regla general, las grandes y voluminosas leyes se llamaban, simplemente, *reglamentos*; la masa de los actos administrativos particulares de eficacia puntual se denominaban *edictos*, *ordenanzas* o *mandatos*, y sólo esporádicamente recibían el nombre de *estatutos*, sin que ni siquiera por asomo pudiera reconocerse la existencia de un sistema tras estas denominaciones⁴³. Fuera como fuera, por lo que respecta a su calificación, no eran “leyes”, sino algo distinto.

Igualmente, en la terminología jurídico-política de la temprana Edad Moderna, tampoco se hablaba de *legis latio* en relación con la promulgación, sino de la llamada *policía*, término que se encuentra más próximo al entendimiento actual de las ideas de “gobierno” o “administración” que al aparato coactivo civil al que se quiere hacer referencia actualmente con el término *policía*. La promulgación y la sanción de los reglamentos, edictos y mandatos fue el instrumento de actuación más temprano y más importante de esta llamada policía, que, junto con la justicia, componía la totalidad de las funciones del Estado de la temprana Edad Moderna⁴⁴.

Pues bien, en realidad, el fenómeno de la legislación de gobierno aparece ya en la Edad Media; más concretamente, aparece por primera vez en aquellos lugares en los que la comunidad medieval superaba cierto grado de complejidad y de diferenciaciones —sociales o no— en su interior. Tal fue el caso, primeramente, en las grandes ciudades, en las que, consecuentemente, ya desde la Alta Edad Media se utilizó de forma muy activa el instrumento administrativo de la respectiva legislación⁴⁵. A lo largo de la temprana Edad Moderna, esta práctica también fue asumida por los territorios del Imperio alemán⁴⁶. Por tanto, la legislación de gobierno no es algo nuevo. Con toda certeza, no se trata de un producto de la “posmodernidad” como a menudo se pretende⁴⁷, sino, por el contrario, de una auténtica heredera de la “antigua Europa”, mucho más antigua que la legislación codificadora, que fija las categorías de un sistema

43 Ver a este respecto, especialmente, el *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit* editado por K. Härter y M. Stolleis. Igualmente, respecto a la variedad de los calificativos contemporáneos, K. Härter/M. Stolleis, *Einleitung*, en *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit I*, 11 y ss. (K. Härter/M. Stolleis, Ed., Klostermann, Fráncfort/Main, 1996).

44 T. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, 111 y ss. (Klostermann, Fráncfort/Main, 2004).

45 T. Simon, *Krise oder Wachstum? Erklärungsversuche zum Aufkommen territorialer Gesetzgebung am Ausgang des Mittelalters*, en *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, 1203 y ss. (G. Köbler/H. Nehlsen, Eds., C. H. Beck, Munich, 1997).

46 Un tratamiento más detenido sobre la legislación de policía en las regiones austriacas puede encontrarse en W. Brauneder, *Der soziale und rechtliche Gehalt der österreichischen Policeyordnungen des 16. Jahrhunderts*, 3 *Zeitschrift für historische Forschung*, n.º 1-2, 205-220 (1976) y W. Brauneder, *Die Policeygesetzgebung in den österreichischen Ländern des 16. Jahrhunderts*, en *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit I*, 299-316 (K. Härter/M. Stolleis, Ed., Klostermann, Frankfurt/Main, 1996).

47 Véase, por ejemplo A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, 196 y ss. (PUF, París, 1991).

jurídico. De hecho, en la forma en la que actualmente la contemplamos, la legislación codificadora no se remonta más allá de la época de la Ilustración.

A la inversa, a pesar de lo honda y poderosa que se muestra la corriente de la actual legislación de gobierno, tampoco se puede deducir que, por esto mismo, hoy sería imposible la legislación codificada⁴⁸. El rechazo de la forma legislativa codificadora podría resultar precipitada, puesto que aquí también vale lo dicho anteriormente: la legislación codificadora y la legislación de gobierno no son formas de legislación que se sucedan la una a la otra en el tiempo o que se turnen entre sí; más bien, discurren en paralelo desde su aparición en la Alta Edad Media, sin que, aparentemente, haya cambiado nada a este respecto. Ciertamente, la codificación permanece como un suceso jurídico-político excepcional, frente a la extensa y fluida corriente de la legislación de gobierno, suceso que, no obstante, sigue produciéndose en la actualidad⁴⁹. Por ejemplo, las leyes alemanas sobre tribunales administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*), procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) y código social (*Sozialgesetzbuch*) son resultado de este tipo de esfuerzos codificadores en Alemania. Igualmente, una codificación civil moderna se encuentra, por ejemplo bajo la forma del Código Civil holandés de 1992⁵⁰. Dado que, en todo caso, estos códigos civiles se orientan “como pequeñas gotas” hacia los cambios de las circunstancias sociales, pueden redactarse de acuerdo con un alto nivel de abstracción terminológico que permite mantener para ellos su aplicabilidad —al menos, en concierto con la correspondiente forma de interpretación jurídica—, incluso a la vista de los profundos cambios sociales y políticos. No parece que la agitación propia de la moderna legislación de gobierno haya cambiado algo a este respecto⁵¹.

Cuando uno trata de buscar el origen de la denuncia que se esbozó al comienzo de estas páginas contra la presunta decadencia de la calidad de la legislación, ha de remontarse muy lejos, ya que es llamativo que, desde un principio, la legislación de policía ya se examinaba bajo el punto de vista de su alta mutabilidad y velocidad. De hecho, entre la literatura política del siglo XVI, eran temas fijos del repertorio los fuertes lamentos por la avalancha de normas y los lamentos por la multiplicidad de leyes en las que la tinta de la imprenta apenas se había secado en las planchas cuando ya quedaban derogadas por

48 K. Schmidt, *Die Zukunft des Kodifikationsidee*, 47 (Heidelberg, 1985); M. König, *Kodifikationsidee*, 14 *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 200 (1999). Respecto a los obstáculos en el camino hacia un “código civil europeo”, téngase en cuenta, por supuesto, a F. Kübler, *Traumpfade oder Holzwege nach Europa?*, 12 *Rechtshistorisches Journal*, 307 y ss., 307 (1993), así como F. Kübler, *Kodifikation und Demokratie*, 24 *Juristenzeitung*, n.º 20, 645 (1969).

49 K. Schmidt, *Die Zukunft des Kodifikationsidee*, 16 (Heidelberg, 1985).

50 A este respecto, con más detalles, F. Bydlinski/T. Mayer-Maly/J. W. Pichler (eds.), *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992* (Böhlau, Viena-Colonia-Weimar, 1991).

51 Acertadamente, K. Schmidt, *Die Zukunft des Kodifikationsidee*, 26 y ss. (Heidelberg, 1985).

nuevas disposiciones⁵². La discusión sobre el “exceso en la legislación” aparece, pues, como la continua música de acompañamiento a la intensificación de la legislación de policía, que se muestra como un instrumento político creciente e indispensable. Sin embargo, pese a las advertencias, omnipresentes en la teoría política, de que demasiadas leyes no sólo resultan inútiles, sino además dañinas, a lo largo de toda la Edad Moderna puede destacarse un incremento fuerte y, al mismo tiempo, “legítimo desde un punto de vista natural”, del ejercicio legislativo. Esto se debió a la creciente complejidad de las relaciones y al incremento de las exigencias de tipo administrativo que ello conllevaba, que hicieron inevitable el reforzamiento de la regulación central⁵³. Pues bien, lo mismo puede predicarse actualmente. Así, en realidad, aún hoy puede observarse cómo las exigencias de reglamentación y, con ello, la actividad reguladora estatal se incrementan con una velocidad considerablemente mayor que la que pueden digerir los hombres en cada caso. La aceptación social de los acelerados cambios normativos parece ir cojeando considerablemente por detrás de la velocidad estructural forzada de los cambios normativos. De ahí deriva la llamativa continuidad de las protestas sin fin contra la “avalancha normativa”, aunque muy a menudo no se reflexione suficientemente sobre las causas de una regulación que se refuerza de hecho constantemente, o aunque se atribuyan tales causas, sin más, a un afán de perfección por parte de una burocracia infraocupada.

Frente a ello, sin embargo, lo que sí cambia de forma llamativa a lo largo del siglo XIX es la terminología: en un principio, las disposiciones de los reglamentos de policía, los edictos de soberanía territorial, los mandatos y las órdenes, como instrumento de policía que eran, se contaban dentro de una clase de normas, que, en la conciencia de la época, podía distinguirse claramente de aquello que, en aquel entonces, se denominaba “el derecho”. En otras palabras, las disposiciones de policía no se correspondían en su esencia con verdaderas normas jurídicas, circunstancia que se puede deducir inmediatamente del hecho de que tales normas no fueron objeto de jurisprudencia sino hasta finales del siglo XVIII⁵⁴. Los reglamentos de policía no eran, pues, un tema del que se ocupara la ciencia del derecho; algo completamente distinto de lo que ocurría con la política y sus diversas disciplinas sucesoras, que convirtieron a la legislación de policía —como instrumento político de administración más importante— en el objeto de su doctrina legislativa⁵⁵.

52 T. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, 173 y ss. (Klostermann, Frankfurt/Main, 2004).

53 T. Simon, *Krise oder Wachstum? Erklärungsversuche zum Aufkommen territorialer Gesetzgebung am Ausgang des Mittelalters*, en *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, 1201 y ss. (G.Köbler/H.Nehlsen, eds., C.H. Beck, Munich, 1997).

54 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I*, 386 y ss. (C. H. Beck, München, 1988).

55 T. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, 52 y ss., 173 y ss., 264 y ss. (Klostermann, Frankfurt/Main, 2004).

Por el contrario, la ciencia del derecho sólo se ocupaba del “derecho”; esto es, del derecho común, así como de los derechos regionales particulares, que, poco a poco, también fueron quedando sometidos al examen de los eruditos a lo largo de la temprana Edad Moderna. Frente a ello, en la perspectiva del pensamiento jurídico de la época moderna temprana, las normas administrativas de policía apenas podían concebirse como “derecho”, ya que, en este caso, resultaba difícil de coordinar con el entendimiento tradicional del derecho la velocidad de la creación de estas normas, los cambios normativos fulgurantes o, finalmente, la orientación propia de las normas de policía hacia fines normativos de tipo político⁵⁶. Consiguientemente, en esta terminología, las normas de la legislación de gobierno se distinguían de forma nítida de aquellas otras normas para las que se seguía reservando en este tiempo la calificación de “derecho” y “ley”, y que no quedaban a disposición del legislador en la misma medida que las normas de policía.

Actualmente, por el contrario, la terminología consensuada moderna incluye en el concepto de derecho todo el conjunto de la legislación de gobierno, cuya regulación sigue fines políticos. Sería una tarea interesante estudiar con mayor detenimiento este cambio idiomático y sus causas. En todo caso, algo de ello se puede adelantar aquí: el contenido del término “ley” se fue entendiendo a lo largo del siglo XIX de manera cada vez más formal. Fue decisivo a este respecto el criterio de que la norma debe surgir a través de un determinado procedimiento legislativo establecido jurídicamente; por el contrario, los elementos de juicio del contenido —como por ejemplo la “justicia” de una norma⁵⁷ o su uso fáctico⁵⁸— pasan a un segundo plano. A partir de ahí, el punto de vista decisivo único era y es el hecho de que la ley aparece como el resultado de un procedimiento legislativo conforme a la Constitución; actualmente, pues, este criterio es el que confiere a la ley su legitimidad. Bajo este criterio, se consideran iguales todas las “criaturas del legislador”. Por tanto, a primera vista, no existen ya diferencias entre la *lex* y los acelerados instrumentos administrativos políticos de las ordenanzas de policía. La ley, por tanto, es la ley.

Sin embargo, como suele ocurrir con quienes pretenden ascender rápidamente, pese al avance, no logran desembarazarse completamente de su origen. Pues bien, aparentemente, parece que a las normas administrativas de policía les pasa lo mismo: aunque es cierto que su partida de nacimiento como criaturas del legislador parlamentario debe ser reconocida en todo caso, por las buenas o por las malas, también es posible identificar —aunque sea de forma particular— claros reflejos defensivos contra este tipo de normas por

56 T. Simon, *Recht und Ordnung in der frühen Neuzeit*, 13 *Rechtshistorisches Journal*, 386 y ss. (1994).

57 Es fundamental a este respecto H. Mohnhaupt, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, IV *Ius Commune*, 188-239 (1972).

58 T. Simon, *Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts*, 7 *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 120 y ss. (2005).

parte de ciertos sectores de la ciencia jurídica, como si estas normas siguieran teniendo, como siempre, un cierto “regusto” que las desprestigiase en el espíritu de los juristas, más bien orientados hacia el ideal codificador clásico.

Tras la Segunda Guerra Mundial, Forsthoff demuestra esto acudiendo al empleo de la expresión “leyes de medidas”⁵⁹. Según este autor, el que tampoco por aquél entonces las normas de la legislación de gobierno fueran reconocidas —ni siquiera de forma inconsciente— propiamente como derecho o como derecho pleno, ponía de relieve que a estas “leyes de medidas” se les contraponían las llamadas “leyes jurídicas” —en la terminología de Forsthoff—, que sobresalían respecto de las demás por el hecho de que sólo a ellas les era inherente “un contenido jurídico sustancial”⁶⁰. Pues bien, en esta dicotomía entre las leyes jurídicas y las leyes de medidas, sigue entrelazándose de forma patente la vieja distinción entre “derecho” y “policía”. Quizá sea la proximidad a la política o su carácter de *instrumentum regni* —esto es, un instrumento del planeamiento político establecido con una orientación finalista— lo que convierte a las normas legislativas, a los ojos de sus críticos, en un engendro de un “modelo jurídico estatalista”⁶¹.

59 E. Forsthoff, *Über Maßnahme-Gesetze*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 221-236 (O. Bachof/M. Drath/O. Gönnerwein/E. Walz, eds., Isar Verlag, Múnich, 1955).

60 K. Ballerstedt, *Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze*, en *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen*, 373 y ss. (Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität Bonn, ed., C. F. Müller, Karlsruhe 1957); K. Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*, 118 (Dunker und Humblot, Berlín, 1963). Crítico a este respecto es K. Zeidler, *Maßnahmegesetz und “klassisches” Gesetz*, 154 (C. F. Müller, Karlsruhe, 1961).

61 Así F. Bydlinski, *Das Privatrecht im Rechtssystem einer “Privatrechtsgesellschaft”*, 5 y ss. (Springer, Viena/Nueva York, 1994). Según Bydlinski, este modelo jurídico, admite “ein rechtstheoretisch [...] vollkommen totalitaristisches Herrschafts- und Staatssystem” (un sistema estatal y de gobierno de teoría jurídica [...] perfectamente totalitario), p. 9. Ver a este respecto la recensión de T. Kreuder, *Die Ethik und das Privatrecht*, 14 *Rechtshistorisches Journal*, 150-155, 151 (1995). Véase también H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch*, 46 y 57 (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991), que distingue, concretamente, entre “función normativa” y “función de gobierno”, pero que establece, al mismo tiempo, ciertas exigencias de corrección interna para cada tipo de legislación, sin las que las leyes no pueden considerarse “una manifestación del derecho”, sino, únicamente, del “poder” (p. 44).

CONCLUSIONES

La legislación codificadora y la legislación de gobierno son diferentes formas básicas de legislación que se desarrollaron a partir de unas raíces históricas completamente diferentes. Dado que ambas formas de legislación cumplen diversas funciones, no pueden quedar sometidas a un modelo ideal uniforme. Los ideales estructurales de la “eternidad” y la “sencillez” son criterios que sólo surgen a partir de la legislación codificadora. Sin embargo, no son criterios que puedan transferirse, sin más, a la legislación de gobierno, ya que ésta sirve a otros propósitos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAUD, A.-J., *Pour une pensée juridique européenne* (PUF, París, 1991).
- ARNDT, A., *Gesetzesrecht und Richterrecht*, en *Gesammelte juristische Schriften. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946–1972*, 1963 (A. Arndt/E.-W. Böckenförde, ed., C. H. Beck, München, 1976).
- ASCHIERI, M., *Eine mittelalterliche Rechtsordnung - für heute?*, 15 *Rechtshistorisches Journal*, 51-65 (1996).
- BALLERSTEDT, K., *Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze*, en *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen*, 373 y ss. (Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität Bonn, ed., C. F. Müller, Karlsruhe, 1957).
- BRAUNEDER, W., *Der soziale und rechtliche Gehalt der österreichischen Policeyordnungen des 16. Jahrhunderts*, 3 *Zeitschrift für historische Forschung*, n.º 1-2, 205-220 (1976).
- BRAUNEDER, W., *Die Policeygesetzgebung in den österreichischen Ländern des 16. Jahrhunderts*, en *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit I*, 299-316 (K. Härter/M. Stolleis, ed., Klostermann, Fráncfort/Main, 1996).
- BUCHDA, G., *Kursächsische Konstitutionen*, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*, columnas 1304-1310 (A. Erler/E. Kaufmann, eds., Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1978).
- BYDLINSKI, F., *Das Privatrecht im Rechtssystem einer "Privatrechtsgesellschaft"*, 5 y ss. (Springer, Viena/Nueva York, 1994).
- T. Mayer-Maly y J. W. Pichler (eds.), *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992* (Bölauf, Viena-Colonia-Weimar, 1991).
- CARONI, P., *Kodifikation*, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II*, columna 918 (A. ERLER y E. KAUFMANN, eds., Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1978).
- DÖLEMAYER, B., *Kodifizierung / Kodifikation*, en *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike, XIV*, 1003-1009 (M. LANDFESTER, ed., J. B. Metzler, Stuttgart-Weimar, 2000).
- DÜRIG, G., *Diskussionsbeitrag*, 32 *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 248 y ss. (1974).
- ESSER, J., *Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute*, en *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz* (H.-J. VOGEL, ed., J. C. B. Mohr, Tübinga, 1977).
- FORSTHOFF, E., *Über Maßnahme-Gesetze*, en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 221-236 (O. BACHOF, M. DRATH, O. GÖNNENWEIN y E. WALZ, eds., Isar Verlag, München, 1955).
- GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale* (Laterza, Roma, 1995).
- HÄRTER, K. y M. STOLLEIS, *Einleitung*, en *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit I*, 11 y ss. (K. HÄRTER y M. STOLLEIS, ed., Klostermann, Fráncfort/Main, 1996).
- HUBER, K., *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*, 118 (Dunker und Humblot, Berlín, 1963).
- KARPEN, U., *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre* (Nomos, Baden-Baden, 1989).
- KÖNIG, M., *Kodifikationsidee*, 14 *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 195-203 (1999).

- KREUDER, T. *Die Ethik und das Privatrecht*, 14 *Rechtshistorisches Journal*, 150-155 (1995).
- KÜBLER, F. *Kodifikation und Demokratie*, 24 *Juristenzeitung*, n.º 20, 645 y ss. (1969).
- *Traumpfade oder Holzwege nach Europa?*, 12 *Rechtshistorisches Journal*, 307 y ss. (1993).
- MOHNHAUPT, H. *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, IV *Ius Commune*, 188-239 (1972).
- MUSSGNUMG, R., *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, en *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 23 y ss. (H. HILL, ed., Dunker & Humblot, Berlín, 1989).
- NOLL, P. *Gesetzgebungslehre* (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973).
- PAWLOWSKI, H.-M., *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991).
- ROTTLEUTHNER, H., *Einführung in die Rechtssoziologie* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987).
- SCHMIDT, K., *Die Zukunft des Kodifikationsidee*, 47 (Heidelberg, 1985).
- SCHMOECKEL, M., *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung. 2000 Jahre Recht in Europa - Ein Überblick* (Böhlau Verlag, Colonia-Weimar-Viena, 2005).
- SCHNEIDER, H., *Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens*, en *Festschrift für Gebhard Müller*, 421 y ss. (T. RITTERSPACH / W. GEIGER, eds., J. C. B. Mohr, Tübinga, 1970).
- SENN, M., *Rechtsgeschichte - ein kulturhistorischer Grundriss* (Schulthess Verlag, Zürich-Basilea-Ginebra, 2003).
- SIMITIS, S. *Für eine europäische Rechtskultur*, 12 *Rechtshistorisches Journal*, 301 y ss. (1993).
- SIMON, T., *Das neue Mietrechtsreformgesetz als Beispiel kodifikatorischer Gesetzgebung. Zu Funktion und Regelungsgehalt legislativer Normen*, 4 *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, n.º 1, 2-9 (2001).
- *Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts*, 7 *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 120 y ss. (2005).
- *“Gute Policie”. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit* (Klostermann, Fráncfort/Main, 2004).
- *Krise oder Wachstum? Erklärungsversuche zum Aufkommen territorialer Gesetzgebung am Ausgang des Mittelalters*, en *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, 1201 y ss. (G. KÖBLER y H. NEHLSSEN, eds., C. H. Beck, Múnich, 1997).
- *Recht und Ordnung in der frühen Neuzeit*, 13 *Rechtshistorisches Journal*, 386 y ss. (1994).
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I* (C. H. Beck, Múnich, 1988).
- WIEACKER, F., *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en *Festschrift für Gustav Boehmer zum 70. Geburtstag*, 34 y ss. (J. ESSER y G. BOEHMER, Ludwig Röhrscheid, Bon, 1954).
- WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.ª ed., Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1967).
- ZEIDLER, K. *Maßnahmegesetz und “klassisches” Gesetz* (C. F. Müller, Karlsruhe, 1961).
- ZUCK, K., *Der totale Rechtsstaat*, 52 *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 21, 1518 y ss. (1999).