

LA CODIFICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL COMMON LAW *

(Estudio comparativo)

La codificación, uno de los métodos de elaboración del derecho, es un fenómeno complejo que se distingue de otros por algo más que sus características formales.¹ En la etapa de creación, así como en el proceso de aplicación, el derecho codificado presenta intrincadas propiedades que varían de un sistema legal a otro. Por lo tanto, aun una sucinta investigación de la codificación no puede limitarse a los aspectos formales. Debe profundizar más e intentar no sólo identificar las causas fundamentales de la elección de este tipo de derecho legislado o promulgado y observarlo en acción en varios sistemas legales, sino que debe también atacar el problema más general del derecho legislado, del cual el derecho codificado no es más que una variante. Esto abre la necesidad de una

* Este estudio originalmente presentado como un trabajo al "Civil Law Colloquium", patrocinado en 1963 por el "Louisiana State Law Institute" y publicado en Yiannopoulos (ed.), *Civil Law in the Modern World* (1965), aparece aquí en una versión más amplia y actualizada. El permiso de la Louisiana State University Press se agradece ampliamente.

¹ Una bibliografía selecta sobre codificación incluiría, entre otras, las siguientes publicaciones: Bentham, *General View of a Complete Code of Laws*, en "3 works of Jeremy Bentham" 193 (1834); también *Nomography*, *ibid.* 231; Carrs, *The Codification of Laws*, 40 *Canadian Bar Times* 14 (1920); Englisch, *Gesetzbuch im Leben der Gegenwart*, en "Hundert Jahre Kohlhammer" 206 (Stuttgart, 1966); Field, *Codes and Codification in General*, 19 *Albany Law Review* 223 (1955); y *De la codificación en la hora actual*, en "Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Enrique A. C. Aztiria" 42 (Buenos Aires, 1966); Ilbert, *Legislative Methods and Forms* (1901), y *Mechanics of Law Making* (1914); Johnson, *The Codification of Common Law*, 17 *Revue du Barreau* 165 (1957); Lang, *Codification in the British Empire and America* (1924); Lawson, *Un jurista del common ante la codificación*, 2 *Inter-American Law Review* 1 (1960); Morrow, *Louisiana Blueprint: Civilian Codification and Legal Method for State and Nation*, 17 *Tulane Law Review* 351 (1943); Pound, *Sources and Forms of Law*, 3 *Jurisprudence* 377 (1962); *Codification*, *idem* 673; Rauchhaupt, *Die Kodifikation als Etappe der Rechtsentwicklung*, 58 *Juristische Wochenschrift* 402 (1929); Riera Aisa, *Codificación*, 4 "Nueva Enciclopedia Jurídica" 237 (1952); Samuels, *The Codification of Law*, 5 *University of Toronto Law Journal* 148 (1943); I Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* 227 (Basel, 1961); Stone, *A Primer on Codification*, 29 *Tulane Law Review* 303 (1955); Vallindas, *Considerations de science législative sur la codification, spécialement en droit privé*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 28 (1956); Wieacker, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en "Festschrift für Boehmer" 34 (1954); Yntema, *The Jurisprudence of Codification*, in "David Dudley Field: Centenary Essays" 251 (1949).

investigación de la relación entre el derecho codificado por una parte y el simple derecho legislado, así como otras fuentes subsidiarias del derecho, por otra, como el derecho de las costumbres, los principios generales del derecho, el orden público o las reglas que emanan de los sistemas religiosos. Solamente mediante tal exploración del derecho codificado encastrado en la totalidad de los diversos sistemas legales se puede determinar la naturaleza y su función.

El estudio está limitado a una discusión sobre la codificación en los tiempos modernos. Permanece, por tanto, más allá de su alcance tratar con codificaciones sorprendentemente avanzadas, logradas en las primeras épocas de la historia del derecho,² tales como el Código de Hammurabi,³ el Código Heteo,⁴ el código incorporado en la Biblia,⁵ las Doce Tablas, el *Corpus Iuris Civilis*, el *Ruskaya Pradva*,⁶ las Siete Partidas,⁷ el Código de Tsar Dushan⁸ y la impresionante cantidad de legislación que se originó con los primeros reyes ingleses.⁹ Una segunda limitación atañe no al período que se discute, sino más bien a los sistemas legales tomados en consideración. Este estudio tendrá que ver principalmente con sistemas legales del tipo del derecho civil (romanístico) y del *common law*, en primer lugar porque estos dos sistemas y aquellos que éstos han influenciado, han desarrollado un particular conocimiento de los problemas involucrados en la codificación y, consecuentemente, ofrecen gran parte del material comparativo utilizable.

² Diamond, *Primitive Law* (1950); y *The Evolution of Law and Order* (1951); Bartolomew, *The Ancient Codes and Modern Science*, 1 *Tasmania University Law Review* 429 (1960); Kocourek & Wigmore (eds.), *Sources of Ancient and Primitive Law* (1915).

³ Driver & Miles, *The Babilonian Laws* (1955).

⁴ Neubold, *The Hittite Laws* (1951).

⁵ Exodus 21: 1-22:17.

⁶ Vernadski, *Medieval Russian Laws* (1947).

⁷ Font Rius, *Código de las Siete Partidas* 4 *Nueva Enciclopedia Jurídica* 313 (1952), con bibliografía.

⁸ Traducción en 28 *Slavonic & East European Review* 198, 516 (Londres, 1950).

⁹ Richardson and Sayles, *Law and Legislation from Aethelbert to Magna Carta* (1966); Attenborough, *The Laws of the Earliest English Kings* (1963); Liebermann, *Gesetze der Angelsachsen* (1903). Para desarrollos posteriores Mehren, *The Judicial Conception of Legislation in Tudor England*, en "Essays in Honor of R. Pound" 751 (1947). Sobre los primeros desarrollos en los Estados Unidos, ver Riesenfeld, *Law Making and Legislative Precedent in American Legal History*, 33 *Minnesota Law Review* 103 (1949); Morris, *Massachusetts and the Common Law: the Declaration of 1646*, 31 *American Historical Review* 443 (1929); Wolford, *The Laws and Liberties of 1648*, 28 *Boston University Law Review* 426 (1948); Haskins, *Codification of the Law in Colonial Massachusetts: A Comparative Study*, 30 *Indiana Law Journal* 1 (1954). Para desarrollos posteriores, ver Wagner, *Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the 19th Century in the United States*, 2 *St. Louis University Law Journal* 335 (1953); Pound, *Codification in Anglo-American Law*, en Schwartz (ed). *The Code Napoleon and the Common Law World* 267 (1956).

¿Qué es la codificación?

El término codificación tiene dos diferentes significados aunque relacionados: uno, denota un método particular de creación del derecho; el otro, frecuentemente incluido en la primera definición, enfatiza los resultados de la elaboración del derecho y sugiere un código. Ambos aspectos están reflejados en las definiciones propuestas por los más prominentes autores. Escogidos al azar en ambos sistemas jurídicos, el *common law* y el derecho civil, estos intentos de definición han de indicar no sólo rasgos considerados por varios autores como esenciales, sino también las mismas dificultades inherentes en los intentos de definir un fenómeno jurídico complejo.

Adhiriéndose íntimamente a la posición del *common law*, Goodrich,¹⁰ siguiendo a Ilbert,¹¹ ha sugerido que la codificación es una “declaración ordenada y autoritaria de las principales reglas de derecho respecto de una materia dada”. Tan simple como suena, la definición no es convincente. Primero, el requisito de “una declaración ordenada y autoritaria” no es suficiente para excluir una conferencia de un instruido profesor, un *obiter dictum*¹² o incluso el llevar un caso.¹³ Tampoco se puede aceptar como característica la limitación de las reglas principales, pues las codificaciones pueden también incluir disposiciones detalladas sin perder la calidad de codificaciones. Finalmente, la referencia a “una materia dada” parece sin sentido, en virtud del hecho de que cada promulgación, incluyendo aquellos que no son códigos, tiene que ver con una u otra materia. Atkinson¹⁴ define los códigos como “colecciones de todo el derecho legislado en vigencia”, adoptando por tanto la posición del *common law* en el sentido de que las codificaciones son meras consolidaciones de la legislación ya promulgada. Además, pide que los códigos sean completos en el sentido de que abarquen todo el derecho en el área respectiva, incluyendo el derecho derivado de la jurisprudencia, la necesidad o vitalidad del cual, en relación al derecho legislado, continúa siendo de actualidad. Finalmente, Atkinson postula que, en atención a su composición y arreglo, los códigos sean sistemáticos y claros y tan uniformes en su aplicación como sea posible, sobreentendiendo, de esta manera, la definición hacia la fase de la administración por los tribunales del derecho legislado.

¹⁰ Goodrich, *Restatement and Codification*, in “David Dudley Field: Centenary Essays” (1914).

¹¹ Ilbert, *Legislative Methods and Forms* (1901), también *The Mechanics of Law Making* (1914).

¹² Reglas legales expresadas en una opinión judicial no directamente instrumentales en la disposición del caso.

¹³ Regla de derecho utilizada para la disposición de un caso.

¹⁴ Atkinson, *Codification of Probate Law*, in “David Dudley Field: Centenary Essays” 177 (1949).

El método y el resultado están incluidos en la definición propuesta por Yntema.¹⁵ Según este autor la codificación es “un esfuerzo para simplificar, sintetizar y sistematizar las leyes del mundo mediante legislación positiva”, trayendo a consideración de este modo el signo de la acción legislativa,¹⁶ pero aún manteniendo, por lo menos de una manera implícita, la función fundamentalmente declaratoria y consolidante. Una definición más articulada fue sugerida por Stone,¹⁷ quien define la codificación como un “método para la formulación del derecho escrito opuesto al derecho no escrito”, sugiriendo de esa manera la tradicional identificación derecho escrito con el derecho codificado. Lo que es más, dicho derecho escrito debe estar “arreglado de acuerdo con algún sistema” y, consecuentemente, “tratado como un simple género y necesariamente por expertos”, agregando así dos nuevos elementos: la autosuficiencia de un código y el papel de los expertos en su elaboración.¹⁸

Una descripción bien balanceada de la codificación fue dada por Dainow¹⁹ quien ve en un código un “documento amplio e integrado que trajo agrupada y simplificada una gran masa de materiales confusos y dispersos... Una codificación consolida y aclara la ley en un determinado momento. Ésta no cristaliza en una forma fija y permanente, pero ofrece realmente un comienzo fresco o una pizarra clara, con la cual continuar el interminable proceso de la evolución del derecho”. Los cambios son, por supuesto, suministrados de cuando en cuando, así, a un código las “cualidades necesarias de flexibilidad y adaptación, así como los requisitos fundamentales de estabilidad y de predicción”.

En general, el ideal americano de codificación parece mejor formulado por Morrow²⁰ quien defiende un “cuerpo de conceptos compactos y sistemáticamente arreglado a la manera de artículos de código, adaptando los intereses humanos en competencia a las ideas humanas del siglo xx en lo que respecta a los fines del orden social y legal... en lenguaje claro y ordinario”. Estos códigos son “en sus respectivos campos...

¹⁵ Yntema, *The Jurisprudence of Codification*, in “David Dudley Field: Centenary Essays” 251 (1949).

¹⁶ Smith, *Statute Law and Common Law*, 2 *Political Science Quarterly* 105 (1887), considera la codificación como un “tránsito de las cortes a la legislatura del desarrollo futuro de nuestro derecho; la eliminación, tanto como se pueda, del judicial como un factor en la elaboración de nuestro derecho”.

¹⁷ Stone, *A Primer on Codification*, 29 *Tulane Law Review* 303 (1955).

¹⁸ Haskins, *Codification of the Law in Colonial Massachusetts: a Study in Comparative Law*, 20 *Indiana Law Journal* 1 (1954), sugiere que “los códigos modernos han tenido como su objeto la simplificación de formas existentes de derecho o la provisión de puntos de partida frescos por el desarrollo jurídico”, agregando que un código moderno está “normalmente asociado con sistemas maduros de derecho y generalmente contiene lo que puede ser llamado un elemento ideal”.

¹⁹ *The Civil Code and the Common Law*, 51 *Northwestern University Law Review* 719, 721 (1957).

²⁰ Morrow, *Louisiana Blueprint: Civilian Codification and Legal Method for State and Nation*, 17 *Tulane Law Review* 351, 556 (1943).

unidades vitales y amplias: sistemáticos, coherentes, consistentes, auto-suficientes, poseyendo solidaridad textual y lógica interdependencia"; como tales, "reemplazan completa e irrevocablemente todo el derecho casuista existente".²¹

Fuera del mundo del *common law* unos cuantos intentos de definición pueden ser escogidos como ilustraciones adicionales. Lobinger²² ve en la codificación un medio moderno de legislación que se distingue por la entereza lograda a través de la inclusión de todo el derecho que gobierna la materia; mediante el arreglo lógico, científico, y al mismo tiempo conveniente; y mediante la "fraseología clara y concisa, evitando la prolijidad así como la ambigüedad". El siempre interesantemente vago, Gény,²³ negando en principio que la legislación sea la principal fuente de derecho, ve en la codificación una "profunda y completa renovación del sistema legal, una especie de congelamiento de todos los elementos", que en sus consecuencias finales resulta en una "inmovilización de la ley y el aturdimiento de cualquier idea nueva". La codificación, continúa Gény, "no es únicamente la transposición del derecho no escrito al derecho escrito... sino más bien su sistematización sobre la base de un plan amplio" para poder "aclarar obscuridades, dudas, inconsistencias, eliminar detalles y repeticiones inútiles, reducir su alcance, popularizar su estudio y facilitar su aplicación". Sin embargo, para Gény la codificación permanece como un "fantasma", mientras que admite que la legislación es un "problema racional", puesto que puede prever "todas las futuras relaciones legales". Similarmente oblicuo parece David,²⁴ quien considera la codificación como una simple compilación más o menos afortunada, "si uno considera una regla legal en cada decisión judicial y al nivel de tal decisión". En su opinión, el propósito romano-germánico de un código es dar a los ciudadanos no reglas aplicables directamente a sus problemas sino más bien reglas más generales ordenadas en un sistema, de donde por un esfuerzo tan sencillo como sea posible, deducirán fácilmente la forma en que sus problemas deberán ser resueltos. Un moderno escritor alemán, Hirsch,²⁵ enfatiza los elementos científicos

²¹ Tomando libertades con el término técnico "experimento", Liewellyn, *The Constitution as an Institution*, 34 *Columbia Law Review* 1, 10 (1934), escribió que "un código... comienza de la necesidad como un experimento... Un código de éxito es un experimento que funciona".

²² Lobinger, *Codification*, in 3 "Encyclopedia of the Social Sciences" 606 (1949).

²³ Gény, *Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law* (tr.) (1963).

²⁴ David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* 94 (Paris, 1964): El positivismo legislativo separado de la justicia y el nacionalismo jurídico son consecuencias de la codificación; sin embargo, la nueva tendencia se dirige hacia el descubrimiento de principios comunes metajurídicos (en un estilo de neociusnaturalismo), aunado con la atención sobre los cambios incesantes e inherentes en el derecho.

²⁵ Hirsch, *Probleme der Kodifikation in Lichte der Heutigen Erfahrungen und Bedingungen*, en "Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung", Hamburgo, 1962, 115 (1962).

así como las fuerzas sistematizadoras involucradas en la codificación, que él ve como vehículos destinados a regular un área definida de la vida en sociedad, de una manera uniforme y exclusiva, reemplazando todas las costumbres previas e inconsistentes, las *mores* y el derecho. Recientemente, algunos autores soviéticos también se han vuelto a las cuestiones relacionadas con la codificación. Kerimov,²⁶ por ejemplo, considera que la codificación es la actividad de los órganos competentes del Estado —no necesariamente los legislativos— intentando una expresión formal y sustantiva de legislación, para poder hacer del derecho un sistema lógico y crear un nuevo acto legislativo unificado que, por sí mismo, reemplace las disposiciones legales previas.

No obstante las considerables diferencias en los factores analíticos y funcionales instadas por varios autores en sus intentos de identificar los principales rasgos de la codificación, se puede afirmar con seguridad que algunos de estos rasgos emergen como generalmente aceptados. Primero, a la codificación se le reconoce el significado de derecho promulgado, esto es, las reglas legales conscientemente formuladas y reducidas a lo escrito, una distinción básica respecto del derecho consuetudinario.²⁷ Segundo, estas reglas son adoptadas e impuestas por la autoridad constitucional competente, en su mayor parte la legislativa, algunas veces la ejecutiva, pero nunca la rama judicial. Como una consecuencia, la noción del derecho codificado excluye no sólo las regulaciones, aunque pueden ser amplias y generales en naturaleza, promulgadas bajo la autoridad del poder judicial elaborador de reglas de procedimiento, sino también el derecho casuista en cualquier forma. Tercero, una codificación contiene reglas generales, abstractas, y por lo tanto excluye las leyes que tengan que ver con las situaciones individuales, los llamados actos privados.²⁸

²⁶ Kerimov, *Kodifikatsia i zakonodatelna Tekhnika*, 35 (1962). Otro autor soviético, Shebanov, *Nekatorie Voprosi Teorii Normativnikh Aktov u Sviazi s Sistematizatsiei Sovietskogo Zakonodatelstva*, (7) "Sovietskoie Gosudarstvo i Pravo" 140 (1960), distingue entre consolidación (*inkorporatsia*) y codificación, esta última definida como "una forma de sistematización por la cual el legislador partiendo de los principios generales de un sistema jurídico dado intenta dar en un acto una exposición unificada, ordenado e intrínsecamente coherente de reglas jurídicas, lo más completo posible que regule una área definitiva de las relaciones sociales". Una colección de estudios sobre la historia de la codificación generalmente, así como en codificación en áreas particulares del derecho soviético, está disponible en Akademija Nauk S.S.S.R. (ed.), *Voprosi Kodifikatsii* (Mosú, 1957).

²⁷ Sobre la codificación del derecho de las costumbres en Francia, Dawson, *Codification of the French Customs*, 38 Michigan Law Review 765 (1940). Para ejemplos alemanes, *Sachsenspiegel* (1200), *Spiegel Deutscher Leute* (1200), el último sustituido por el *Schwabenspiegel* (1259), *A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, 318, 320 (1912); *La Redaction de Coutumes dans le Passé et dans le Present travaux du Colloque...* Bruxelles (1962).

²⁸ Actos legislativos que involucran una persona expresamente identificada, por ejemplo (originalmente) decretos de divorcio.

Finalmente, una codificación se relaciona con la regulación de grandes áreas de la vida en sociedad, por ejemplo, el derecho privado, el comercial, el penal, el aéreo o del trabajo; debe ser amplio en su alcance y sistemáticamente arreglado.

Desde aquí ambos sistemas legales discutidos, toman su propio camino. Empezando el examen con las jurisdicciones del *common law*, uno puede observar que en estas áreas los términos codificación, derecho codificado y códigos frecuentemente significan derecho legislado o el llamado derecho escrito, distinguiéndose del derecho no escrito que incluye no sólo las costumbres sino también la jurisprudencia (derecho casuista). Este término, codificación, se usa para designar varios tipos de derecho: puede designar simples compilaciones o consolidaciones, debidamente arregladas, de derecho legislado en vigencia. Un ejemplo son las promulgaciones sistematizadas del Congreso Nacional de los Estados Unidos, llamadas Código de los Estados Unidos,²⁹ o compilaciones paralelas de regulaciones administrativas, el Código de Regulaciones Federales.³⁰ En varios de los Estados de la Unión el término código se aplica a la colección sistemática de las promulgaciones estatales, periódicamente revisadas.³¹ Finalmente, el término puede significar la legislación de las ampliamente definidas áreas del derecho, que fluctúan entre promulgaciones tales como las leyes uniformes estatales, entre ellas el *Uniform Commercial Code*³² y los resultados de los esfuerzos de los hombres como Livingston³³

²⁹ Zim, *Codification of the Laws*, 45 *Law Library Journal* 2 (1952); también *Revision of the U.S. Code*, 51 *Law Library Journal* 388 (1958).

³⁰ Kennedy, *The Code of Federal Regulation and the United States Statutes at Large*, 44 *Law Library Journal* 1 (1951).

³¹ Mallonice, *Revised Statutes and Codes*, 48 *American Law Review* 37 (1914).

³² Gilmore, *On the Difficulties of Codifying Commercial Law*, 57 *Yale Law Journal* 1341 (1948); Schanader, *A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code*, 22 *University of Miami Law Review* 1 (1967); Farnsworth, *Le Droit Commercial aux Etats Unis d'Amérique*, 14 *Revue Internationale de Droit Comparé* 309 (1962); Malcolm, *The Uniform Commercial Code in the United States*, 12 *International & Comparative Law Quarterly* 226 (1963); también Schlesinger, *The Uniform Commercial Code in the Light of Comparative Law*, 1 *Inter-American Law Review* 11 (1959); y Patterson, *The Codification of Commercial Law in the Light of Jurisprudence*, en "Report of the New York Law Commission" (Nº 65 A) 11 (1955). Cfr. Santa-Pinter, *Objetivos del "Uniform Commercial Code"*, 35 *Revista de Derecho Mercantil* 323 (Madrid, 1963).

³³ Livingston, *A System of Penal Law* (1833); *Exposé d'un Système de Législation Criminelle pour l'Etat de la Louisiana et pour les Etats-Unis d'Amérique* (2 v., Paris, 1872); Hunt, *Life of Edward Livingston* (1846); Franklin, *Concerning the Historic Importance of Edward Livingston Code*, 19 *Journal of Criminal Law & Criminology* 344 (1928); Vela, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, 5 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala* 160 (1943); Wilkenson, *Edward Livingston and the Penal Codes*, 1 *Texas Law Review* 25 (1923); también Cohen, *Criminal Law Legislation and Legal Scholarship*, 16 *Journal of Legal Education* 253, 256 (1964). Hatcher, *Edward Livingston* (1940).

y, particularmente Field³⁴ con sus códigos civil y procesal, aún en vigencia en unos cuantos Estados de la Unión.³⁵

Los códigos en los Estados Unidos comparten en general, el destino de todo el derecho legislado: deben enfrentarse al *common law*, un derecho omnipresente y una red completa de derecho que emana fundamentalmente del derecho casuista (*precedents*). Consecuentemente, cada promulgación tiene que aceptar en un menor, o mayor grado, la regla de que el derecho promulgado en general, y el derecho codificado en particular, no reemplazan el *common law* preexistente como sí lo hacen con el derecho promulgado preexistente. Por lo mismo el derecho legislado será interpretado a la luz del *common law* y podrá fundirse con él, particularmente desde que el derecho legislado y aún el derecho codificado, es considerado como relacionado sólo con problemas especiales (agravios) y, por tanto, por su sola naturaleza no proclama principios generales que se encontrarían en el *common law*. En un periodo posterior de este tratado los efectos funcionales de este dualismo serán más ampliamente explorados.

En las jurisdicciones del derecho civil los términos codificación y códigos tienen un significado bien definido. Esto será mejor entendido recordando que en estas jurisdicciones el derecho emana fundamentalmente de la legislación, mientras que otras fuentes como son las costumbres, los principios generales de derecho o la justicia, y el derecho natural, son consideradas suplementarias y se hacen operantes sólo en tanto que la ley se refiera a ellas expresamente, o sean aceptadas, en varios grados, por el uso común, como las opiniones judiciales, o los escritos doctrinales.³⁶ En contraste las jurisdicciones del *common law*, no requieren de ninguna referencia especial al *common law*, como una potencialmente codeterminante fuente de derecho. Simplemente está ahí, más amplia en su alcance y más permanente que cualquier estatuto. Esta actitud tradicional parece ser tan fuerte que podría lograr que una

³⁴ Reppy, *The Field Codification Concept*, en "David Dudley Field: Centenary Essays" 17 (1949).

³⁵ Entre los proyectos de código estaba su Código de procedimientos civiles, adoptado en una serie de Estados, empezando con Nueva York en 1848. Esta moderna promulgación produjo un nuevo término, a saber, "code pleading" (procedimientos civiles conforme a este código), que se diferencia de las reglas tradicionales del procedimiento 5 del *Common Law*. Cfr. Hepburn, *The Historical Development of Code Pleading* (1897); también *The Historical Development of Code Pleading in America and England*, 2 *Select Essays in Anglo-American Legal History* 670 (1908); Clark, *Handbook of the Law of Code Pleading* 21 (1947); Millar, *The Old Regime and the New Civil Procedure*, 14 *New York University Law Quarterly Review* 1 (1936); Blume, *Adoption in California of the Field Code of Civil Procedures a Chapter in American Legal History*, 17 *Hastings Law Journal* 701 (1966); Haskins, *The First American Reform of Civil Procedure*, en Pound (ed.), *Perspectives of Law* 173 (1964).

³⁶ Pound, *Sources and Forms of Law*, 22 *Notre Dame Lawyer* 71 (1946); y *Hierarchy and Norms in Different Systems of Law*, 7 *Tulane Law Review* 475 (1933).

provisión estatuida que prohibiera el uso colateral del *common law* fuese prácticamente impensable.

La bien establecida primacía del derecho legislado deja a los creadores del derecho en los países de derecho civil con la alternativa de escoger entre legislar por medio de simples promulgaciones o por medio de códigos. Esta elección de alternativas, sin embargo, no es una simple cuestión de semántica. Al contrario, el adoptar una alternativa sobre la otra requiere una condescendencia con los bien definidos requisitos y lleva consigo consecuencias sustanciales muy significativas. Para estar habilitada para la codificación, el área a codificar debe ser coherente, uniforme y significativa como un autocontenido segmento socioeconómico de la vida en sociedad, como la familia, el trabajo, la aviación, el crimen. Además, tal área debe estar dotada de principios legales generales propios.³⁷ Ambos requisitos satisfarán el requisito decisivo, el de autonomía. Esto fue discutido repetida y violentamente. La discusión de la autonomía o no del derecho mercantil³⁸ aún continúa con los tradicionalistas que persisten en que el derecho mercantil llena los requisitos ahora, como lo hizo en una sociedad con comercio y mercaderes como un fenómeno socioeconómico distinto, mientras que los modernistas apuntan hacia la "comercialización" de los códigos civiles a través de la absorción de los avances vitales del derecho comercial en dichos códigos, como en Suiza o Italia. Similarmente instructiva es la discusión de la autonomía del derecho aéreo³⁹ en que los oponentes señalan que el derecho aéreo no es más que el derecho marítimo transportado al aire, mientras que los proponentes, con igual vigor insisten en que hay diferencias fundamentales.

El resultado logrado lleva consigo consecuencias significativas, en virtud de que en las jurisdicciones del derecho civil prevalece una jerarquía elaborada de fuentes de derecho, siendo los códigos más aceptables que la legislación no codificada. Esta preferencia da al derecho codificado la función no sólo de proporcionar principios generales de derecho, sino también de llenar las lagunas que han quedado en los códigos particulares, o en simples promulgaciones, sujetos a un bien arreglado orden de precedencia. Como un ejemplo, la clasificación de los códigos comerciales puede ser citada. En México, v. gr., el derecho común representado por el código civil (en este caso federal) se aplicará como una fuente subsidiaria (artículo 2º Código de Comercio). En el Código de Comercio

³⁷ Para crítica, ver Kotz, *Bookreview*, 31 *Rebels Z.* 728 (1967).

³⁸ Simitis, *Observaciones críticas acerca de la "autonomía" del Derecho Mercantil*, 18 (52) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* 45 (1965); I Satanowsky, *Estudios de Derecho Comercial* 188 (Buenos Aires, 1950).

³⁹ Bassi (et. al.), *Autonomía del Derecho Aeronáutico*, en "Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico", 1960, 387 (Buenos Aires, 1962); Fernández Jirado, *Autonomía del Derecho Aéreo* (189), *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 71 (1966).

de Costa Rica de 1964⁴⁰ el Código Civil antepone usos y costumbres así como principios generales de derecho (artículo 2º). Y en la aviación, el Código aéreo argentino reciente⁴¹ (1967) ha dado precedencia a los principios generales del derecho aéreo, seguido por usos y costumbres de la aviación, y finalmente los principios del derecho común, esto es, del código civil.

Es verdaderamente interesante notar que la idea tradicional de tal jerarquía aún perdura en Louisiana. En el caso *Shelp National Surety Corporation*⁴² la Corte escribió que en Louisiana, como en todas las jurisdicciones de derecho civil, el código civil es más que un acto legislativo ordinario. El código, doctrinalmente, constituye todo el cuerpo del derecho privado. Una ley, por otra parte, es corto en alcance, estrecho en su objetivo y, a menos que sea un pequeño código, como el *Louisiana Trust Code*, se pretende que tenga que ver con un agravio determinado o con una necesidad específica. La relación entre un código y una ley en el campo del derecho privado puede ser explicada por analogía con la relación entre el derecho común y una ley derogando al *common law*. Geny y otros escritores sobresalientes han escrito con conocimiento sobre la materia. Citamos una autoridad de menor renombre, pero altamente respetada académicamente en Louisiana, George Dryfous. . . "Si el código fuera a ser interpretado como un estatuto ordinario, la ley de 1828 (derogando todas las leyes civiles en vigencia antes de la promulgación del código de 1828) habría creado la anarquía, pues es manifiestamente imposible reducir todas las leyes de una sociedad compleja en un solo volumen de menos de la mitad del tamaño de la ley de 1849. La sola naturaleza del código requiere que las analogías sean tomadas de sus provisiones expresas en la decisión de casos, para lo que no se puede encontrar una regla exacta en el código". Para hacer un paralelo a la máxima famosa de Marshall, nunca debemos olvidar que es un código lo que estamos exponiendo.

Finalmente, en las jurisdicciones del derecho civil la redacción de los códigos como distinguidos de las simples leyes es, generalmente, sustraída a los organismos políticamente controlados y confiada a los expertos, esto es, a los académicos del derecho. Como una consecuencia, las codificaciones del tipo civil tienen frecuentemente características descritas en otro estudio:⁴³ "Por una parte, los códigos impresionan por sus cualidades

⁴⁰ Código de Comercio (alcance Nº 27 a la Gaceta Nº 111, 27 de mayo de 1964).

⁴¹ Código Aeronáutico, Ley 17, 285 (17 de mayo de 1967).

⁴² 333 F. 2d 431 (1964), cert. denied 379 U.S. 945 (1964). En el caso *Hanks v. Gulf States Utilities Company* (210 So. 2d 345, La., 1968), al discurrir sobre la extinción de una servidumbre (art. 789 *Louisiana Civil Code*), el tribunal, además de consultar el Derecho Romano, a Domat y a Planiol y Ripert, también revisó los códigos civiles de Bélgica, México, Italia y hasta Etiopía como "la más reciente revisión de códigos".

⁴³ Bayitch, *El Código Aeronáutico de Paraguay: Estudio Comparativo*, 3 Inter-

casi literarias, su erudito diseño, sus generalizaciones llenas de suficiencia y, en muchos casos, por su virtuosismo en detalles dogmáticos. Por otra, una actitud remota y autoritaria con respecto a los problemas reales impregnada de un todo didáctico, con frecuencia hace a tales códigos escarpatos del saber, más que instrumentos puestos a disposición de los gobiernos para resolver problemas cotidianos.”

¿Por qué la codificación?

Antes de proceder a identificar las fuerzas que sostienen la legislación en general y la codificación en particular, un breve examen de las alternativas existentes puede ser ilustrativo. En términos generales, las siguientes alternativas existen para tener un sistema legal en cooperación: (i) el derecho que emana de procesos inconscientes como las costumbres o las enseñanzas religiosas; (ii) el derecho que se desenvuelve mediante las decisiones de caso por caso de las autoridades encargadas de dirimir las controversias de la sociedad, principalmente las cortes que crean, como un residuo de sus soluciones de conflictos individuales, también reglas generalmente obligatorias; (iii) a través de acciones conscientes de elaboración del derecho (legislación).

En considerando la codificación, el primer método (i) es de un significado subordinado ya que entra al cuadro sólo donde, por una u otra razón, el derecho legislado o codificado requieren que su aplicación o sus principios básicos aparezcan como política pública. Sin embargo, la segunda alternativa es muy significativa en una discusión que incluya una comparación entre el derecho civil y el *common law*. Mientras que en los países de derecho civil el efecto vinculatorio del derecho casuista fue siempre débil,⁴⁴ en el *common law*, particularmente en sus primeros estadios, fue considerado como la fuente primaria, mientras que la ley promulgada se sentía como un intruso mal recibido, especialmente en las áreas del derecho privado (contratos, delitos, propiedad, familia, sucesiones). Así, el derecho privado fue durante mucho tiempo preservado de la política, permaneció conservador y una materia litigada y decidida entre ciudadanos privados fundamentalmente, con la cooperación de jueces legos, esto es, jurados. Estos factores, sin embargo, contenían la semilla de dudas y, finalmente, resultó en virajes significativos. No sólo se observó que los conflictos son puestos a la vista de las cortes

American Law Review 260 (1961). De igual forma, Kozolchik, *Law and Social Change in Latin America: The Alliance for Progress*, 44 *Hispanic American Historical Review* 491 (1964): “Una de las lecciones de casi dos siglos de codificación es que la efectividad de un sistema legal no es para ser medida únicamente por la cohesión lógica de sus disposiciones, o por el altísimo vuelo de abstracciones de sus principales postulados, sino quizá también preponderantemente, por su habilidad para incorporar las aspiraciones básicas de sus pueblos a instituciones viables.”

⁴⁴ Para bibliografía, ver Bayitch, *Ensayo bibliográfico sobre el Derecho Común y los sistemas romanistas*, 4 *Inter-American Law Review* 381, 394 (1962).

por la iniciativa dirigida al interés privado de las partes, que permanecen muy interesados por la presentación de circunstancias fácticas del caso, dominado exclusivamente por las partes y sujeto a sus disposiciones procedimentales sobre las cuales la corte no tiene control excepto en procedimientos inquisitivos. Finalmente, los terceros afectados potencialmente no están representados aunque sean muchos y su interés directamente afectado por el precedente a asentar.⁴⁵

Éstas, y algunas consideraciones prácticas similares han contribuido a un reciente debilitamiento considerable de la preeminencia del derecho elaborado por el juez. Más aún, los cambios políticos introducidos por la entrada del hombre común al proceso legislativo confiado a cuerpos representativos, organizados y animados por partidos políticos, recuperaron poderes legislativos para ellos mismos, favoreciendo a los jurados pero sujetando a los jueces a la ley legislativa. Con el debilitamiento del derecho creado por el juez y con el aumento dramático de la ley promulgada, como un producto de las instituciones democráticas y la aceptación del Estado de bienestar, el duelo entre el derecho causista y el derecho legislado está perfectamente bien decidido.⁴⁶

A un grado considerable, el viraje del derecho creado por el juez al derecho legislado, particularmente a las codificaciones, se debe también a la filosofía racionalista que considera las reglas legales como naturales o razonables dentro del alcance de la mente humana para identificar o formularlas. En un periodo en que pareció no haber limitaciones sobre la mente humana y sus poderes penetrantes, unidos con un no entendimiento de lo inconsciente, irrazonables o inerte, el ideal del derecho elaborado por el hombre en la forma de sistemas de reglas evidentes y razonables fue aceptado. La escuela histórica, por supuesto desanimó esta euforia sólo para ser cambiada, bajo la ola de los cuerpos legislativos dominados por partidos, por compromisos pragmáticos entre los hechos de la vida, las doctrinas políticas y las conveniencias. Ya fuera que tal especie de elaboración del derecho, debiera o no ser controlada por los representantes de la razón o de la ciencia, si se quiere, es otra cuestión que debe ser tratada posteriormente.

También hay autores que consideran la codificación como una de las

⁴⁵ "Es el sano instinto de la comunidad el que se opone al establecimiento de las cuestiones del más alto interés social en el litigio privado entre John Doe y Ricard Roe... La creación judicial del derecho debido a una carencia de medios para allegarse a la situación real opera injustamente e inequitativamente en una organización social compleja", Pound, *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard Law Review* 383, 404 (1908).

⁴⁶ "Viajamos a lo largo de una distancia considerable en el camino que nos ha conducido de lo que se concebía esencialmente como un sistema de *common law*, un tanto roído por estatutos, a lo que hemos venido pensando esencialmente como un sistema legislado en el que los pocos del *common law* que aún se conservan, son, sin duda, destinados a ser absorbidos gradualmente", Gilmore, *On Statutory Obsolescence*, 39 *University of Colorado Law Review* 461 (1962). Una visión moderna en Landis, *Statutes and the Sources of Law*, 2 *Harvard Journal on Legislation* 7 (1965).

etapas típicas en el ciclo del desarrollo del derecho. Según esta opinión, es la última etapa, la etapa de un sistema legal maduro, cuando se hace incapaz de producir algo nuevo, de ver hacia adelante a nuevos horizontes y tratar, en vano por cierto, de perpetuarse en el esplendor monumental de un código. Por supuesto que es fácil admitir que una codificación presupone un sistema legal desarrollado y estabilizado, así como una ciencia legal creativa. Sin embargo, es bien sabido que en muchas instancias, los códigos fueron introducidos en una primera etapa de desarrollo jurídico. En todo caso, esta explicación descansa fundamentalmente en la periodización de la historia legal, que, siendo ampliamente discrecional, difícilmente puede sostener la tesis.

Antes de comparar actitudes y experiencias con la codificación en el *common law* y en las jurisdicciones del derecho civil, se puede señalar que hay una aceptación general de la codificación como un medio de orden, particularmente donde una masa compleja y difícilmente manejable de reglas que derivan de varias fuentes y tiempos dificultan el definir qué reglas están realmente en vigencia. Mencionando sólo unas cuantas tomadas al azar de las áreas de ambos sistemas legales, la lista puede empezar con César⁴⁷ quien planeó consolidar el derecho romano, una tarea completada sólo por Justiniano. Un hombre desconocido que se preocupó por el Estado del derecho inglés mencionado en el *Diario de S. Pepphys*⁴⁸ y sugiriendo una idea repetida por Bacon⁴⁹ y magistralmente desarrollada por Bentham,⁵⁰ la Revolución Francesa en sus demandas;⁵¹ y América Latina en su lucha por la liberación quejándose del estado lamentable del derecho español.⁵²

⁴⁷ "Jus civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros", Suetonius. *De Vita Caesarum*, I, 44.

⁴⁸ *Diary*, v. 2, 250 (London, 1953), apuntó en abril 25 de 1966, acerca de las Leyes de Inglaterra, "su obscuridad porque a través de una extensa multitud de largas leyes, de las cuales (un cierto Señor Prin) debe obtener un resumen de todas de la misma clase, y durante su vida y el término del parlamento, lograr que ellos pasen esas leyes, y las otras legislaciones sean revocadas, y entonces será fácil conocer la ley, lo cual parece ser cosa muy notable".

⁴⁹ "No me atrevo a aconsejar el vaciar el derecho en un nuevo molde. El trabajo que yo propongo tiende a podar e injertar el derecho, y no ararlo y plantarlo otra vez; ya que sostendría que tal cambio implicaría una innovación peligrosa", *A Proposition to His Majesty... Touching the Compiling and Amendment of the Laws of England (Law Tracts, 1737)*, en 2 "The Works" 540 (1778).

⁵⁰ Judson, *A Modern View of the Law Reforms by Jeremy Bentham*, 10 *Columbia Law Review* 41 (1910).

⁵¹ La nobleza demandaba en sus *doléances* "Une code de législation civile et criminelle n'est pas moins indispensable á la nation, ses lois civiles et pénales ne sont qu'un chaos informe d'ordonnances et de réglemens, sans ordre, sans suite et sans connexité", Roberts (ed.), *French Revolutionary Documents* 59 (1966). La constitución de 1791 disponía en su artículo I: "Il será fait un code de lois civiles communes á tout le Royaume". Cfr. Sagnac, *La Législation Civile de la Révolution Française, 1789-1804: Essay d'Histoire Sociale* (Paris, 1898).

⁵² Decreto de Santa Cruz (1836): II. Que el Estado Sud-Peruano no está ni

Empezando ahora la discusión de las actitudes generales referentes a la codificación con las jurisdicciones del derecho civil, se debe recordar que el Derecho Romano, aunque en sí es sólo parcialmente legislado, fue adaptado en Europa a través del singular proceso histórico de la Recepción⁵³ en forma de una aceptación del sistematizado *Corpus Juris Civilis*. Esta compleja legislación ha sido, antes de lograr la posición de derecho vigente en gran parte de Europa Occidental, estudiado por siglos como una proposición abstracta en las universidades, en función de análisis doctrinales dogmáticos, sin ninguna relación al derecho que realmente se encuentra vigente. Por siglos, los principios generales han sido explorados, desarrollados y discutidos desde esta *ratio scripta* por doctrinarios fascinados por la unidad monumental del derecho romano y, al mismo tiempo, escapado del estado lamentable del actual derecho que los rodea. Algunos siglos más tarde el *Corpus Juris Civilis* empezó a cambiar, gradualmente y desde arriba (altos tribunales, universidades) hasta ser primeramente subsidiario y finalmente el dominante derecho en vigencia. Alcanzó este nivel en la forma en la cual ha sido organizado y estilizado en la compilación justiniana y subsecuentemente reelaborada en teoría, y gradualmente ajustado a Europa. Este desarrollo modeló no sólo la forma de pensar y enseñar, sino también la forma de legislar. Desde el amplio, sistemático y abstracto cuerpo de ciencia jurídica practicada como *usus modernus pandectarum*, sólo un corto paso fue necesario para alcanzar las codificaciones civiles modernas. Se puede agregar que no hubo oposición de las cortes que cuidaban celosamente sus prerrogativas de elaboración del derecho, tampoco hubo un cuerpo de derecho consuetudinario o tradicional que pudiera desafiar los actualizados logros de Roma. La tendencia racionalista predominante solamente ayudó a abrir el flujo de las grandes codificaciones europeas empezando con la última parte del siglo XVIII.

En el mundo del *common law* las posturas con respecto al derecho en sus diversas manifestaciones, incluyendo la legislación y la codificación, se desarrollaron de diferentes maneras. Fueron moldeadas no por manos de doctrinarios sino a través de los instrumentos de los artesanos⁵⁴ jurídicos, miembros de la barra y de las cortes. No sólo se sintieron más cerca de su propio trabajo en formas utilizadas en su prácticas y opiniones de sus colegas profesionales; también sintieron que la ley así expresada es más fácil de manejar debido al "nivel más bajo de abstracción". La

puede estar convenientemente regido por las leyes españolas, esparcidas en diferentes volúmenes, contradichas por la práctica de los tribunales y confundida por la glosa de los comentadores.

⁵³ Koschaker, *Europa y el Derecho Romano* 217 (1955).

⁵⁴ Stone, *The Common Law in the United States*, 50 *Harvard Law Review* 4 (1936) escribe que el "origen (del *Common Law*) es la ley de los practicantes, más que de los filósofos".

situación fue más tarde complicada por el singular antagonismo^{54a} inglés entre el poder judicial, el parlamento y, en muchos casos, el rey, desplegado el poder judicial una fuerte actitud posesiva en materia de derecho privado en contra de la elaboración parlamentaria del derecho, considerada como invasión de las prerrogativas excusivas de las cortes para crear el derecho. Combinado con cierta reluctancia de los anglosajones para el pensar abstracto y especulativo, pero favorable al enfoque realista⁵⁵ intenta extender al alcance del derecho legislado generalmente y codificar, al menos, el derecho vigente en una forma razonable, se encontró fuertes objeciones que aún ahora no han sido superadas completamente.

Mientras en Europa el gran debate entre Savigny⁵⁶ y Thibaut⁵⁷ había girado en torno a la oportunidad⁵⁸ de la codificación, más que a su conveniencia o descabildad en principio, en los Estados Unidos la cuestión involucró todas las partes del proceso de elaboración del derecho, particularmente las interrelaciones entre el derecho casuista y legislado, incluyendo el derecho codificado.

El principal oponente a la codificación fue Carter.⁵⁹ Él da las siguien-

^{54-a} Aún hoy en día la mayor parte de legislación norteamericana es redactada en una forma torpe, casuística y en exceso cautelosa como si aún estuviera dirigida a un poder judicial hostil, o al menos, incooperativo.

⁵⁵ Expresado por Lepaulle, *Reflections on the Sources of the Law*, en Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* 87, 96 (1962) que "el hombre promedio se siente intranquilo en las puras abstracciones, pero le gusta avanzar por eliminación a través de los casos concretos, por analogía más que por deducción".

⁵⁶ Savigny, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence* (tr. 1931); Boulanger, *Sur une Controverse Allemande Suscitée par la Codification Napoléonienne*, 29 *Tulane Law Review* 180 (1955).

⁵⁷ Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814).

⁵⁸ Ver nota 69.

⁵⁹ Carter, *The Proposed Codification of Our Common Law, A Paper...* (1884), apunta que la "infinita variedad de las condiciones" previene el rodaje de "las dicta apresuradas de un codificador con esa autoridad que hasta aquí ha sido acordada solamente a la sabiduría colegiada de un tribunal de última instancia", particularmente desde que las cortes "establecieron reglas sólo provisionalmente", pero "sobre hechos conocidos previos a ellos", consecuentemente "el derecho en relación a los casos futuros y desconocidos es y debe ser desconocido; y si no es así, y no pueden ser conocidos, no puede ser codificado". En *The Province of the Written and Unwritten Law*, 24 *American Law Review* 1, al 10 (1890), escribe que el derecho codificado será efectivo "precisamente en proporción tal como nuestro mundo imaginario corresponderá con el real según se revele el futuro, a sí mismo". Cfr. también su artículo *The Ideal and the Actual in the Law*, *ibid.* 752. En su libro *Law: Its Origin, Growth and Function* (1907), otra vez niega la posibilidad de proveer inteligentemente para los casos imprevistos que inevitablemente resulta en la introducción en el derecho de una gran masa de errores. La posición de Carter se hace, sin embargo, contradictoria cuando trata de reconciliar la discurrida inhabilidad para preveer para los propósitos de legislación, con la función judicial de creación del derecho. En su *The Proposed Codification of Our Common Law: a Paper* (1884), escribe que "ningún juez inteligente ha manifestado conocer la ley aplicable a los casos futuros e inciertos. Es una cosa que está más allá del alcance de las facultades humanas... Ello no

tes razones para su posición: 1) la codificación introduce “una gran masa de error”; y 2) causa un “gran aumento de incertidumbre en la administración del derecho”, así como 3) “cambios frecuentes, agudos y mal concebidos”; 4) la substitución en el litigio judicial de “controversias concernientes a palabras en lugar de controversias concernientes a principios”; 5) “la interrupción del autodesarrollo del derecho privado, sus verdaderos métodos de crecimiento”, especialmente a través del derecho creado por el juez; 6) la pérdida de un “mejoramiento del derecho formulado por escritos de juristas privados”; y 7) el abandono de la esperanza de unificar el derecho para todos los países de habla inglesa. Carter también agregó el argumento de que “la variedad infinita de las condiciones” evita el ropaje de la “*dicta* apresurada de un codificador con aquella autoridad que hasta ahora ha sido acordada solamente a la sabiduría colegiada de un tribunal de última instancia”; consecuentemente, el derecho “con respecto a casos desconocidos y futuros es y debe ser desconocido; y si no fuere, ni puede ser conocido, no puede ser codificado”, haciendo así de la codificación un “mero salto en la obscuridad”.⁶⁰

Sin valorar todos estos puntos, uno de ellos, el mencionado en último término propuesto ya por Story⁶¹ y repetido recientemente por Frank⁶²

obstante, el juez debe decidir el caso, y lo hace mediante el ejercicio de esa capacidad para hacer una decisión justa en un caso nuevo, que sus estudios y entrenamiento han creado en él... (y en tal empresa crea el derecho) “donde nada existía antes, y esa es su legislación”.

⁶⁰ Muchos de estos argumentos han sido recientemente repetidos por Hahlo, *Here Lies the Common Law: Rest in Peace*, 30 *Modern Law Review* 241 (1967), con algunos agregados, el “precio pesado” pagadero por la pérdida de “los mejores cerebros jurídicos” por veinte o treinta años durante cuyo periodo serán mantenidos ocupados con la codificación, la odiosa tarea de reaprender el nuevo derecho codificado que es un “sistema enteramente nuevo”, una tarea particularmente difícil en “los miembros más viejos de la profesión”; Hahlo destaca particularmente el “prolongado periodo de incertidumbre jurídica en aumento”, siguiendo una codificación, agregando que, “para cada cabeza de controversia que ha sido cortada, surgirán, como una hidra, una o más cabezas nuevas. Y será décadas después, posteriormente a que el código haya sido cubierto con una gruesa incrustación de derecho del caso, que la vieja medida de certeza jurídica (o incertidumbre) será restaurada”.

Los opositores de la codificación también dividen el derecho en dos clases: una, codificable, la otra no. En este sentido, Carter en su libro *Law: Its Origin, Growth and Function* (1907), considera generalmente el derecho público como una área adecuada de legislación, mientras que el derecho privado es “en general, irreducible a la escritura”. En su anterior ensayo, *The Proposed Codification of our Common Law* (1884), sostuvo que el derecho penal, así como “todas las reglas procedimentales pueden ser reguladas por reglas escritas enmarcadas de antemano”, pero no los contratos, *torts* (delictos), ventas, corporaciones, letras y pagarés, embarque, seguros, marítimo, empleo, portadores, familia, propiedad, etcétera, todos ellos siendo “la provincia del derecho no escrito”.

⁶¹ “Es obviamente imposible hacer un código positivo... a menos que el Legislador pueda prever todas las combinaciones posibles y probables de circunstancias aplicables a cada materia en esa etapa. Tal grado de sabiduría y previsión no pertenece a todos los seres humanos”, Story, *loc. cit.* en 706 (1821).

⁶² Frank, *Courts on Trial* (1950): “Este plan (codificar el derecho) nunca ha

tiene especial fascinación. De hecho, postula la previsibilidad de patrones de conflicto como un prerequisite para la legislación; o en otras palabras, sólo fenómenos empíricamente observables pueden llegar a ser objeto de legislación.⁶³ Sin embargo esta posición es difícil de entender ya que las reglas del derecho están generalmente basadas en experiencias pasadas vistas y valoradas en el presente, para aplicarse en el futuro. Tal traslado del pasado al futuro es rara vez dramático, aun en las situaciones revolucionarias. Usualmente, las situaciones nuevas son “absorbidas por inserción en la red del derecho existente. Yendo más allá del límite de esa capacidad de absorción están aquellas instancias donde nuevos problemas surgen tan inesperadamente que ningún periodo de ajuste está disponible para amortiguar el impacto. Los sistemas legales a que se presente la difícil tarea de regular nuevos proyectos técnicos, sociales o económicos, se esforzarán en preservar la continuidad. Ajustarán más que innovar, un mayor o menor éxito, según su flexibilidad. Sólo fuertes presiones pueden producir nuevas ideas jurídicas. Aunque tales soluciones sean guiadas por caminos bien trillados, aún serán atravesadas por largas sombras del pasado distante”.⁶⁴

Una posición intermedia, defendiendo un trabajo prudente por etapas con una considerada deferencia al poder judicial ha sido adoptada por Story.⁶⁵ Favorece “una recopilación gradual, bajo la autoridad legislativa de aquellos puntos de nuestra jurisprudencia que, bajo la horma de nuestra judicatura, adquirirá de cuando en cuando precisión científica”. Oponiéndose a las “extravagancias teóricas de algunos juristas filósofos que creen que todos los intereses humanos para el futuro pueden ser satisfechos en un código, hablando un lenguaje definitivo”, él permitiría la co-

tenido éxito. Ninguna codificación puede anticipar cada uno de los posibles grupos de acontecimientos. Más aún, cuando las condiciones sociales cambian y las actitudes sociales se alteran, muchas porciones de cualquier código actúan como una camisa de fuerza intolerable.”

Sobre el mismo problema, recientemente Gilmore, *On Statutory Obsolescence*, 39 *University of Colorado Law Review* 461, 467 (1967): “Es un hecho infeliz de la vida que mientras podemos conocer el pasado tan sólo imperfectamente, no conocemos nada del futuro. Nuestras adivinanzas mejor informadas acerca de lo que va a ocurrir tienen el incómodo hábito de perder la marca completamente. Estas perogrulladas pudieran parecer como que hacen muy particularmente infeliz la suerte de los dibujantes estatutarios. En otro nivel de análisis, ellos pueden representar su —justificación y salvación— por lo menos al grado de garantizar que su estatuto no causará ningún daño en particular ya que, con toda probabilidad, no tendrá nada, o casi nada, que decir acerca de las cuestiones que se convierten en el foco del litigio durante su vida.”

⁶³ El problema ha sido observado en las Siete Partidas, Tit. I, ley VIII: “Cumplidas deben ser las leyes, é muy cuidadas, é catadas, de guisa sean con razón, é sobre cosas que pueden ser segund natura.”

⁶⁴ Bayitch, *Aircraft Mortgage in the Americas: a Study in Comparative Aviation Law* 11 (1960).

⁶⁵ Story, *Progress of Jurisprudence* (1821), en “Miscellaneous Writings” 237 (1852).

dificación de “principios generales” establecidos “y de las expansiones, excepciones, cualificaciones, y deducciones menores, que ya han sido, por decisiones judiciales o de otra manera, injertadas en ellas, y son ahora capaces de una enunciación distinta”.

Una posición combativa en favor de la codificación fue tomada por Field,⁶⁶ el gran protagonista de la codificación en los Estados Unidos. Más recientemente Pound⁶⁷ ha reafirmado argumentos en favor de la codificación haciendo destacar la pobre actuación en el derecho del caso, los defectos de la legislación dispersa repleta de confusión y reglas obsoletas el hecho de que la creación del derecho ha pasado de las cortes a las legislaturas y, finalmente, que sólo la codificación puede lograr la muy necesitada unificación del derecho.

A pesar de los defensores de la codificación en los Estados Unidos, el clima permaneció más bien hostil por algún tiempo. Sólo recientemente las posturas han cambiado, también en Gran Bretaña, y parece que los protagonistas de la codificación, entre ellos Bacon, Bentham,⁶⁸ Livingston y Field, no han trabajado en vano. Sólo que estaban fuera de tiempo.⁶⁹

La codificación también se puede objetar sobre la base de que todo el derecho es de origen divino, negando así la libertad a los humanos para conformar sus leyes. Actualmente, esta cuestión aún está abierta en algunos países islámicos del Medio Oriente. Debido a las posturas tradicionales que consideran el derecho como de origen divino (*sharia*),⁷⁰ los países de la órbita islámica permanecieron por mucho tiempo reluctantes, si no francamente hostiles, a la creación humana del derecho,⁷¹ particu-

⁶⁶ Field, *The Codification of the Common Law* (1862); también *Codification in the United States*, 1 *Juridical Review* 18 (1889), proponiendo como principales argumentos: separación de poderes, disponibilidad de reglas para todos, predicibilidad, y tendencia histórica del derecho no escrito hacia el derecho escrito.

⁶⁷ Pound, *Codification in Anglo-American Law*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common-Law World* 267 (1956).

⁶⁸ Vanderlinden, *Code et Codification dans la Pensée de Jeremy Bentham*, 32 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 45 (1969); Judson, *A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham*, 10 *Columbia Law Review* 41 (1910); Dillon, *Bentham's Influence in the Reform of the Nineteenth Century*, 1 *Select Essays in Anglo-American Legal History* 492 (1907).

⁶⁹ Sobre la codificación unificadora del derecho mercantil en los Estados Unidos, ver el profundo estudio de Gilmore, *On Statutory Obsolescence*, 39 *University of Colorado Law Review* 461 (1967).

⁷⁰ Anderson, *The Sharia and Civil Law*, 1 *Islamic Quarterly* 29 (1954); Tyan, *Les Rapports entre Droit Musulman et Droit Européen Occidental en Matière de Droit Civil*, 65 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 18 (1963).

Una tendencia similar en favor de considerar las escrituras religiosas básicas como códigos de leyes puede apreciarse durante la revolución puritana inglesa, cuando los *Fifth-Monarchists* demandaron que la Biblia reemplazara la legislación parlamentaria y la real. Zagorin, *A History of Political Thought in the English Revolution* 99 (1966).

⁷¹ Abdel-Wahab, *Meaning and Structure of Law in Islam*, 16 *Vanderbilt Law*

larmente desde que las ideas así como los modelos vinieron de países de no-creyentes. La primera cuarteadura tuvo lugar en el Imperio Otomano como consecuencia de las reformas de *Tanzimat*, las cuales adoptaron los modelos franceses en un número de codificaciones, entre ellas el Código de Comercio (1850), el Código Penal (1858), y el Código de Comercio Marítimo (1863).⁷² Sin embargo, en otras materias, particularmente las concernientes a contratos, la *sharia* tradicional prevaleció, como fue codificada subsecuentemente en el *Majalla*.⁷³ El inevitable conflicto entre la recepción del derecho occidental por una parte y la adhesión ortodoxa al derecho religioso del *sharia* por otra, resultó en una ruptura completa en Turquía con la adopción íntegra del Código Civil suizo en 1929 y otros modelos occidentales.⁷⁴ En otros países, el resultado del conflicto varió. En Egipto, para citar uno, el Código Civil promulgado en 1948,⁷⁵ provocó una enérgica discusión entre los tradicionalistas y los modernistas guiados por el profesor Sanhuri,⁷⁶ quien surgió como la fuerza guía detrás de un número de codificaciones modernas del Cercano Oriente, entre ellas el Código Civil de Iraq (1951).⁷⁷ En países más tradicionalistas el compromiso fue encaminado a apaciguar las fuerzas tradicionalistas.⁷⁸

Review 115 (1952); Schacht, *Problems of Modern Islamic Legislation*, 12 *Studia Islamica* 99 (1960); también, *Islamic Law in Contemporary State*, 8 *American Journal of Comparative Law* 133 (1959); Anderson, *Codification in the Muslim World: Some Reflections*, 30 *Rabels Z* 241 (1966); Velidedeoglu, *Le Mouvement de Codification dans les Pays Musulmans*, en "Rapports Généraux au Ve Congrès International de Droit Comparé", Bruxelles, 1958, 131 (1960); Tedeschi, *On the Movement for Reception and Codification in the Neighbouring Countries*, en "Studies in Israel Law" 84 (Jerusalem, 1960); Abdesselam, *La Codification du Droit Musulman*, 8 *Revue du Monde Musulman* 446 (1909); Bonderman, *Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law*, 81 *Harvard Law Review* 1169 (1968).

⁷² Ansay, *Das Türkische Recht*, en "Orientalisches Recht" (*Handbuch der Orientalistik*, I, Abt., Erg. III) 441 (Leyden, 1964).

⁷³ Onar, *The Majalla*, en Khaddani & Liebesny (ed.), *Law in the Middle East* 292 (1955); traducido por Grisby (London, 1895), también por Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan* (Jerusalem, 1933/36). El *Majalla* está vigente aún en los países musulmanes que no tienen código civil, p.e., Jordán, Saudi Arabia, Kuwait e Israel, Hecht, *Entwicklungstendenzen im Privatrecht Israels*, 29 *Rabels Z.* 302, 305 (1965). Ver también Bussi, *Alcune Moderne Codificazioni o Compilazioni del Diritto Musulman*, 20 *Oriente Moderno* 251 (Rome, 1940).

⁷⁴ Ver nota 72.

⁷⁵ Sanhuri, *Traité de Droit Civil* (Cairo, 1952); Chehata, *Les Survivances Musulmanes dans la Codification du Droit Civil Egyptien*, 17 *Revue Internationale de Droit Comparé* 839 (1965), y *Le Droit Moderne de l'Égypte*, en "Orientalisches Recht" (nota 72) 360 (1964); Badr, *The New Egyptian Civil Code and the Unification of Law of the Arab Countries*, 30 *Tulane Law Review* 299 (1956); Said, *La Technique de la Codification en Matière de Droit Privé en Égypte*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 371 (1956).

⁷⁶ Ver nota 75.

⁷⁷ Jwaideh, *The New Civil Code of Iraq*, 22 *George Washington Law Review* 176 (1953); Küppers, *Irakisches Zivilgesetzbuch*, 63 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 1 (1961).

⁷⁸ "El derecho islámico aparta el poder legislativo del soberano, el gobierno, el

Esto ocurrió, por ejemplo, en Kuwait,⁷⁹ en vez de un código civil del tipo occidental, un Código de Comercio fue promulgado en 1961, dejando así vigente, por lo menos en principio, el *Mejelle* basado en el *sharia*, excepto por lo que cubre el Código de Comercio que, por su amplia cobertura, lograda por una combinación de contactos subjetivos y objetivos, de hecho hace aplicables generalmente sus disposiciones concernientes a los contratos. Sin embargo, tal parece que los recientes cambios socioeconómicos han ayudado a los modernistas a lograr victorias decisivas en las codificaciones del derecho de familia moderno.⁸⁰

El Estado de Israel se enfrenta a alternativas similares;⁸¹ no solamente se enfrenta a la cuestión del grado en que el derecho religioso ha de influir la legislación futura de Israel,⁸² sino también a la otra cuestión,

Estado; sólo le permite hacer regulaciones administrativas dentro de los límites que a sí mismo se asigna y sobre los súbditos que el mismo se refiere a él, regulaciones que por definición nunca deben hacer conflicto con sus propias promulgaciones." Schacht, *Islamic Law in Contemporary States*, 8 *American Journal of Comparative Law*. 133 (1959). Los poderes reguladores del soberano están permitidos, de acuerdo con *siyasa*, sólo en materias fuera de *sharia*, principalmente en materia de procedimiento (civil, penal y administrativo), así como organizativa (judicial y administrativa), Schacht, *An Introduction to Islamic Law* 54 (1954). Se puede observar que la relación entre *sharia* y *siyasa* demuestra algunas similitudes con la relación histórica entre el *Common Law* y el derecho legislado.

La posición tradicionalista ha encontrado expresión en un continuo control religioso de la legislación en el derecho constitucional vigente en Persia de 1907 (101 *Brit. & Foreign State Papers*, 1907-1918, en 534, 1912), que dispone en el art. 2 que "las leyes expedidas por la Asamblea Nacional nunca deben ser contrarias a los sagrados preceptos del Islam y de las leyes establecidas por el Profeta. Es obvio que la decisión sobre si las leyes expedidas por la Asamblea son contrarias a los preceptos del Islam, recae sobre Ulema. Por tanto se decreta que un comité de cinco personas, todas expertas en religión, pero también conocedoras de las exigencias de los tiempos, será electo... para discutir y profusamente investigar las leyes promulgadas por la asamblea, y rechazar todas aquellas que sean contrarias a los sagrados preceptos del Islam, de tal suerte que nunca pueda llegar a ser ley. La decisión del comité es final".

⁷⁹ Ministry of Commerce, Ley N° 2 de 1961, *Promulgating Law of Commerce* (1961). Es interesante añadir que, según la Constitución de Kuwait (1962), el *sharia* islámico "será la principal fuente de legislación" (art. 2), mientras que la *Law of Commerce* en el art. 2 del capítulo introductorio dispone definiendo las regulaciones aplicables a los mercaderes y actos mercantiles, que la "confianza será colocada en los contratos exigibles conforme a derecho, siendo éstos el derecho (*sharia*) de las partes contratantes", entiéndase por *sharia* una referencia a los principios del *pacta sunt servanda*.

⁸⁰ Sudán (promulgaciones desde 1915); Egipto (desde 1920); Jordania (1951); Siria (1953); Túnez (1956); Marruecos (1958); Irak (1959). Anderson, *Recent Reforms in Family Law in the Arab World*, 65 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1 (1963).

⁸¹ Hecht, *Entwicklungstendenzen im Privatrecht Israels*, 29 *Rabels Z.* 302 (1965); Akzin, *Codification in a New State*, in Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 298 (1956); también en 5 *American Journal of Comparative Law* 44 (1956); Tedeschi, *On Reception and Legislative Policy of Israel*, en Tedeschi & Yadin (ed.), *Studies in Israel Legislative Problems* 11 (Jerusalem, 1966).

⁸² Cohn, *Secularization of Divine Law*, en Tedeschi & Yadin (ed.), *ob. cit. supra*, 55; England, *The Relationship between Religion and State in Israel*, *ibid.* 254.

específicamente adoptar el modo tradicional inglés de legislación parcial o el método europeo de codificación. Parece que la valoración de la alternativa británica como un tanto “analítica y casuística”, sufriendo de “verbosidad”, y dirigida a las cortes en términos procesales más que a los ciudadanos en un estilo general, indica que la alternativa europea, al estilo del Código Civil suizo, es favorecida.⁸³

Al contrario, las iglesias cristianas nunca se han opuesto activamente a una codificación secular en principio, siguiendo el precepto de la coexistencia de la jurisdicción divina y secular. Sin embargo, debido a un mayor o menor grado de identidad entre las autoridades seculares y eclesiásticas, se han alcanzado diferentes resultados con respecto a la codificación del derecho eclesiástico. La Iglesia Católica, siguiendo los pasos de la tradición jurídica romana y, por lo menos en el oeste, libre del cesaropapismo, ha producido primero la impresionante compilación del *Corpus Juris Canonici* (1580), y después una codificación técnicamente brillante, el *Codex Juris Canonici* (1917).⁸⁴ En contraste, las iglesias protestantes encadenadas por largo tiempo a la autoridad secular en una u otra forma de una iglesia establecida, permanecieron improductivas, como lo fue la Iglesia Ortodoxa rusa, habiendo incluido su derecho canónico en el *Svod Zakonov* zarista.⁸⁵

Con estas posturas básicas brevemente esbozadas, los factores conducentes a la codificación pueden ser analizados. Son de dos clases: la primera incluye motivaciones que persiguen exclusivamente metas técnico-jurídicas, tales como la necesidad de una claridad y accesibilidad del derecho, siendo así declarativa en su naturaleza y puede ser calificada de estática.⁸⁶ Este factor es, como se ha señalado, común a ambos sistemas jurídicos, el *common law* y el derecho civil. La segunda incluye motivaciones que utilizan la codificación como un medio de lograr metas políticas o socio-económicas definidas, y puede ser calificado de dinámico en su naturaleza.

Aquí, otra vez, las diferencias significativas aparecen comparando ambos sistemas legales. En las jurisdicciones del *common law*, puede ser

⁸³ Tedeschi, *On the Technique of the Future Legislation of Israel*, en “Studies in Israel Law” 69 (Jerusalem, 1960); Yadin, *Reception or Rejection of English Law in Israel*, 11 *International & Comparative Law Quarterly* 59 (1962).

⁸⁴ Keogh, *The Codification of the Canon Law*, 10 *Journal of Comparative Legislation & International Law* (n.s.) 14 (1928); Martin, *Código de Derecho Canónico*, 4 *Nueva Enciclopedia Jurídica* 274 (1952).

⁸⁵ Ver nota 35.

⁸⁶ Couture, *El porvenir de la codificación y del common law en el continente americano*, 18 *Revista Jurídica de Puerto Rico* 1, 18 (1948); Batiza, *Codificación y supervivencia del common law*, 5 (15) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* 43 (1952). De acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el término codificación significa, el “dar precisión y ordenación sistemática a las reglas del derecho internacional en los campos en los que han existido con anterioridad precedentes y una extensa costumbre estatal”.

fácil observar que las codificaciones se originan, por regla general, en consideraciones estáticas y aparecen como uno u otro de los siguientes tipos:

1) Codificaciones que resultan de la necesidad práctica de una compilación confiable, actualizada, sistemáticamente organizada y autoritativa, de derecho legislado vigente,⁸⁷ por ejemplo el *United States Code* y los estatutos revisados o compilados (algunas veces llamados códigos) de los diversos Estados de la Unión.

2) Codificaciones específicas de áreas definidas del derecho, por su importancia práctica, principalmente involucrando intereses mercantiles, por ejemplo en la Gran Bretaña (Ley de la Letra de Cambio, 1885, Ley de Sociedades, 1890; Ley de Ventas, 1893; Ley de Seguros Marítimos, 1906; Ley de Compañías, 1908; Ley de Transporte de Mercancías por Mar, 1924, en su totalidad casi un código mercantil). De igual manera, en los Estados Unidos, aparte de las leyes uniformes (ver número 3), los seguros y las corporaciones, por ejemplo, están reguladas en muchos Estados por códigos,⁸⁸ incorporados en los estatutos revisados o compilados.

3) Codificaciones diseñadas para lograr uniformidad en las uniones federalizadas, por ejemplo en los Estados Unidos, donde el movimiento pro leyes estatales uniformes está ganando en afluencia, recientemente culminando con la casi total adopción del *Uniform Commercial Code*.⁸⁹

4) Planes idealistamente concebidos para codificar el derecho⁹⁰ siguiendo los patrones del derecho legislado como por ejemplo, el Livingston⁹¹ y, en mayor grado, los códigos Field.⁹²

5) Codificaciones del *common law* para exportar, por ejemplo, los có-

⁸⁷ La codificación en el sentido de la unificación moderna, no es desconocida en los países de derecho civil, el Código Aéreo de Francia (1955); Cartou, *Codification or Legislative Texts on Civil and Commercial Aviation in France*, 24 *Journal of Air Law & Commerce* 24 (1957).

El valor de uniformidad es puesto en duda no únicamente por Moore, *The Passion for Uniformity*, en 6 *The Selected Papers of John Basset Moore* 245, 256 (1924) sino también por Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, b. 29, ch. 18. Cfv. Portalis, *Discours Préliminaire au Code Civil* (1803): "L'uniformité est un genre de perfection qui, selon d'un auteur célèbre, saisit quelquefois les grands esprits, et frappe infailliblement les petits."

⁸⁸ Chalmers, *An Experiment in Codification*, 2 *Law Quarterly Review* 125 (1886).

⁸⁹ Yntema, *Unification of Law in the United States*, 1 *Unification of Law* 301 (Unidroit, 1948); Pascal, *Unification of Law in the United States, 1948-1952*, 3 *Unification of Law* 435 (Unidroit, 1954); Pierce, *Uniform Laws in the United States*, 4 *Unification of Law* 247 (Unidroit, 1956); Barrett, *Uniform Laws in the United States*, 1 *Unification of Law Yearbook* 1956, 199 (Unidroit, 1957), etcétera.

⁹⁰ Según el art. 1. § 17, de la Constitución de Nueva York (1846), los miembros de un comité "reducirán a un código escrito y sistemático todo el cuerpo del derecho de este Estado, o tanto o tantas partes de éste como para los dichos miembros sea considerado practicable y conveniente".

⁹¹ Ver nota 35.

⁹² Ver nota 34.

digos anglo-indios adoptados por el parlamento británico para tener efecto en la India, entre ellos, el Código de Procedimientos Civiles (1859), un Código Penal (1860), un Código de Procedimientos Penales (1861), seguidos por otro Código de Procedimiento Civil, una Ley sobre Contratos, un código sobre pruebas (1872), y una Ley de Fideicomisos (1882).⁹³

6) Declaraciones no oficiales pero prestigiosas,* al estilo de un código, sobre el derecho vigente, señaladamente los *Restatements*⁹⁴ en los Estados Unidos, vistos como un paso intermedio hacia la cercana e inevitable codificación del derecho americano.⁹⁵ Como los códigos anglo-indios, los *Restatements* han sido usados para exportar el *common law* a un territorio dependiente, esto es, las Islas Vírgenes.⁹⁶

Es fácil observar que en casi todos estos tipos de codificación su función es declaratoria del derecho vigente y, por tanto, es estática. Estos objetivos limitados no son claramente discernibles sino, en muchos casos, expresamente afirmados por sus promotores. La falta de elementos dinámicos en la historia de la codificación del *common law* no debe sorprender. No sólo resulta de la ausencia, en la escena inglesa y norteamericana, de movimientos ideológicos ambiciosos y levantamientos o trastornos sociopolíticos dramáticos. Parece ser que el factor decisivo es la existencia explotable de un mecanismo dotado por el derecho del caso, el cual no sólo se desarrolla más rápidamente que los engorrosos procedimientos legislativos normales, sino que también ajusta el caso existente y, en mu-

⁹³ Indian Law Commissioners, art. 53 de una promulgación... para el mejor gobierno de los territorios hindúes de Su Majestad, 3 & 4 Will. IV, ch. 85 (1833). Stoakes, *The Anglo-Indian Codes* (1887); Ilbert, *Legislative Methods and Forms* (1901), sobre el intento de revisar los códigos hindúes para su uso en Inglaterra; también *Indian Codification*, 5 Law Quarterly Review 347 (1889); Setalvad, *The Common Law in India* 63 (1960); Desika Char, *Centralized Legislation: A History of the Legislative System of British India from 1834 to 1861* (Bombay, 1963); Sinha, *The Legal History of India* 176 (Lucknow, 1953); Jain, *Outlines of Indian Legal History* 600 (Bombay, 1966).

Un ejemplo anterior de la codificación inglesa para exportar el *common law* a Gales es el *Statute of Wales* (Statutum Wallie, 1 Stat. at Large 144, 1762), promulgado en 1284, 2 Holdsworth, *A History of English Law* 245 (1909).

Un parangón es fácilmente observable en la promulgación para la Zona del Canal de Panamá de un Código Civil hecho según el Código Civil de California (1933, 47 Stat. 1124; 1 Canal Zone Code 266, 1963). También los Códigos Civil y Penal para Guam (1953); cfr. *Kelly v. Capital Insurance & Surety Company*, 241 F. Supp. 695 (1965), revisado 361 F. 2d. 567 (1966), y *Vela v. Government Employees Insurance Company*, 395 F. 2d. 437 (1968).

⁹⁴ Goodrich, *Restatement and Codification*, en "David Dudley Field: Centenary Essays" 241 (1949).

⁹⁵ Franklin, *The Historic Function of the American Law Institute: Restatement as Transitional to Codification*, 47 Harvard Law Review 1367 (1934).

⁹⁶ *Virgin Islands Code* (1957), tit. I § 4, dispone, "Las reglas del *Common Law*, según se expresan en los *Restatements* del derecho aprobados por el *American Law Institute*, y hasta el grado no expresado así, tal como generalmente se entiende y se aplica en los Estados Unidos, será la regla de decisión..." Cfr. *Weston v. Stuckert*, 329 F. 2d. 681 (1964).

chos casos, el derecho legislado o codificado a las cambiadas situaciones sociales, económicas o ideológicas con lo cual hace que el recurso de la acción legislativa sea si no innecesario, por lo menos un poco menos urgente.

En vista del *status* especial mantenido en las jurisdicciones del derecho civil por el derecho codificado, se entiende que las motivaciones que conducen a la codificación difieren de aquellas que son operantes en las áreas del *common law*. Antes de proceder a analizar estas fuerzas guías, conviene recordar que los sistemas del derecho civil ya han desarrollado y generalmente aceptado un patrón estereotipado de códigos, los tradicionales cinco códigos, a saber: el civil, el mercantil, el penal, y los procesales civil y penal, con innovaciones tales como el laboral, aéreo, familia, agrario, o comercio internacional, que se unen a la constelación tradicional. Una exploración comparativa del destino de cada una de estas codificaciones en el *common* y *civil law* sería, sin duda alguna, muy ilustrativa. Sin embargo, el presente estudio se debe limitar a los códigos civiles ya que no es sólo lo más significativo, sino al mismo tiempo, ilustra mejor las fuerzas que trabajan en la codificación.

Detrás de los códigos civiles hay una larga y frecuentemente dramática historia.⁹⁷ A diferencia de la prevaleciente actitud utilitarista hacia la legislación generalmente y a la codificación en particular adoptada por el mundo del *common law*, importantes codificaciones civiles europeas han surgido de fuertes movimientos filosóficos y políticos y llevan en sí inconfundibles huellas de estas fuerzas transplantadas al lenguaje legislativo. Unos cuantos ejemplos memorables pueden ilustrar este punto. La zarina Catalina merece mencionarse por su prematura intención de establecer en la *Natchertanie*⁹⁸ los cimientos para un nuevo sistema de derecho derivado de reflexiones abstractas y racionalistas. Intensificadas, estas fuerzas dinámicas se hicieron operantes cuando surgieron nuevas

⁹⁷ Gagner, *Studien Zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Stocholm, 1960); Wieacker, *Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en "Festschrift für Boehmer" 34 (1954); también *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 458 (1967); Vanderlinden, *Le Concept de Code en Europe Occidentale du 13^e au 19^e Siècle* (Bruxelles, 1968).

Son muy significativos los intentos, durante la Revolución puritana inglesa, de codificar la legislación. En 1652 se designaron comisionados para considerar "los inconvenientes de derecho" a fin de informar al parlamento; un comité nombrado por la cámara tomó a su cargo la tarea de codificar y redactó "un sistema de derecho" que debía ser sometido a la consideración del parlamento para su adopción. De nuevo en 1653 se nombró otro comité para codificar el derecho, y los reformadores mencionaban el reducir su enorme volumen "en la dimensión de un libro de bolsillo, que fuera posible llevar en Nueva Inglaterra y en otras partes". Firth, *Oliver Cromwell* 299, 435 (1953); Nourse, *Law Reform under the Commonwealth*, 75 *Law Quarterly Review* 512, 519 (1959).

Van Kan, *De Rechtsgedachte van het Codificatiewerk der Revolutie*, 2 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 359 (1920), y *The Rôle de l'Initiative Privée dans l'Oeuvre de la Revolution en Matière de Codification et de Constitution*, 3 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 215 (1922).

⁹⁸ *Instruction donné par Cathérine II, Impératrice et Legislatrice de toutes les*

ideologías en revoluciones dispuestas para cambiar, en términos jurídicos, la estructura política y socioeconómica del “viejo” mundo y reemplazarla con uno u otro tipo de paraíso en la tierra. Éste fue, por ejemplo, el caso de la Revolución Francesa con su consecuencia de los cinco códigos.⁹⁹ Durante un momento de calma en el proceso revolucionario en la Unión Soviética, una serie de códigos fue producida.¹⁰⁰ En el presente siglo, el *Codice Civile* italiano (1941)¹⁰¹ vino al mundo con la señal de la ideología fascista, aun cuando comenzó como un borrador profesional. Sin embargo, comenzando en 1939, las presiones imprimieron en el código lo que fue calificado como “los principios generales del orden jurídico fascista”, ya que no había disponible una formulación precisa de estos principios, la *Carta del Lavoro* promulgada ya desde 1927, fue utilizada como un prólogo pomposo y fue incluida en el artículo 12 de las disposiciones introductorias del código como “principios generales del orden jurídico del Estado”. En vista de esto, no fue difícil expurgar del código elementos fascistas objetables después del colapso del fascismo.¹⁰² Su contraparte, el *Volksgesetzbuch*¹⁰³ alemán, permeado fuerte y sistemáticamente por la ideología nacional-socialista, no pasó de ser un proyecto. Las ideologías políticas se reflejan, aunque en un modo menos dramático, en las codificaciones que siguen los trastornos revolucionarios fuera de Europa, por ejemplo, en América Latina. Sin embargo, ahí, el número de revoluciones es abiertamente desproporcionado a su impacto en el derecho codificado. El Código Civil mexicano para el Distrito y Territorios Federales (1928), adoptado como código estatal en la mayoría de los Estados, es indicativo de alguna sedimentación de los dogmas victoriosos de la revolución.¹⁰⁴

Roussies à la Commission établie... pour travailler à la rédaction d'un nouveau Code des lois... Lausanne (1769).

⁹⁹ Sobre el Código Napoléon ver Planiol, *The Revolution and the Code: France, en General Survey of Events, Sources, Persons and Movement in Continental Legal History* 274 (1912); Friedrich, *The Ideological and Philosophical Background*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 1 (1956); Tunc, *The Grand Outlines of the Code*, *ibid.* 19.

¹⁰⁰ Jodkovskii, *Istoriya Sovetskoi Kodifikatsii*, en “Voprosi Kodifikatsii” 28 (1958), *ob. cit.*, nota 26.

¹⁰¹ Nicolo, *Codice Civile*, 7 *Enciclopedia del Diritto* 240 (1966); Cappelletti (et al.), *The Italian Legal System: an Introduction* 216 (1967); Sarfatti, *The New Italian Civil Code*, 23 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (n.s.) 18 (1941); Montel, *The First Book of the New Italian Civil Code*, 15 *Tulane Law Review* 99 (1940).

¹⁰² Por decreto N° 287, de septiembre 14, 1944, *Gaz. Uff.* N° 79 (1944), eliminando la *Carta de Lavoro* así como algunas expresiones embarazosas en el código, por ejemplo, “el sentimiento nazionale fascista” en el art. 47, y “solidarità corporativa” en el art. 1175.

¹⁰³ Lehman & Siebert, *Volksgesetzbuch: Grundregeln und Buch I* (1942); Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen*, en “Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht” 24 (Sonderh, 1941).

¹⁰⁴ Cuba, Ley N° 163, Marzo 20, 1959, 28 *Jurisprudencia al Día, Legislación* 431 (1959), estableció una Comisión Nacional de Codificación; encontrando que Cuba

Por supuesto que hay numerosos casos en la historia jurídica europea donde las codificaciones,¹⁰⁵ principalmente en la forma de compilaciones, surgieron no como un producto de nuevas ideologías o cambios fundamentales en la estructura sociopolítica, sino como un simple medio para fortalecer el *statu quo* existente. Las consolidaciones españolas, la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805), y el *Svod Zazonov* ruso (1832),¹⁰⁶ pueden ser citados como ejemplo. Aun el B.G.B.¹⁰⁷ alemán fue una codificación del derecho pandectario prevaleciente, más que una innovación, excepto por los propósitos de servir al ideal de la unificación nacional. Pero no escapó a ataques dañinos por no responder a las necesidades sociales y económicas.¹⁰⁸

Las codificaciones¹⁰⁹ han resultado también de los cambios en la posición internacional de las naciones. Entre ellos, el más poderoso es el logro de la independencia nacional, ya que los códigos están considerados como uno de los símbolos de soberanía. Se puede empezar con las Siete Partidas (1265-1263), o describiendo la precipitada adopción de los patrones de los cinco códigos franceses por las nuevas repúblicas independientes de América Latina¹¹⁰ a principios del siglo XIX. La misma motivación operó en países que lograron su independencia después de la primera guerra mundial, entre ellos Checoslovaquia,¹¹¹ Polonia¹¹² y Yugoslavia.¹¹³ El B.G.B. alemán (1898) ya era mencionado, siguiendo el *Codice Civile* italiano

ha preservado en el derecho vestigios de su pasado colonial, Cuba debe tener "leyes propias proyectadas por juristas cubanos y proclamadas por el gobierno cubano", considerando también "cambios fundamentales causados por el avance de la ciencia jurídica, debido a las exigencias de la vida moderna y la evolución social".

¹⁰⁵ Perich, *The French Code of 1804, the Austrian Code of 1811 the German Code of 1900 and the Swiss Code of 1907: A Contrast in Their Spirit and Influence, en Progress of Continental Law in the 19th Century* 263 (1918).

¹⁰⁶ Korkunov, *General Theory of Law* 453 (1922); Schults, *Russische Rechtsgeschichte* 202 (1951).

¹⁰⁷ Schuster, *The German Civil Code*, 12 *Law Quarterly Review* 17 (1896); Freund, *The New German Civil Code*, 13 *Harvard Law Review* 627 (1900); Smithers, *The German Civil Code*, 50 *American Law Register* 685 (1905); Lobinger, *The Evolution of the German Civil Code*, 1 *Tulane Review* 330 (1916).

¹⁰⁸ Menger, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volklassen* (1890).

¹⁰⁹ Para el Código Civil griego de 1946, ver Zepos, *The New Greek Civil Code of 1946*, 28 *Journal of Comparative Legislation & International Law* (n.s.) 56 (1946); *The Historical and Comparative Background of the Greek Civil Code*, 3 *Interamerican Law Review* 285 (1961).

¹¹⁰ Para una investigación, Rauchhaupt, *Vergleich und Ausgleichbarkeit der Rechte Süd-und Mittelamerikas*, 20 *Rabels Z.* 121 (1954).

¹¹¹ Srb, *Preliminary Steps Towards New Civil Code for the Czechoslovak Republic*, 9 *Journal of Comparative Legislation & International Law* (n.s.) 197 (1927).

¹¹² Golab, *The Codification of Polish Law*, 6 *Journal of Comparative Legislation & International Law* (n.s.) 95 (1924).

¹¹³ Peritch, *De l'Unification du Droit Civil en Yougoslavie*, 55 *Bulletin de la Société de Législation Comparée* 479 (1926); Peritch, *Contribution Juridique en Vue de l'Elaboration d'un Code Civil Yougoslavie* (Paris, 1936).

de 1865,¹¹⁴ concebido como un medio de unificación nacional.¹¹⁵ Desarrollos similares pueden ser encontrados en los países del Cercano¹¹⁶ y Medio Oriente¹¹⁷ por ejemplo, Turquía,¹¹⁸ Egipto,¹¹⁹ Líbano,¹²⁰ Israel¹²¹ e Iraq.¹²² Ahí la independencia nacional coincidió considerablemente con la voluntad de “modernizar”, esto es, adoptar modelos de códigos de Europa occidental.¹²³ Fenómenos similares han ocurrido en el Lejano Oriente, así por ejemplo, en Japón,¹²⁴ China¹²⁵ y Tailandia.¹²⁶

¹¹⁴ Calisse, *History of Italian Law* 791 (1928).

¹¹⁵ Cassin, *Codification and National Unity*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 46 (1956).

¹¹⁶ Liebesny, *Impact of Western Law in the Countries of the Near East*, 22 *George Washington Law Review* 127 (1953).

¹¹⁷ Anderson, *Law Reform in the Middle East*, 32 *International Affairs* 43 (1956); Khadduri & Liebesny, *Law in the Middle East* (1955); Anderson, *The Movement Towards Codification in Turkey, Cyprus and the Arab World*, 7 *Indian Yearbook of International Affairs* 125 (1958).

¹¹⁸ Velideoglu, *The Reception of Foreign Law in Turkey*, 9 *International Social Science Bulletin* 63 (1957); Elbir, *La Reforme d'un Code Civil Adopté de l'étranger: sur quelques Problèmes Posés par le Mouvement de Reforme du Code Civil en Turquie*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 53 (1956); Pritsch, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, seine Rezeption und die Frage seiner Bewahrung*, 59 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 123 (1957).

¹¹⁹ Said, *La Technique de la Codification en Matière de Droit Privé en Egypt*, 9 *Revue Internationale de Droit Comparé* 371 (1956); Badr, *The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Law of the Arab Countries*, 30 *Tulane Law Review* 299 (1956); Anderson, *The Sharia and the Civil Law: the Debt Owed by the New Codes of Egypt and Syria to the Sharia*, 1 *Islam Quarterly* 29 (1954).

¹²⁰ Tyan (et al.), *Le Droit Moderne au Liban et en Syrie*, en “*Orientalisches Recht*” (*Handbuch der Orientalistik*, I. Abt., Erg. III) 334 (Leiden, 1964).

¹²¹ Akzin, *Codification in a New State*, in Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 298 (1956).

¹²² Jwaideh, *The New Civil Code of Irak*, 22 *George Washington Law Review* 176 (1953).

¹²³ Levy, *The Reception of High Developed Legal Systems by Peoples of Different Cultures*, 25 *Washington Law Review* 233 (1950); Kocourek, *Factors in the Reception of Law*, 10 *Tulane Law Review* 209 (1936); Rheinstejn, *Types of Reception*, 5 *Annales de la Faculté d'Istanbul* 311 (1955); Zajtay, *La Reception des Droit Etrangers et le Droit Comparé*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 686 (1957); Schnitzer, *Ist Massive Rezeption fremdem Rechts gerechtfertigt?* en “*L'Problèmes Contemporains de Droit Comparé*” 149 (Tokyo, 1962).

¹²⁴ *Japan: Revision of the New Civil Code*, 6 *American Journal of Comparative Law* 559 (1957); también Salwin, *New Commercial Code of Japan: Symbol of Gradual Progress toward Democratic Goals*, 50 *George Washington Law Journal* 478 (1962). Sobre el papel de la codificación en Japón, Michia, *The Legal Structure for Economic Enterprise: Some Aspects of Japanese Commercial Law*, en Mehren (ed.), *Law in Japan: the Legal Order in a Changing Society* 507 (1963).

¹²⁵ Pound, *Progress of the Law in China*, 23 *Washington Law Review* 345 (1948), y *The Chinese Civil Code in Action* 29 *Tulane Law Review* 277 (1955); Cheng, *Law Codification in China*, 6 *Journal of the Society for Comparative Legislation* 283 (1924); Tzschlein, *Aufnahme des europäischen Rechts in China*, 166 *Archiv für Civilistische Praxis* 343 (1966).

¹²⁶ Código Civil y Mercantil promulgado entre 1925 y 1935, subsecuentemente

En jurisdicciones mixtas, que combinan elementos de ambos sistemas legales, el civil y el *common*, el papel de la codificación varía considerablemente.¹²⁷ De paso es interesante notar que, sin excepción, estos países han empezado como jurisdicciones de derecho civil con derecho codificado y se puede agregar que en ningún caso una jurisdicción de *common law* ha cambiado subsecuentemente a una mixta adoptando alguna medida del derecho civil y menos aún que haya pasado completamente a ser una jurisdicción de derecho codificado.

Con respecto a las codificaciones, las jurisdicciones mixtas pueden ser arregladas en dos grupos. El primer grupo incluye jurisdicciones que empezaron sin derecho codificado y mantuvieron su *status* después de haberse unido a una soberanía orientada predominantemente hacia el *common law*. En este grupo están Escocia,¹²⁸ la República de Sudáfrica,¹²⁹ Ceylán¹³⁰ y Guayana¹³¹ (recientemente Guayana Británica). En estas jurisdicciones el problema de codificar o no codificar permaneció abierto. En Escocia, por ejemplo, parece ser que hay una actitud favorable a la codificación como una proposición de larga duración;¹³² en contraste, de la República de Sudáfrica se oyeron voces que se oponían fuertemente.¹³³ El segundo grupo abarca jurisdicciones mixtas con derecho codificado, ya sea que vengan de los tiempos anteriores a que se unieran a una soberanía

reformado en 1933, 1934, 1935, 1936, 1943, 1952 y 1953. Cfr. Vella, *The Impact of the West on Government in Thailand* (1955); Kraitshitti, *The Legal System in Thailand*, 7 Washburn Law Journal 239, 243 (1968).

¹²⁷ Smith, *Studies Critical and Comparative* IX (1962); Graveson, *De l'Influence du Common Law sur les Systèmes de Droit Civil Existant dans the Commonwealth Britannique*, 5 Revue Internationale de Droit Comparé 658 (1953).

¹²⁸ Smith, *Scotland: the Development of its Law and Constitution* (1962); Smith, *Strange Code: the Crisis of Scots Law as a Civilian System*, en la colección citada *supra* nota 127.

¹²⁹ Hahlo & Kahn, *The Union of South Africa* 345 (1960).

¹³⁰ Jennings & Tambiah, *The Dominion of Ceylon* 179 (1952).

¹³¹ Lee, *Roman-Dutch Law in British Guiana*, 14 Journal of Comparative Legislation 11 (1914); Dalton, *The Passing of Roman-Dutch Law in British Guiana*, 14 Journal of Comparative Legislation 11 (1914); Dalton, *The Passing of Roman-Dutch in British Guiana*, 36 South African Law Journal 4 (1919).

¹³² Smith, *The Maintenance of Civil Law in Mixed Jurisdictions*, ob. cit. *supra* nota 127; Walker, *Codification du Droit Ecossois*, in "Études Juridiques Offerts à L. Julliot de la Morandière" 654 (Paris, 1964).

¹³³ Wessels, *The Future of Roman-Dutch Law in South Africa*, 37 South African Law Journal 265, 282 (1920), Hahlo, *And Seveth Us from Codification*, 77 South African Journal 432 (1960), considera la codificación "el máximo de la locura", debido a energías perdidas, al necesario reaprender por parte de los abogados, y a la acrecentada incertidumbre política, aunada a un incremento en los litigios.

de *common law*: Filipinas,¹³⁴ Puerto Rico,¹³⁵ o que hayan promulgado códigos posteriormente: Louisiana,¹³⁶ Quebec,¹³⁷ Sta. Lucía.¹³⁸ En estas jurisdicciones la cuestión de la codificación parece que ha sido definitivamente resuelta, pese a que ninguna de ellas ha dejado pasar el inevitable e irritante problema de las reformas a los códigos. Puede ser añadido que algunas de estas naciones ha entrado recientemente a una nueva etapa de desarrollo, siguiendo la primera etapa dominada exclusivamente por el derecho legislado y el subsecuente exponerse al *common law*. Esta tercera etapa está caracterizada por una tendencia hacia una emancipación legal o espiritual más o menos efectiva del *common law*. Representantes de esta tendencia son Louisiana, Filipinas, la República de Sudáfrica y, en cierta medida, Puerto Rico, Las Filipinas¹³⁹ ya han completado una gran parte de una recodificación emprendida después de que lograron su independencia; Louisiana se está preparando diligentemente para un resurgimiento espiritual de su apreciable tradición civilista,¹⁴⁰ y la República de

¹³⁴ Gambos, *An Introduction to Philippine Law* (1955). Una comisión para el código fue establecida en 1947 "para una inmediata revisión de todas las leyes sustantivas existentes... y para codificarlas de conformidad con las costumbres, tradiciones, idiosincrasias del pueblo filipino y con las modernas tendencias en la legislación y principios jurídicos progresistas". Cfr. Lobinger, *Codification in the Philippines*, (3) Annual Bulletin of the Comparative Law Bureau of the A.B.A. 42 (1910).

¹³⁵ Rodríguez Ramos, *Breve historia de los códigos portorriqueños*, 19 Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico 233 (1950); también *The Interaction of Civil and American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, 23 Tulane Law Review 1 (1948); Dainow, *The Method of Legal Development through Interpretation in Louisiana and Puerto Rico*, 22 Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico 108 (1952); Rotger, *El Derecho Portorriqueño: Conciliación de Dos Grandes Sistemas Jurídicos: La Codificación y el Derecho Común*, 25 Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 553 (1965); Wiesner, *Contributory and Comparative Negligence in Puerto Rico*, 11 University of Miami Law Review 502 (1957).

¹³⁶ E. G., Morrison, *The Need for a Revision of the Louisiana Civil Code*, 1 Tulane Law Review 213 (1937).

¹³⁷ Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1907); Castel, *The Civil Law System of the Province of Canada: Notes, Cases, and Materials* (1962). En la intentada revisión del Código Civil, *Statutes of Quebec, Chap. 47* (1954-1955); y Rinfert, *La Revision du Code Civil*, 15 Revue du Barreau 313 (1955).

¹³⁸ El Código Civil de 1877, hecho según el Código de Quebec, promulgado sobre los "principios del derecho antiguo de la Isla, con modificaciones confortables a la condición de la sociedad moderna o exigidas por las circunstancias locales existentes" (Ordenanza de 1876). Además del Código Civil, los códigos de procedimientos penales y civiles (1882) están vigentes. Boyes, *Law in St. Lucia*, 76 Law Journal 172 (1933).

¹³⁹ Gamboa, nota 134.

¹⁴⁰ Tucker, *Tradition and Technique of Codification in the Modern World: the Louisiana Experience*, 25 Louisiana Law Review 698 (1965); Jolowicz, *The Civil Law in Louisiana*, 7 Current Legal Problems 1 (1954); Tucker, *The Code and the Common Law in Louisiana*, en Schwartz (ed.), *Code Napoleon and the Common-Law World* 346 (1956); Hood, *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, 33 Tulane Law Review 491 (1955).

Sudáfrica está concentrado el momento necesario para “despojar al sistema, básicamente romanista, de Sudáfrica, de las excrescencias indecorosas y poco elegantes derivadas de la relativa inmadurez del *common law* angloamericano”.¹⁴¹

Actualmente, las naciones en desarrollo o recientemente independizadas se enfrentan a la singularmente difícil tarea de establecer sus propios sistemas jurídicos en el despertar de las administraciones coloniales¹⁴² y sus leyes que en casi todos los casos las dejaron con alguna herencia del derecho occidental más o menos absorto en la gran masa del derecho doméstico, de la costumbre¹⁴³ o religioso, o en algunos otros tipos de derecho consuetudinario. Más frecuentemente que no, el derecho impuesto antes de la independencia, ya fuere civil o *common*, ha determinado la alineación de estos países en el ajedrez jurídico del mundo y, consecuentemente, sus actitudes generales hacia la codificación. Esto se demuestra, por ejemplo, en la India,¹⁴⁴ donde las fuentes formales del derecho siguen patrones típicamente británicos, con algún barniz de ideas de derecho civil,¹⁴⁵ incluyendo algunos intentos de consolidación¹⁴⁶ y codificación.¹⁴⁷ El mismo cuadro aparece en un número de países africanos¹⁴⁸ recientemente independizados, por ejemplo, Ghana,¹⁴⁹ Nigeria,¹⁵⁰ Senegal¹⁵¹

¹⁴¹ Smith, *Studies Critical and Comparative* 61 (1962).

¹⁴² Brown, *British Statutes in the Emergent Nations of Africa*, 24 *University of Pittsburgh Law Review* 503 (1963); Ribert-Wray, *The Adaptation of Imported Law in Africa*, 4 *Journal of African Law* 66 (1960).

¹⁴³ Fallers, *Customary Law in the New African States*, 27 *Law & Contemporary Problems* 605 (1962); Anderson, *Colonial Law in Tropical Africa: the Conflict between English, Islamic and Customary Law*, 35 *Indiana Law Journal* 433 (1960).

¹⁴⁴ Hiranandi, *Law Reform in India*, 12 *International & Comparative Law Quarterly* 697 (1963).

¹⁴⁵ Derrett, *The Role of Roman and Continental Laws in India*, 24 *Rabels Z.* 657 (1959).

¹⁴⁶ India, Ministry of Law, *India Code* (8 vols., 1955-).

¹⁴⁷ Un proyecto de ley con la intención de codificar fue introducido en 1951 sin éxito, excepto por algunas codificaciones aisladas, por ejemplo, *Marriage and Divorce Bill* (1952). Rao, *Codification and Unification of Indian Law*, 2 *Annuaire (Institut International pour l'Unification du Droit Privé)* 111 (Roma, 1962); Sarkar, *Epochs in Hindu Legal History* 392 (1958); Jain, *Outlines of Indian Legal History* 692 (Bombay, 1966). Acerca de un plan para codificar el derecho hindú, ver Vesey Fitzgerald, *The Projected Codification of Hindu Law*, 29 *Journal of Comparative Legislation and International Law* 10 (1947).

¹⁴⁸ Kerr, *The Reception and Codification of Systems of Law in Southern Africa*, 2 *Journal of African Law* 82, 89 (1958). En general Rheinstein, *Law and Social Changes in Africa*, 1962 *Washington University Law Quarterly* 443 (1962), y Elias, *Common Law, Kodifizierungsprobleme und der Einfluss afrikanischer Gewohnheits-rechts*, 7 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 45 (1966).

¹⁴⁹ Allot, *Essays in African Law, with Special Reference to Ghana* (1960); Harvey, *The Evolution of Ghana Law since Independence*, 27 *Law and Contemporary Problems* 581 (1962).

¹⁵⁰ Olawale Elias, *The Nigerian Legal System* (1963).

¹⁵¹ Farnsworth, *Law Reform in a Developing Country: a New Code of Obligations for Senegal*, 8 *Journal of African Law* 6 (1964).

y el Sudán,¹⁵² con Liberia¹⁵³ habiendo adoptado el sistema de los Estados Unidos de estatutos compilados. Al contrario, en áreas donde las influencias civilistas prevalecieron durante el periodo colonial, por ejemplo en Túnez,¹⁵⁴ Argelia¹⁵⁵ y Marruecos,¹⁵⁶ las actitudes civilistas prevalecen con respecto al derecho legislado en general y a la codificación en particular. Etiopía ha tomado tal posición adoptando una multitud de códigos del tipo occidental, entre ellos el código penal (1957), el código civil, el código de comercio y código marítimo (1960).¹⁵⁷

En la parte de Europa actualmente dominada por los exponentes de las doctrinas marxistas-leninistas, el problema de la codificación se complica por una serie de factores específicos. Antes que nada, existe el peso completo del dogma marxista, el cual, según ha sido desarrollado por sus seguidores, se convirtió en un complejo sistema de principios, sin derivar ninguna área de actividades humanas, económicas, sociales o espirituales, por ahora, habiendo progresado hacia un esquema amplio y detallado de tendencias y métodos, su impacto en cualquier aspecto del derecho, incluyendo los tipos del proceso de elaboración del derecho, es inevitable. En un estilo dialéctico, el otro factor a considerar es la posición nihilista hacia el derecho como un medio de gobernar. Según las enseñanzas ortodoxas, el Estado, y con él el derecho, siendo ambas meros productos de la lucha de clases, desaparecerán una vez que la lucha haya sido ganada mediante la eliminación de la clase capitalista.¹⁵⁸ Sin embargo, la cantidad y el alcance de las regulaciones constantemente producidas por gobiernos comunistas, particularmente en el área de las economías operadas por el

¹⁵² Guttman, *The Reception of the Common Law in the Sudan*, 6 *International & Comparative Law Quarterly* 401 (1957).

¹⁵³ Konvitz, *The Liberian Code of Laws*, 2 *Journal of African Law* 116 (1958).

¹⁵⁴ Anderson, *The Tunisian Law of Personal Status*, 7 *International & Comparative Law Quarterly* 262 (1958); Samaran, *Le Droit Musulman Tunesien Moderne*, en "Orientalisches Recht" (*op. cit.* nota 120 *supra*) 286 (1964).

¹⁵⁵ Roussier, *Le Droit Musulman Moderne en Algérie*, en "Orientalisches Recht" (*op. cit.* nota 120 *supra*) 400 (1964).

¹⁵⁶ Lapanne-Joinville, *Le Droit Musulman Marocain Moderne*, en "Orientalisches Recht" (*op. cit.* nota 120 *supra*) 426 (1964); Anderson, *Reforms in Family Law in Morocco*, 2 *Journal of African Law* 146 (1958).

¹⁵⁷ David, *A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*, 37 *Tulane Law Review* 187 (1963); también *Les Sources du Code Civil Ethiopien*, 14 *Revue Internationale de Droit Comparé* 497 (1962); Krzczunowicz, *Ethiopian Civil Code*, 7 *Journal of African Law* 172 (1963); Vanderlinden, *Civil Law and Common Law Influences on the Developing Law of Ethiopia*, 16 *Buffalo Law Review* 250, 256 (1966).

¹⁵⁸ Recientemente Kline, *The Withering Away of the State: Philosophy and Practice*, en Langer & Lebedr (ed.), *The Future of Communist Society* 63 (1962); también Kline, *Socialist Legality and Communist Ethics*, 8 *Natural Law Forum* 21 (1963); y Stone, *L'état c'est moi, l'état est mort: a Retrospect on Soviet-Marxist Theorizing on State and Law*, 10 *University of California of Los Angeles Law Review* 754 (1963); Hammer, *Law Enforcement, Social Control and Withering of the State: Recent Soviet Experience*, 14 *Soviet Studies* 379 (1963).

Estado, milita fuertemente en contra de tal doctrina, una inconsistencia fácilmente eliminada en los tiempos de Stalin,¹⁵⁹ pero mucho más difícil de explicar ahora. Recurriendo a trucos semánticos, los escritores actuales ven en el derecho socialista algo en conjunto diferente al derecho "capitalista", confirmando así la teoría de debilitar el derecho, así como la necesidad de más y más derecho, esta vez socialista, incluyendo, por supuesto, codificaciones de esto, por lo menos en la presente etapa, del modo de completar el socialismo.¹⁶⁰ El tercer factor está determinado por los estadios cambiantes de los procesos revolucionarios. Durante el periodo de la lucha revolucionaria, así como durante las etapas de liquidación, las reglas objetivizadas sólo interferirían con la necesidad de absoluta discreción en el uso de métodos revolucionarios. Un ejemplo de esta etapa puede verse actualmente en la China Comunista.¹⁶¹ Sólo cuando la tormenta revolucionaria ha muerto, temporalmente, como por ejemplo, durante el N.E.P. de los veinte, ¹⁶² o por un periodo mayor después de la muerte de Stalin, reglas bien hechas y generalmente aplicables en la

¹⁵⁹ Dijo Stalin en el 26º Congreso del Partido, "Estamos en favor del Estado que muere y al mismo tiempo estamos por el fortalecimiento de la dictadura del proletariado... El más alto desarrollo posible del poder del Estado, con el objeto de preparar las condiciones para la muerte del Estado: ésa es la fórmula marxista. ¿Es contradictorio? Sí, si es contradictorio. Pero esta contradicción es una cosa viviente, y completamente refleja la dialéctica marxista", citado en Hazard, *Soviet Law: An Introduction*, 36 Columbia Law Review 1236, 1266 (1936). Cfr. Western, *Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Ansichten Joseph Stalins* (Lindau, 1959).

¹⁶⁰ Hay intentos para evitar tales contradicciones mediante la distinción entre el derecho en el sentido capitalista y el derecho en el sentido socialista, la podredumbre afectando tan sólo al primero; aún más, se sugiere que las reglas decretadas por las entidades económico-administrativas (p. e. las comunas) no son derecho en lo absoluto, sino reglas sui generis y por tanto no afectadas. Estos desarrollos son observables particularmente en los recientes escritos yugoslavos. Mandić, *Withering Away of Law and Legislative Organs* (en servicio) (1) Anali Pravnog Fakulteta (Belgrado, 1958); también Lapenna, *State and Law: Soviet and Yugoslav Theory* (1964).

¹⁶¹ "Aquellos que se avocan a escribir códigos de leyes no consideran lo que nuestro país necesita actualmente. Insisten en producir subjetivamente y formalmente, un llamado sistema completo que lo único que logra actualmente es reducir nuestras leyes a un sistema rígido. Por tanto este criterio no es congruente con el espíritu de revolución permanente. Debemos oponernos a él... Nuestro Partido siempre ha insistido en la combinación del principio con la flexibilidad en el trabajo jurídico como en cualquier otro trabajo". Stonhe, *The Background and Evolution of Party Policy on the Drafting of Legal Codes in Communist China*, 15 American Journal of Comparative Law, 506, 507 (1967). Blaustein, *Fundamental Legal Documents of Communist China* (1962); Woodsworth, *The Legal System of the Republic of China*, 4 Canadian Bar Journal 299 (1961). Como un contraste, la República de China despliega un sistema tradicional de derecho codificado, *Laws of the Republic of China, Translated and Compiled*... (Taiwan, 1961-62).

¹⁶² Ver Jodhovskii, *op. cit.* en nota 26. Ver también bajo *Kodifikatsija*, en 2 *Entsiklopedija Gosudarstva i Prava* 435 (Moscú, 1925); Zile, *Ideas and Forces in Soviet Legal History* 61 (1967). El largo periodo inactivo en la codificación soviética es denunciado por Kerimov, *op. cit.* nota 26 en 9, sobre el "culto a la personalidad y la hostil actividad de la pandilla de Beria".

forma de derecho legislado o códigos, se permiten aparecer y operar, sujetas, por supuesto, a las tendencias caprichosas de la línea del partido revolucionario. Finalmente, los desarrollos legislativos en los países satélites han sido determinados durante el periodo de Stalin por la conformidad impuesta con los lineamientos generales de la Unión Soviética.¹⁶³ Sin embargo, después del deshielo en la Unión Soviética y sus reverberaciones en los países satélites la herencia histórica de tradiciones civilistas empezó a afianzarse en un intento de lograr una simbiosis de los tradicionales elementos jurídicos civilistas con los principios socialistas más o menos iluminados.

En vista de esto, una exploración del papel desempeñado en la codificación es excepcionalmente interesante. Mientras que los escritores soviéticos aceptan la codificación simplemente en su sentido estático, principalmente como un medio de consolidación de los logros revolucionarios, en los países satélites tal simplificación ha sido reemplazada por un análisis más penetrante de las cuestiones involucradas. Un escritor yugoslavo,¹⁶⁴ por ejemplo, aceptando la utilidad de la codificación durante

¹⁶³ Szirmai, *Principles of the Civil Law of the Soviet Union and the Union Republics*, 9 *Nederland Tijdschrift voor International Recht* 480 (1962); Hazard, *Soviet Codifiers Receive New Orders*, 6 *American Journal of Comparative Law* 540 (1957); también *Soviet Codifiers Release the First Drafts*, 8 *American Journal of Comparative Law* 72 (1959); Shapiro, *Soviet Civil Law as Reflected in the 1961 Fundamental Principles of Soviet Civil Legislation*, en *American Bar Association, Section of International & Comparative Law, Proceedings 1962*, 212 (1963); Grzybowski & Alder, *Eastern Europe: Legislative Trends*, 14 (2) *Problems of Communism* 122 (1965); Berman, *Law Reform in the Soviet Union*, 15 *American Slavic & East European Review* 179 (1956); Hazard, *The Future of Codification in the U.S.S.R.*, 29 *Tulane Law Review* 239 (1955).

¹⁶⁴ Stjepanovic, *The Code in a Socialist State*, in Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 224, 239 (1956), Cfr. Lukic, *Problèmes de la Codification a la Lumière des Expériences et Situations Actuelles*, en "Rapports Nationaux Yugoslaves au VIe Congrès International de Droit Comparé", Hamburg, 1962, en 15 (1962).

Lukic (*About Some Problems of Codification*, 41 *Arhiv za Pravne i Društvene Nauke*, 121, Belgrado, 1954) admite que la codificación lleva a la estabilización de las relaciones sociales. En tal sentido "aun la codificación revolucionaria es, sobre todo, un estabilizador de las relaciones revolucionarias nuevas"; pero, es también un "arma para subsiguientes desarrollos de esas relaciones", y entre "la necesidad de cambio y la necesidad de estabilización, hay que hallar un equilibrio adecuado" (130). Por consiguiente, el autor declina la posición de que "el punto de vista socialista es, en principio, impropio para la codificación", especialmente la teoría de que el derecho socialista está marchitándose y no debe ser codificado ya que ello impediría su desaparición. Frente a esta posición ortodoxa el autor aduce los siguientes argumentos: (1) las necesidades económicas basadas en las actividades libres de las organizaciones socialistas en el mercado socialista; (2) la necesidad de igualdad; (3) la necesidad de bases sólidas para los derechos y deberes entre varios sujetos de una sociedad socialista; (4) la necesidad de legalidad; y (5) las expectativas de las masas populares (137).

La ausencia de codificación ha sido explicada en otra revista jurídica yugoslava (22 *Pravnik* 421, Ljubljana, 1967) en el párrafo siguiente bastante oscuro: "Un

las etapas posrevolucionarias, observa problemas "técnicos" que aun prevalecen, entre ellos no sólo la necesidad de una aclaración y clasificación de los conceptos jurídicos en un "sistema unificado... que corresponda lo más posible a las realidades sociales existentes", sino también cuán "profundamente el proyectado código interferiría con las relaciones sociales y en qué tanto sus disposiciones serán la creación de la práctica y la vida cotidiana" una interesante alternativa. En Polonia,

funcionalismo de estrecho dogmatismo y practicista todavía prevalece y funciona naciendo en el nivel socioeconómico y haciéndose confuso. Como consecuencia, hay no sólo falta de claridad y cierto caos en cuanto a las iniciativas señaladas para realizar los intereses privados y de la ley, pero también una supresión de iniciativas justamente liberadas y los intereses individuales así como la protección de intereses particulares." Un diagnóstico más realista de los problemas sobre la codificación nos es ofrecido por Gerskovic, *Problems of Codification in the Yugoslav Legal System* (4 Zbornik Radova o Stranom i Uporednom Pravu 143, Belgrado, 1966). Además de los continuados cambios fundamentales en el sistema socioeconómico, desde 1945, e "ideas estadísticas que no brotan de las tendencias revolucionarias" existe una significativa "hipertrofia de actividades legislativas" las cuales, sin embargo, no pueden triunfar debido a los "complejos fundamentales no resueltos de las relaciones sociales y de problemas teóricos no suficientemente identificados". "Todos los intentos de llevar a cabo (en 1963) las ideas constitucionales efectivas" chocan con "relaciones sociales factuales que surgen de la estructura social misma, por ejemplo, conflictos entre la clase de directores y las unidades de trabajo (*work units*) o burócratas y ciudadanos en las relaciones políticas entre áreas desarrolladas y subdesarrolladas". Esta "disparidad entre los postulados constitucionales y la legislación existente" impide la codificación. Más aún, los problemas del federalismo no están suficientemente aclarados, ni tampoco las bases teóricas, especialmente la noción de "propiedad socialista".

Sobre la hipertrofia de legislación socialista ver Rus, *Institutionalization of the Revolutionary Movement* 3 Praxis, 201, 206, Zagreb (1967), quien hace las siguientes observaciones: "Había un fin de reorganizaciones en todo nivel, desde los cuerpos de más alta representación hasta las más bajas oficinas o autoridades. Un nuevo complejo social se extendía, así que algunos llamaban 'idealismo burocrático' y otros 'activismo burocrático'. Todo ello fundado en la ilusión de que mediante interminables cambios institucionales la inercia social podía evitarse y la movilidad social mantenerse. Pero, los cambios institucionales sólo activaron la maquinaria institucional pero no la infraestructura social más allá de las instituciones mismas, y lo que de ello resultó fue una ilusión óptica: los cambios incessantes en las instituciones y la fuerte actividad de su personal crearon un dinamismo ficticio cuya sola utilidad consistía probablemente en impedir la desmovilización y la desbandada de su personal. Cualquiera que actuase dentro de una actividad institucional podía percatarse solamente de las reformas que se materializaban en realidad institucional, no advirtiendo jamás cómo el resto de la realidad social se estancaba. De ello se desarrolló una condición que nosotros llamamos 'optimismo burocrático'; nuestros líderes frecuentemente hablaban de una realidad no advertida por las masas: hablaban de aquella esotérica realidad institucional que solamente por ellos era notada." Sin embargo, parece que estas actitudes están cambiando. De acuerdo con un artículo de Finzgar titulado *Dilemmas About the Civil Code* (24 Pravnik 223, 1969), un proyecto titulado Código de las Relaciones Fundamentales entre las Organizaciones Laborales y los Ciudadanos, preparado en 1967, está siendo discutido en la actualidad. En la conferencia que tuvo lugar en Belgrado en 1969 bajo los auspicios del Instituto de Derecho Comparado, se hizo énfasis en la necesidad de un Código Civil.

los escritores¹⁶⁵ sopesan los peligros inherentes a la codificación a menos que los legisladores tengan una comprensión adecuada de las condiciones prevalecientes y “dirijan a la comunidad hacia metas establecidas”, ya que codificaciones prematuras o no realistas pueden demorar el logro de estas metas. Pueden incluso inducir al legislador a alcanzar “objetivos mecánicamente”, esto, es moverse más allá de las realidades socio-económicas. Un escritor húngaro¹⁶⁶ ha penetrado en estos problemas en una forma muy articulada. El autor ve la justificación de codificación amplia en la necesidad de una seguridad económica predecible bajo el derecho, así como en la concentración en aumento de la reunión social, nutrida por la creencia, heredada de la era del racionalismo, de que la mente humana puede prever y por tanto regular los conflictos futuros estableciendo reglas generales para la solución. A esta postura tradicional, las ideologías socialistas han agregado nuevas consideraciones: litigios jurídicos representan casos artificialmente aislados, la mayoría de las veces patológicos en su naturaleza. Sólo si aparecen en mayor número, indican una situación de conflicto social. En tratándose de situaciones del último tipo, el derecho desempeña un papel no sólo de organización, sino también educacional, pues las codificaciones se refieren no a situaciones particulares, sino que se enfrentan a fenómenos en sus aspectos generales y tocan esos factores que, socialmente considerados, son muy significativos. Todo esto hace, en la opinión del autor, que la codificación esté necesariamente sujeta a los siguientes requisitos: todo el sistema jurídico debería ser regulado por códigos aun cuando estuviesen separados, según las diversas ramas del derecho. Al mismo tiempo, tales códigos no deben ser considerados como finales o aun eternos en vista del principio socialista de que una sociedad progresa hacia un futuro planeado a través de etapas en las cuales ninguna deberá petrificarse por el derecho codificado.¹⁶⁷

La codificación en esta parte del mundo desde 1945 atravesó dos etapas. La primera etapa fue, como ya se indicó, marcada por una

¹⁶⁵ Seidler, *Marxist Legal Thought in Poland*, 26 *Slavic Review* 383 (1967).

¹⁶⁶ Eörsi, *Rechtsrecht und Gesetzesrecht in Ungarn: zum Problem der Originalität eines Zivilrechts*, 30 *Rebels Z.* 117 (1966).

¹⁶⁷ Grzybovski, *Continuity of Law in Eastern Europe*, 6 *American Journal of Comparative Law* 44 (1957); 2 Gsovski & Grzybovski, *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe* 1125 (1959); Slapnicka, *Soviet Law as Model: the People's Democracies in the Succession States*, 8 *Natural Law Forum* 106 (1963); Markovits, *Civil Law in East Germany: Its Development in Relation to Soviet Legal Theory and Ideology*, 78 *Yale Law Journal* 1 (1968); Rudzinski, *Sovietization of Civil Law in Poland*, 15 *American Slavic & East European Review* Z16 (1956). Cfr. Ginsburg & Pierce, *Revolutionary Law Reform in Outer Mongolia: a Study in the Impact of Soviet Legal Doctrine on a Backward Society*, en 7 “*Law in Eastern Europe*” 207 (Szirmai ed., 1963).

presión para adecuarse a los patrones jurídicos soviéticos.¹⁶⁸ Pero aun durante este periodo, los lineamientos generales de los códigos soviéticos heredados del periodo del N.E.P. se encontraron con una no aceptación en los países satélites. En su lugar, la tendencia local de codificar el derecho resultó en una serie de codificaciones particulares, entre ellas códigos familiares, códigos penales y de procedimiento penal.¹⁶⁹ Sólo unos cuantos países atendieron la codificación de áreas más sensibles, como la propiedad,¹⁷⁰ las sucesiones,¹⁷¹ las obligaciones¹⁷² y el trabajo.¹⁷³ El segundo periodo después de la muerte de Stalin, la urgencia de codificar el derecho se hizo más fuerte y resultó en una serie de códigos, en la Unión Soviética¹⁷⁴ y en los países satélites. Limitando otra vez la exposición a los códigos civiles, casi todos ellos promulgados durante la década reciente, es aparente que la estructura general así como el alcance de estos códigos civiles permaneció más bien apegada a los modelos tradicionales desarrollados durante los periodos absolutista y liberal.¹⁷⁵ Sin embargo, se pueden también observar cambios interesantes. El problema menos serio se presentó en el derecho de familia, ya que en casi todas las jurisdicciones ya ha sido promulgado en leyes especiales y por tanto ha sido eliminado del código civil; y lo que es más, no

¹⁶⁸ Yugoslavia (1946), Bulgaria (1949), Polonia (1950, 1964) y Checoslovaquia (1950, 1963), Hungría (1952), Albania y Rumania (1954).

¹⁶⁹ Rumania (1948), Checoslovaquia y Hungría (1950), Bulgaria y Yugoslavia (1951).

¹⁷⁰ Bulgaria (1951).

¹⁷¹ Polonia (1946), Bulgaria (1949), Yugoslavia (1955).

¹⁷² Bulgaria (1950). Checoslovaquia (1950) y Hungría (1959) también códigos civiles promulgados el primero ahora reemplazado por el Código de 1964. Knapp, *La Nouvelle Législation Civile en Tchécoslovaquie*, 16 *Revue Internationale de Droit Comparé* 753 (1964); Szaszy, *Neues Zivilgesetzbuch der ungarischen Volksrepublik*, 26 *Rabels Z.* 553 (1962).

¹⁷³ Rumania (1950), Bulgaria y Hungría (1951), Albania (1956), Yugoslavia (1957).

¹⁷⁴ Hazard, *Governmental Developments in the USSR since Stalin*, 303 *Annals* 11 (1956); Ginsburg, *Socialist Legality in the U.S.S.R. since the XXth Party Congress*, 6 *American Journal of Comparative Law* 546 (1957); Hazard & Shapiro, *The Soviet Legal System* (1962); Berman, *The Dilemma of Soviet Law Reform*, 76 *Harvard Law Review* 929 (1963).

¹⁷⁵ El Código Civil húngaro (1954) contiene: disposiciones introductorias, personas, propiedad, obligaciones y sucesiones; Szaszy, *Das Neue Zivilgesetzbuch der ungarischen Volksrepublik*, 26 *Rabels Z.* 553 (1961). El Código checoslovaco (1964) está dividido en: disposiciones generales, propiedad socializada y privada; el uso de la tierra; trabajo, demandas que surgen de otra transacción (incluyendo servicios); indemnización por daños; sucesiones, disposiciones finales. El Código Civil de la R.F.S.S.R. (1964) está organizado de la siguiente manera: disposiciones generales; propiedad; obligaciones; derechos de autor; patentes; herencia; extranjeros y conflicto de leyes. Kiralfy, *The Civil Code and the Code of Civil Procedure of the R.S.F.S.R.*, en 11 "Law in Eastern Europe" (1966); Loffe & Tolstoy, *El Nuevo Código Civil de la República Socialista Federativa de Rusia*, 18 *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* 89 (1965); también Grzbovski, *Reform of Civil Law in Hungary, Poland and the Soviet Union*, 10 *American Journal of Comparative Law* 253 (1961).

presentó problemas sustantivos serios, habiendo una vez adoptado los patrones modernos ya hechos de la Europa occidental. Sin embargo, surgieron dificultades considerables con respecto a dos materias que no sólo se hicieron tradicionales reguladas en los códigos civiles, sino que también representaban los fundamentos más significativos del orden liberal, a saber, propiedad y contratos, ambos blancos principales para los cambios revolucionarios. Y aun aquí, la propiedad, una vez que su transición de una institución liberal a una socialista fue completada, causó menos dificultades que los contratos.¹⁷⁶ Con esta trasferencia la situación fue estabilizada poniendo las instituciones socialistas en la posición de propietarios clásicos de acuerdo con los patrones heredados ya hechos. El único reto permaneció en los contratos como un medio tradicional de cooperación en la economía liberal. Desde que el mecanismo del mercado libre fue reemplazado por una economía autoritativa, dirigida y planeada con decisiones administrativas que regulaban la participación de instituciones socialistas en la economía, los contratos en el sentido tradicional pueden haber llegado al final de su camino. En la Unión Soviética,¹⁷⁷ por lo menos *quod forma*, la posición tradicionalista aún prevalece como, por ejemplo, en el Código Civil de la R.F.S.R. (1964) donde los contratos son, en la tradición de Gayo, una de las fuentes de las obligaciones (§ 158), con un ajuste subordinando los contratos a las metas de una economía planificada (§ 159). El Código Civil polaco de 1964¹⁷⁸ es más específico. Retiene la institución de los contratos,

¹⁷⁶ Wagner, *The Interplay of Planned Economy and Traditional Contract Rules in Poland*, 11 *American Journal of Comparative Law* 348 (1962); también *The Law of Contracts in Communist Countries*, 7 *St. Louis University Law Journal* 292 (1963); Grossfield, *Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy*, 72 *Yale Law Journal* 1326 (1963); Mihaly, *The Role of Civil Law Institutions in the Management of Communist Economics: the Hungarian Experience*, 8 *American Journal of Comparative Law* 310 (1959); Grzybovski, *From Contract to Status*, 11 *Seminar* 60 (1953); Osusky, *Über das staatliche Vertragsrecht in den Satellitenländern*, 1 *Recht in Ost & West* 97 (1957); Vlahov, *Le Régime des Contrats des Organizations Socialistes en Bulgarie*, 17 *Revue Internationale de Droit Comparé* 442 (1965); Ionascu & Barasch, *Teoria Generala a Contractelor Economice* (Bucarest, 1965), y *Les Contrats Economique dans le Droit de la République Socialiste de Roumanie*, 17 *Revue Internationale de Droit Comparé* 887 (1965); Petev, *Problème des Lieferungsvertrages nach bulgarischem Recht* 32 *Rabels Z.* 125 (1968).

¹⁷⁷ Ver nota 175 *supra*.

¹⁷⁸ Frende, *La Législation de la République Populaire de Pologne de 1960 jusqu'au 30 Juin 1966*, 14 *Law in Eastern Europe* 325 (1967); Grzybovski, *Reform and Codification of Polish Law*, 7 *American Journal of Comparative Law* 393 (1958); Rozmaryn, *Organization des Travaux de Codification dans la République Populaire de Pologne*, 39 *Revue de Droit International et Droit Comparé* 570 (1962); Grzybovski, *Draft of the New Civil Code for Poland*, 6 *Law in Eastern Europe* 11 (1962); Wolter, *Modification des polnischen Zivilrechts*, 3 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 65 (1962); Gralla, *Das polnische Zivilgesetzbuch*, 12 *Osteuropa Recht* 81 (1966); Wyrwa, *La Nouvelle Codification Civile Pologne Populaire et le Problème du Droit Economique*, 17 *Revue Internationale de Droit Comparé* 417 (1965), también *L'Elaboration du Nouveau Code Civil en Pologne Populaire*, 19 *Revue Hellénique de Droit International*

pero los agrupa según la posición de las partes contractuales en la economía socializada, a saber, entre las entidades sociales, entre estas entidades y los individuos, entre los individuos, y finalmente entre el Estado y los países extranjeros. Sin embargo, la economía dirigida en el paso de un contrato libre al deber de contratar es inevitable (§ 410), como lo es la supremacía del plan económico y los poderes de las autoridades administrativas económicas. Ellas no están sujetas a las disposiciones del código civil pero pueden sobrereglamentarlas (§ 2). El más consistente con las ideas de la economía socializada parece ser el código checoslovaco (1964).¹⁷⁹ Ahí, la institución de los contratos está simplemente descartada¹⁸⁰ y reemplazada por dos nuevas categorías de las cuales la de servicio parece ser la más significativa. Servicio en términos del código incluye los arreglos utilizados por las instituciones sociales cuando sirven a las necesidades del pueblo, como mercados de alimentos, transporte y seguros. Aparentemente esta solución representa una liquidación realista de lo que en la economía liberal se llama contratos de adhesión, los cuales no siendo contratos sino aceptación unilateral de ofertas incambiables, causaron insuperables dificultades dogmáticas. Se puede agregar que el Código Económico promulgado el mismo año¹⁸¹ contiene regulaciones adicionales.

Esta breve investigación de los motivos que hay tras las codificaciones¹⁸²

247 (1966); Rudzinski, *New Communist Civil Codes of Czechoslovakia and Poland: a General Appraisal*, 41 *Indiana Law Review* 33 (1965); y *Marxist Ethics and Polish Law*, 11 *Natural Law Forum* 48 (1966); Babinski, *Les Travaux de Codification en Pologne après 1945*, 11 *Revue Helénique de Droit Internationale* 307 (1958).

¹⁷⁹ Rudzinski, *New Communist Civil Codes of Czechoslovakia and Poland*, 41 *Indiana Law Review* 33 (1965); Izdebski, *Du Pouvoir Quasi-Legislatif du Gouvernement dans la République Populaire du Pologne*, 18 *Revue Internationale de Droit Comparé* 873 (1966).

¹⁸⁰ Knapp, *Verträge im tschechoslovakischen Recht*, 27 *Rabels Z.* 495 (1963); también *La Nouvelle Législation Civile en Tchécoslovaquie*, 16 *Revue Internationale de Droit Comparé* 753 (1964), y *Das neue tschechoslowakische Zivilgesetzbuch*, 6 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 19 (1965).

¹⁸¹ Kalensky, *Les Traits Essentiels des Nouvelles Codifications Tchécoslovaques du Droit du Commerce International et du Droit International Privé*, 16 *Revue Internationale de Droit Comparé* 565 (1964); también *Die Grundzüge des tschechoslowakischen Gesetzes über den internationalen Handel*, 30 *Rabels Z.* 296 (1966); Kopac, *Le Code Tchécoslovaque de Commerce International*, 94 *Journal de Droit International (Clunet)* 789 (1967). Compárese la reciente codificación inglesa de las ventas internacionales (1967), Feltham, *Uniform Law on International Sales Act, 1967*, 30 *Modern Law Review* 670 (1967).

¹⁸² Las motivaciones subyacentes son discutidas entre otros por Pound, *Codification in Anglo American Law*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 267, 275 (1956), enlistando al final de los desarrollos jurídicos, un pesado volumen de fuentes que contiene materiales obsoletos, importantes cuestiones jurídicas sin resolver, un viraje del judicial a la legislación y "un acuerdo general sobre el propósito del control social". Stone, *A Primer on Codification*, 29 *Tulane Law Review* 303 (1955), enfatiza el establecimiento de nuevos Estados; Friedrich, *The Ideological and Philosophical Background*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon*

nos lleva a la observación de que las más impresionantes codificaciones deben su existencia a una u otra forma de regímenes autoritarios, que niegan acción libre a las fuerzas políticas, sociales o económicas en favor de la guía monista y acaparadora de la doctrina oficial. Tal supremacía no sólo hace posible las promulgaciones amplias sino que también las previene de ser adulteradas por compromisos entre las varias políticas y otras facciones. Una política dominante puede ser personificada por un gobernante absoluto, con o sin corona, o por una élite (en el sentido sociológico de la palabra), permitiendo la creación y ejecución, con la ayuda de un séquito de imponderables burocráticos o intelectuales, de la gran imagen de una sociedad uniformemente moldeada. Los ejemplos abundan. Los regímenes totalitarios de las recientes décadas, del comunista al fascista, han producido extensas codificaciones, como lo hicieron los regímenes feudal y paternalista que dieron a sus súbditos el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794) y el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco (181).¹⁸³ Un sentido de unidad espontánea en una nación también puede ser creado por grandes sucesos en su historia, como la liberación, o la unificación¹⁸⁴ o simple patriotismo. Se puede escoger a Latinoamérica como un ejemplo del primer tipo, Italia y Alemania del segundo y Suiza¹⁸⁵ del tercero.

Cómo codificar

El modo como el derecho se codifica depende esencialmente de dos factores: uno, la técnica seguida en diferentes etapas del proceso que

and the Common Law World 1 (1956), sugiere una clasificación simple en codificaciones del tipo de digesto, del tipo de reforma, y del tipo revolucionario. Koschaker, *op. cit.* nota 182, redujo el número a dos, a saber, codificaciones con intenciones de reforma del derecho y aquella con propósitos técnicos meramente (claridad, uniformidad). Lawson encuentra tres razones: aseando el derecho y la unificación, *A Common Lawyer Looks at Codification*, 2 *Inter-American Law Review* 1 (1960), añadiendo revoluciones (*A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 2 *Interamerican Law Review*, 49, 1953). Weber encuentra fuerzas guiadoras en una "reorientación de la vida jurídica, según se haga necesario como un resultado de innovaciones políticas externas, o de un compromiso entre grupos de *status* o clases que aspiren a la unificación social interna del cuerpo político, o puede ser una combinación . . . o por conclusión de las revoluciones", Rheinstejn (ed.), *Weber on Law in Economy and Society* 268 (1954). Hirsch (*op. cit.* nota 25 en 129) identifica unificación, claridad, confiabilidad, prestigio del área respectiva del derecho o de los proyectistas o de la presión de clases para tal codificación así como prestigio nacional. El aislamiento nacional es enfatizado por Zepos, *Rechtsvereinheitlichung und geltende Gesetzbücher*, 19 *Revue Helénique de Droit Internationale* 14, 23 (1966).

¹⁸³ Korkisch, *Die Entstehung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 18 *Rabels Z.* 263 (1953); Strakosch, *State Absolutism and the Rule of Law: the Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753, 1811* (1967).

¹⁸⁴ Cassin, *Codification and National Unity*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common-Law World* 46 (1956).

¹⁸⁵ El Código Civil suizo (1912) fue adoptado por la asamblea federal unánimemente.

lleva a su terminación, y en el otro, la estructura y estilo particulares, si tiene algunos, a observar en su composición. Aquí se pueden hacer tan sólo unas cuantas observaciones.¹⁸⁶

La decisión primaria sobre si codificar o no es hecha por los individuos políticamente decisivos, tales como los monarcas o dictadores, los cuerpos legislativos (parlamentos), los doctrinarios (escritores jurídicos), o las organizaciones paraestatales decisivas del partido político dominante o sus varias agencias en un Estado totalitario. Tan diferentes como estas autoridades decisivas puedan parecer, las técnicas utilizadas en el proceso de codificación sorprendentemente siguen patrones similares. Ampliamente hablando cuatro etapas pueden ser distinguidas. Primero la etapa preparatoria que incluye la emergencia y aceptación, en principio, de la idea de codificar, seguida por una investigación preliminar en el área a afectar, resultando en un inventario del derecho vigente acompañado de algunas ideas rústicas para la futura codificación. La segunda etapa se puede ver en el establecimiento de un cuerpo encargado del estudio y preparación de un proyecto o borrador, una comisión de codificación. Esta comisión es creada en sociedades monísticas políticamente por el autócrata, por ejemplo, Justiniano designando la Comisión de Triboniano, o Napoleón encargando al Consejo de Estado, o el Papa estableciendo una Comisión Pontifical.¹⁸⁷ En las jurisdicciones con asambleas legislativas, una comisión de codificación puede ser creada dentro o fuera de tales cuerpos, con añadiduras de los grados de la corte, la barra, o la cátedra (universidades). Una vez bosquejado, el texto puede ser presentado para su discusión a las sociedades ilustradas, a los grupos profesionales, principalmente las cortes y la barra, o aun al público.¹⁸⁸ Después de la valoración de las sugerencias recibidas, el proyecto final es preparado y presentado a la autoridad constitucional para una decisión final. En las jurisdicciones en las que sólo una firma es suficiente, no surgirán problemas. Sin embargo, en las jurisdicciones con sistemas parlamentarios, el proceso legislativo regular es frecuentemente modificado para prevenir posibles mutilaciones del texto complejo por reformas mal concebidas o inconsistentes.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung* (1904); Gény, *La Technique Législative dans la Codification Moderne*, en 2 "Libre du Centenaire" 987 (1904), también en *Science of Legal Method* 498 (1921); Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, 46 *Archiv für zivilistische Praxis* 345 (1905); Angelesco, *La Technique Législative en Matière de Codification Civile* (1930); Freund, *Scientific Method of Legislative Drafting*, in *Science of Legal Method* 558 (1921); Winizky, *Reflexiones sobre la Técnica Legislativa: Algunas Enseñanzas del Derecho Comparado*, 2 *Inter-American Law Review* 375 (1960).

¹⁸⁷ *Arduum Sane Munus* estableciendo una comisión pontifical para proyectar un código de derecho canónico, 36 *Acta Ap. Sedis* 549 (1904).

¹⁸⁸ Mentschikoff, *The Uniform Commercial Code: An Experiment in Democracy in Drafting*, 36 *American Bar Association Journal* 419 (1950).

¹⁸⁹ Por ejemplo, la Comisión Legislativa bajo el artículo 80 de la Constitución de

Hay una creencia persistente de que la función de la codificación, distinguida de la legislación ordinaria, no es una labor política que deba ser apropiadamente ejecutada según las diversas reglas del juego político, sino una labor *sui generis*, que demanda expertos políticamente "imparciales" que hagan una tarea "científica".¹⁹⁰ La creencia en los milagros de la ciencia se entiende en muchos casos, que incluya la ciencia jurídica y sus representantes, pero es poco común que abarque a la sociología, la economía o la medicina. Por supuesto que esta postura no es compartida por todos los autores. Un grupo considera a la codificación como una labor inherentemente científica,¹⁹¹ con los políticos simplemente desca-

Bolivia (1960), autorizaba... "3. Codificar y editar las leyes. Las codificaciones y leyes que realice la Comisión Legislativa, tendrán fuerza obligatoria, a menos que el congreso pleno, en una sola discusión, decidiere enmendarlas o dejarlas insubsistentes". Geny, *op. cit.*, nota 42, escribe que tal "procedimiento legislativo especial sacrificaría algunos de los requisitos constitucionales en favor de los resultados, dejando más espacio para la determinación legislativa de elementos técnicos y, por tanto, reducir los elementos políticos en el proceso".

Las técnicas particulares empleadas en el proceso de codificación son descritos generalmente por Vallindas, *Considérations de Science Legislative sur la Codification, Spécialement en Droit Privé*, 8 Revue Internationale de Droit Comparé 28 (1956). Para códigos particulares ver Rose, *The Code Napoleon: How It was Made and Its Place in the World's Jurisprudence*, 40 American Law Review 833 (1906); Maitland, *The Making of the German Civil Code*, 3 Collected Papers 474 (1911); Vallindas, *Vorbereitungsarbeiten und Bedeutung der zivilrechtlichen Kodifikation Griechenlands*, 7 Rabels Z. 161 (1933); Wywra, *L'Élaboration du Nouveau Code Civil en Pologne Populaire*, 19 Revue Helénique de Droit Internationale 247 (1966).

¹⁹⁰ Una codificación profesional de éxito se ejemplifica por el Código Civil de Montenegro (1888, trad. por Darest & Riviere, *Code Général de Biens...*, Paris, 1897), el trabajo de Bogisic, *A propos du Code Civil de Montenegro: Quelques Mots sur le Principes et la Méthode Adopté pour sa Codification*, 26 Bulletin de la Société de Législation Comparé 183 (1887); Phillips, *The Code of Montenegro*, 13 Law Quarterly Review 70 (1897), y *L'Histoire d'une Codification* (1901). Otros ejemplos son proporcionados por el profesor Huber para su Código Civil suizo y el profesor Sanhuri para una serie de codificaciones del Cercano y Medio Oriente.

Ejemplos de las repúblicas latinoamericanas son demasiados y muy conocidos como para ser mencionados aquí.

¹⁹¹ Alvarez, *Methods for Scientific Codification, in Science of Legal Method* 430 (1921); Freund, *Prolegomena to a Science of Legislation*, en "Celebration Legal Essays (J. H. Wigmore)" 122 (1919). Liver, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft*, 80 (2) Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 193, 199 (1961), escribe "Denn es ist die Wissenschaft, welcher der Gesetzgeber die Kodifikation verdankt: ihre Lehre erhebt er zum unabänderlichen Gesetz und Schick den Lehrer in die Wüste". Para una cooperación balanceada ver *The Harvard Brandeis Cooperative Research in "Israel's Legal Developments"*, 3 Harvard Law School Bulletin 7 (1952).

En el papel de los escolares en la codificación del derecho penal, ver Cohen, *Criminal Law Legislation and Legal Scholarship*, 16, Journal of Legal Education 253, 259 (1954). Las cualificaciones particulares por parte de los escolares se ve en su habilidad para clasificar los "valores finales e instituciones" para proporcionar "información sobre el pasado", para proyectar el "curso futuro de los eventos", y para inventar "nuevas alternativas de política", y estimar "el desenlace probable de todas las alternativas para el logro óptimo de los fines preferidos" y asegurados por su "aislamiento

lificados para poder incluso opinar,¹⁹² mientras que otro grupo advierte los peligros inherentes a la transferencia de la codificación de la arena política a las torres del marfil de los doctrinarios.¹⁹³ Tradicionalmente, en Europa y la América Latina se consideraba que la codificación era tarea propia para ser realizada por representantes de las ciencias jurídicas, por ejemplo, facultades de derecho, y en grado menor, los representantes de la administración de justicia, primariamente por funcionarios de los ministerios y en proporción menor, por los jueces en función. Ambos factores se han considerado no sólo profesionalmente cualificados para la tarea enorme de preparar grandes códigos sino además neutrales en las batallas políticas diarias, así como inmunes a las presiones de los "lobbyistas". Así, pues, sucedió que las universidades y el poder judicial, aun cuando carecieran de prestigio político en los países de sistema civil, han sido colocados en una situación de guardianes de la cultura jurídica de la nación, al menos en cuanto a la codificación. Sin embargo, con el progreso de la democracia dominada por los partidos, su posición se debilitó. Pero, en los países de *common law*, donde su posición respecto a los parlamentos nunca fue fuerte, una tendencia contraria puede observarse con la creciente influencia de los representantes de la ciencia

de las presiones de los clientes, por su habilidad para 'manejar los problemas fundamentales', por la libertad de preferencia de servicio de grupo de interés especial', por la oportunidad de representar lo "no representado", para "refinar conceptos", y por su libertad de cuestiones de propiedad que puedan concernir a otros juristas. Cfr. Goldschmidt, *La misión del jurista en la elaboración de leyes*, 3 (8) Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México 61 (1950), y David, *Le Rôle de Juristes dans l'Élaboration du Droit selon la Conception Traditionnelle du Système de Droit Romano-Germanique*, en 1 "Festschrift für Hans Dölle" 359 (1963).

En la posición soviética, ver Tchkhivadze & Kerimov, *Rol Sovetskoi Pravovoi Nauki v Sovershenstvovanii Zakonodatelstva (Role of Soviet Legal Science in Improving Legislation)*, en Akademija Nauk S.S.R.S., *Vorposi Kodifikatsii: Sbornik Nauchnikh Statei (Problems of Codification)* 5 (Moscú, 1957).

¹⁹² Hirsch, *op. cit.* n. 25 *supra*, 127.

¹⁹³ Smith, *Statute Law and Common Law*, 2 *Political Science Quarterly* 105, 119 (1887), ve en la codificación una "demanda doctrinaria: nuestros estatutos no son hechos por doctrinarios; son hechos para reparar males concretos y para satisfacer deseos concretos". Roguin, *The Form of the Law*, 10 *New York University Law Quarterly Review* 445 (1933), ve al doctrinario que proyecta el código "en su gabinete, aislado y silente, protegido de las demandas inoportunas de la gente para darles leyes claras y definitivas... Volverá a sí mismo para encontrar inspiración, y al cabo de un tiempo coordinará el producto de su pensamiento enclaustrado en una colección parsimoniosa de principios generales ante los cuales él se parará intelectualmente traspasado... Será el mago poderoso que ha compuesto un elixir del que una gota logrará los más estupendos efectos. Después aparecerá la cruel contradicción de la realidad". Una posición media es adoptada por Kocourek, *The Legislative Function, in Science of Legal Method: Selected Essays by Various Authors* xliii (1921), señalando que la sola composición de la legislatura es un "testigo clamoroso de la creencia infantil" de que "cualquier adulto moral es competente para legislar"; sin embargo, igualmente falso es el punto de vista de que "una legislatura de académicos produciría mejores resultados prácticos".

jurídica en distintos cuerpos consultivos, que están ligados a las asambleas legislativas, junto con los representantes de los colegios de abogados.

Actualmente las soluciones parecen gravitar hacia el compromiso razonable indicado ya por J. S. Mill¹⁹⁴ en su consejo de que en estas empresas, "la inteligencia sea aportada por los expertos y el designio político por los parlamentos". Esta tendencia se evidencia por el papel en aumento de los expertos jurídicos en los comités legislativos, con expertos de ciertos campos también dentro del cuadro.¹⁹⁵ El elemento erudito en las codificaciones modernas está ganando apoyo, ya que es capaz para determinar expertamente los valores y los objetivos de la legislación, tiene la información confiable acerca de la situación pasada y presente, puede prever el curso futuro de los eventos libre de promesas o sueños, y puede sugerir las alternativas practicables y estimar su probable resultado.¹⁹⁶

Singnificativa es también la aparición, particularmente en el *common law* y jurisdicciones mixtas, de las instituciones dedicadas a la codificación como un mejor método de legislación. En los Estados Unidos, el *American Law Institute*¹⁹⁷ y los *Commissioner for Uniform State Laws*¹⁹⁸ pueden ser mencionados. El primero produce los numerosos *Restatements* del *common law* según están en vigencia en los Estados Unidos, mientras que el último es un cuerpo de representantes de los diferentes Estados de la Unión, encargado de bosquejar leyes uniformes para ser presentadas a las legislaturas de los Estados para su adopción. En Louisiana el *State Law Institute*,¹⁹⁹ encargado originalmente (1938)²⁰⁰ del examen

¹⁹⁴ Mill, *Representative Government*, cap. 5 (1859).

¹⁹⁵ Fordham, *The State Legislative Institutions* (1959); Siffin, *The Legislative Council in the American States* (1959); Unruh, *Scientific Inputs to Legislative Decision Making*, 17 (3) *W. Pol. Q.* (supp.) 53 (1964); Coigne, *Statute Making* 21 (1965); Breitel, *The Law Makers*, 65 *Columbia Law Review* 749, 759 (1965). Para desarrollos recientes ver Wiltsee, *Legislative Service*, 16 *The Book of the States*, 1966-1967 (1966). También Dession & Lasswell, *Public Order under Law: the Role of the Advisor-Draftsman in the Formation of Code or Constitution*, 65 *Yale Law Journal* 174 (1955); Vivas, *Asistencia Técnica en los Estados de la Unión*, 118 *La Ley* 965 (1965); Goldschmidt, *La misión del jurista en la elaboración de leyes*, 3 (8) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* 61 (1950). Cfr. Chrypinski, *Legislative Committees in Polish Lawmaking*, 25 *Slavic Review* 247 (1966); Lee, *The Office of the Legislative Counsel*, 29 *Columbia Law Review*, 381 (1929); Kofmehl, *Professional Staffs of Congress* (1962).

¹⁹⁶ Dession & Laswell, *Public Order under Law: the Role of the Advisor Draftsman in the Formation of Code or Constitution*, 65 *Yale Law Journal* 174; también Cohen, *Criminal Law Legislation and Legal Scholarship*, 16 *Journal of Legal Education* 253 (1964); Wechsler, *Legal Scholarship and Criminal Law*, 9 *Journal of Legal Education* 18 (1956).

¹⁹⁷ Franklin, *The Historic Function of the American Law Institute: Restatement as Transitional to Codification*, 47 *Harvard Law Review* 1367 (1934).

¹⁹⁸ Ver *supra* nota 89.

¹⁹⁹ Stone, *The Louisiana State Law Institute*, 4 *American Journal of Comparative Law* 85 (1955).

²⁰⁰ *Louisiana Laws*. 1938, Act 166.

y estudio del “derecho civil de Louisiana y de la jurisprudencia de Louisiana y estatutos del Estado con vistas a descubrir los defectos y desigualdades, y recomendar reformas requeridas”, actualmente (1948)²⁰¹ tiene instrucciones de “preparar amplios proyectos para la revisión del Código Civil de Louisiana y de revisar el *Code of Practice*”. Antecedentes similares impulsaron a Puerto Rico a promulgar en 1950²⁰² una ley, reformada en 1954, que considera “una nueva codificación científicamente ordenada de todas las leyes de carácter general y permanente en vigencia en Puerto Rico”, como indispensable. Para este propósito, una *Code Commission* fue creada para registrar estas leyes, incluyendo las decisiones de la Suprema Corte, y para llevar esta codificación al corriente, supervisando “la revisión continua del derecho codificado”, llamando la atención de la comisión para la “uniformidad, claridad de estilo y exactitud del texto... necesarias para el claro entendimiento de la ley de un pueblo”.

Después de que el intento de consolidar las promulgaciones legisladas (1949)²⁰³ no triunfó, la idea de la codificación²⁰⁴ fue adoptada en Gran Bretaña. Según el artículo 3º de la *Law Commissions Act* de 1955,²⁰⁵ tales comisiones están encargadas de “llevar y mantener bajo revisión todo el derecho con el cual están respectivamente conectados con vistas a su desarrollo sistemático y reforma, incluyendo en particular la codificación de tal derecho, la eliminación de las anomalías, el repudio de las promulgaciones obsoletas e innecesarias, la reducción de una serie de promulgaciones separadas, y en general, la simplificación y modernización del derecho”.

Concluyendo esta exploración, la cuestión de la estructura y estilo

²⁰¹ *Louisiana Laws*, 1948, Act 335.

²⁰² 2 *Laws of Puerto Rico Annotated* § 221, 222.

²⁰³ *Consolidation of Enactments (Procedure) Act*, 1949, 12 & 13 Geo. 33, dispone en la sección 1, “Si en cualquier momento aparece al Ministro de Justicia que sería conveniente que un proyecto de ley fuese preparado con el objeto de consolidar las promulgaciones relativas a cualquier materia, pero que para facilitar la consolidación de esas promulgaciones debieran hacerse correcciones y pequeños mejoramientos, podrá interponer ante el Parlamento un memorándum proponiendo tales medidas.” Marshall, *Statute Revision in the Commonwealth*, 13 *International and Comparative Law Quarterly* 1407 (1964).

²⁰⁴ Lloyd, *Codifying English Law*, 2 *Current Legal Problems* 155 (1949). Cfr. Macdonell, *The Codification of Common Law in the Empire*, 16 *Journal of the Society for Comparative Law* (n.s.) 265 (1916); también Smith, *Unification of Law in Britain: Problems of Coordination*, *Acta Jurídica*, 1965-1966, 93 (1967).

²⁰⁵ 13 *Eliz. cap. 22*; Sutton, *The English Law Commissions: a New Philosophy of Law Reform*, 20 *Vanderbilt Law Review* 1009 (1967). Legislación adicional bajo ese programa: *Family Provisions Act*, 1966 (cap. 35, 1966); *Criminal Law Act*, 1967 (cap. 57, 1967); *Matrimonial Homes Act*, 1967 (cap. 75, 1967); *Criminal Justice Act*, 1967 (cap. 80, 1967); *Sea Fisheries (Shellfish) Act*, 1967 (cap. 83, 1967); *Rent Act*, 1968 (cap. 23, 1968), y *Domestic and appellate Proceedings Act* (1968), hallándose ante el Parlamento el *Divorce Reform Bill* (H. C. Bill. No. 18, sesión de 1967/68).

de las codificaciones no puede ser pasada por alto. Por lo que respecta a la estructura, parece que hay un acuerdo general de que una codificación debería ser sistemática y completa cubriendo la rama del derecho involucrada. Sin embargo, el tamaño del código civil varía considerablemente desde más o menos una sección de mil artículos hasta más de cuatro mil; depende de la brevedad de la sección así como de la limitación de las reglas generales²⁰⁶ o de la inclusión de disposiciones más detalladas, con comentarios oficiales agregados en una medida.²⁰⁷ Con respecto a las cualidades lingüísticas, los gustos varían. Algunos proponentes defienden un estilo popular²⁰⁸ hablando al hombre de la calle, mientras que otros prefieren que sus leyes se dirijan a las cortes, y otros prefieren un lenguaje profesional repleto de clasificaciones y referencias una y otra vez. Ocurrió que el Código Civil francés fue alabado por su elegante estilo y claridad, el Código suizo por su toque humano y el Código alemán fue criticado por su impuesto dogmatismo y autorectitud.

El derecho codificado en acción

Cuando se intenta evaluar el papel del derecho codificado en diferentes sistemas jurídicos, uno debe considerar la totalidad de las fuentes del derecho que operan dentro de un sistema dado. Esto significa que uno debe identificar y valorar no sólo las reglas establecidas por los órganos creadores del derecho constitucionalmente autorizados, incluyendo —en las jurisdicciones del *common law*— las cortes, sino también la vasta multitud de normas no autoritativas que igualmente ejecutan funciones regulatorias, particularmente las de naturaleza contractual. Claro que, entre las fuentes del derecho, el derecho legislado o codificado,

²⁰⁶ Gilmore, *On the Difficulty of Codifying Commercial Law*, 57 *Yale Law Journal* 1341 (1948), sugiere como de "vital importancia que el Código en su totalidad sea conservado en términos de tal generalidad como para permitir una aplicación fácil y no represiva de sus disposiciones a nuevos patrones de conducta en los negocios... lo más inespecífico posible".

²⁰⁷ El Código Penal bávaro (1813) fue publicado con un comentario oficial, y el *Restatement* tiene comentarios con ilustraciones. Los comentarios por el "American Law Institute" y la "National Conference on Uniform Laws" son "una parte integral del texto oficial" del *Uniform Commercial Code*, Mentischikoff, *The Uniform Commercial Code*, 30 *Rabels Z.* 403 (1966).

²⁰⁸ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, sostiene que las leyes "*ne doivent être subtiles: elles sont faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de logique mais la raison simple d'un père de famille*". La *Publikationspatent* para el "Allgemeines Landrecht der Preussischen Staaten (1791)" "*dergestalt vorgetragen werde, dass jeder Inwohner des Staates... selbst lesen, verstehen und in vorkommenden Fallen sich nach den Vorschriften desselben gehörig achten könne*". Roguin, *The Form of Law*, 10 *New York University Law Quarterly Review* 445, 449 (1933), supone que hay una "alegría infantil, algunas veces maligna, que siente el legislador cuando lanza entre la gente un texto difícil de entender y el cual sólo los juristas sepan cómo desentrañar".

creado conscientemente, elaborado y políticamente sancionado, tendrá el lugar más preponderante. En las jurisdicciones del *common law*, y algunas mixtas, las reglas promulgadas compiten con las reglas creadas por el poder judicial como residuos de su adjudicación en litigios individuales,²⁰⁹ bajo la doctrina del *stare decisis*, o la menos estricta, de la "jurisprudencia constante".²¹⁰ En otras jurisdicciones, el juez puede ser puesto en el lugar del legislador cada vez que la última ha fallado para proveer un sistema de derecho sin cuarteaduras: el famoso aunque exagerado artículo 1º del Código Civil suizo es un ejemplo.²¹¹

Además de estos métodos de elaboración del derecho ejecutados por las diferentes ramas del derecho, hay, operando, métodos extraconstitucionales de creación de reglas cubriendo frecuentemente ámbitos que trascienden del estrictamente contractual. Los convenios colectivos de trabajo y los elaborados contratos de adhesión en seguros, transporte, mercados y ventas, son ejemplos.²¹² Se puede decir que un sistema elaborado de derecho legislado, particularmente codificado, reduce la extensión de esta "codificación" contractual. Y, viceversa, la falta de regulaciones legisladas satisfactorias incrementarán la cantidad, cobertura y total importancia de estos substitutos creados privadamente.

Con esta perspectiva en mente, la función ejecutada por el derecho codificado en las jurisdicciones del *common law* y de derecho civil puede ser analizada. El *common law* está bien caracterizado como una red interminable de reglas que cubren cualquier situación práctica, si no proveyendo una regla expresa y sustantiva contenida en el fallo de un caso, ofreciendo un método para encontrar otra mediante la completa manipulación de precedentes. Se entiende, pues, que en las leyes de una jurisdicción del *common law*, incluyendo los códigos, no aparecen en el vacío ni tampoco abrogan necesariamente todo el derecho no legislado preexistente. Como consecuencia, una promulgación será comparada con y pesada en contra de las reglas omnipresentes del *common law*, una técnica que resulta, por un lado, en las reglas tradicionales de estricta interpretación del derecho legislado²¹³ y, por el otro, en la idea

²⁰⁹ Horack, *The Common Law of Legislation*, 23 Iowa Law Review 11 (1937), compara el proceso judicial y las audiencias legislativas como preliminares a la legislación judicial o congresional, encontrando similitudes sorprendentes.

²¹⁰ Henry, *Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted*, 15 American Bar Association Journal 11 (1929).

²¹¹ Samuel, *The Codification of Law*, 5 University of Toronto Law Journal 148 (1943).

²¹² Evans, *Public and Private Legal System*, en Evans (ed.), *Law and Sociology: Exploratory Essays* 165 (1962). Note, *Quasi-Legislative Arbitration Agreements*, 64 Columbia Law Review 109 (1964); Reames, *The Adhesion Contract of Insurance*, 5 Santa Clara Lawyer 60 (1964); Kimball (et al.), *Legislative and Judicial Control of the Terms of Insurance Contracts: A Comparative Study of American and European Practice*, 39 Indiana Law Journal 675 (1964).

²¹³ Radin, *Statutory Interpretation*, 43 Harvard Law Review 863 (1930), y *A Short Way with Statutes*, 56 Harvard Law Review 388 (1942); Horack, *The Disintegration*

de que un estatuto sólo puede ser declaratorio de *common law* y que no cambia nada.²¹⁴ Y lo que es más, el impacto fáctico del derecho legislado está determinado considerablemente por la regla del *stare decisis* aplicable también en los casos que tienen que ver con la interpretación estatutaria.²¹⁵ Tan es así, que el lenguaje de la ley puede ser, en un periodo corto, cubierto con una intrincada red de derecho casuista que puede persuadir a las cortes para volver al origen de la regla, la ley subyacente.

Como resultado, el derecho legislado, incluyendo los códigos, se ven inmersos y disueltos en el mar del *common law* con una considerable si no completa pérdida de su identidad. Esta suerte corrió del *Civil Code* de Field después de su adopción en algunos de los entonces territorios pioneros, como Dakota del Norte y del Sur (1877) y Montana (1895). Sólo unas décadas después, el Código Civil se desintegró en pedazos y se esparció sobre todo el cuerpo de leyes consolidadas del Estado. Lo mismo ocurrió con el Código Civil de Georgia (1861)²¹⁶ originalmente

of *Statutory Construction*, 24 *Indiana Law Journal* 335 (1949); también *The Common Law of Legislation*, 23 *Iowa Law Review* 41 (1957); Fordham (a.o.), *Interpretation of Statutes in Derogation of Common Law*, 3 *Vanderbilt Law Review* 438 (1950).

La autoridad para tan estricta interpretación es el Heydon's Case (Exchequer, 1584, 76 *Engl. Rep.* 637) que "para la verdadera y segura interpretación de todos los estatutos en general... cuatro cosas deben ser discernidas y consideradas: 1) Qué era el *Common Law* antes de la elaboración de la ley; 2) Cuál era el mal y el defecto para el cual el *Common Law* no disponía nada; 3) Qué remedio ha resuelto el Parlamento para curar el mal de la comunidad (*commonwealth*); y 4) la verdadera razón del remedio..."

La cuestión de saber si el *Uniform Commercial Code* deba ser interpretado como un código y no como una simple ley ordinaria, es desarrollada por Hawklan, *Uniform Commercial Code Methodology*, 1962 *University of Illinois Law Forum* 291.

²¹⁴ El § 5 del Código Civil de California dispone, "Las disposiciones de este Código, mientras sean sustancialmente las mismas existentes en el *common law* o los estatutos, deben ser explicadas como continuación de eso, y no como una nueva promulgación", excepto donde el alcance del código y materiales legislativos indiquen que el Código está diseñado para reemplazar completamente el *common law* o que existe el intento de codificación partiendo del *common law*.

Cfr. *Siminoff v. Goodman & Bank*, 121 p. 939 (1912). Pomeroy, *The True Method of Interpreting the Civil Code*, 3 *West Coast Rep.* 585 (1884); Harrison, *The First Half-Century of the California Civil Code*, 10 *California Law Review* 185 (1922).

²¹⁵ Lenhoff, *Extra-Legislational Progress of Law: the Place of the Judiciary in the Shaping of New Law*, 28 *Nebraska Law Review* 542 (1949).

²¹⁶ En cumplimiento de un mandato legislativo para promulgar un código que debería "comprender, lo más posible, en una forma condensada, las leyes de Georgia, si se derivan del *common law*, la Constitución, los estatutos del Estado, las decisiones de la Suprema Corte, o los estatutos de Inglaterra, vigentes en el estado". Clark (et al.), *The Code of the State of Georgia* (1882); Clark, *History of the First Georgia Code*, 25 *American Law Review* 20 (1886); Smith, *The First Georgia Code*, 25 *American Law Review* 20 (1886); Smith, *The First Codification of Substantive Common Law*, 4 *Tulane Law Review* 178 (1930).

llevado en los estatutos compilados como una unidad (§ § 1651-3237). Sin embargo, el grado de pérdida de identidad de un código es difícil de determinar en las jurisdicciones mixtas. Por ejemplo en Louisiana,²¹⁷ considerada una jurisdicción de tipo civil donde la regla del *stare decisis* no tiene sino sólo la más débil doctrina de la "jurisprudencia constante", el impacto del *common law* es menos fuerte que en California²¹⁸ donde el Código Civil, que aparece como una unidad legislativa, es tratado tan sólo como una simple promulgación y su identidad más debilitada por la posibilidad de que disposiciones substancialmente similares del código puedan interpretarse que continúan las reglas preexistentes del *common law*.

Como ya se indicó, la función de un código en una jurisdicción de tipo

²¹⁷ El Art. 13 del Código Civil de Louisiana dispone que, "Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad, su letra no debe ser ignorada so pretexto de cumplir con su espíritu"; sin embargo, el intento legislativo puede ser considerado. En caso de que no haya disposición de código ("Comenzando con las palabras del código en sí mismo, como uno debe, encontramos que el código..."), *Lartique v. R. J. Reynolds Tobacco Company*, 317 F. 2d 19, 28, 1963), entonces, "el juez está obligado a proceder y decidir, según la equidad. Para decidir equitativamente, se debe invocar el derecho natural y la razón, o usos recibidos, donde el derecho positivo es silente". En otro caso (*Dieball v. Continental Casualty Co.*, 176 So. 2d 774, 1965) la Corte, tratando una colisión automovilística, escribió que es "apropiado para recordarnos otra vez que la ley básica y fundamental de Louisiana es codificada y estatutaria", citado de otro caso (*Hightower v. Dr. Pepper Bottling Company*, 117 So. 2d 642, 1959), en relación con el mismo artículo 2315 y señaló que este artículo "representa la fundación misma sobre la cual todo el *tort law* en Louisiana ha sido legislado... (y) no tiene relación con el *common law*; no deriva de eso, nada de su historia o efecto y, por tanto, no es susceptible de interpretación sobre la base de los principios del *common law*". Ver también Tucker, *The Code and the Common Law in Louisiana*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon the Common Law World* 346 (1956); Tate, *Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana*, 22 Louisiana Law Review 727 (1962); Greenberg, *Must Resign to the Common Law* 11 Tulane Law Review 598 (1927); Ireland, *Louisiana's Legal System Reappraised*, 11 Tulane Law Review 585 (1937); Hood, *A Crossroad in Louisiana History*, 22 Louisiana Law Review 709 (1962). Dainow, *Codification et Revision du Droit Privé en Louisiane*, 8 Revue Internationale de Droit Comparé 376 (1956); Morrow, *The Future of Codification in Louisiana*, 29 Tulane Law Review 249 (1955).

Se puede agregar que en *William v. Employers Liability Assurance Corporation. Ltd.*, 296 F. 2d 569 (1961), la corte identificó las principales fuentes del Código Civil de Louisiana como "Sobresimplificándolo, las raíces de códigos se extendieron, en el lado francés, a través del Código de Napoleón, el Código de Luis, las Ordenanzas de D'Aquesseau, los tratados de Poitier y Domat a Justiniano; en el lado español, a través del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Recopilaciones de Leyes de los Reynos de las Indias, la Nueva Recopilación y las Siete Partidas a Justineano."

²¹⁸ Alstyn, *The California Civil Code*, en 1 "West's Annotated California Civil Code" 1 (1954); Brown, *California System of Codes*, 28 American Law Review 258 (1894); Parma, *The History of the Adoption of the California Codes*, 22 Law Library Journal 8 (1929); Kleps, *The Revision and Codification of California Statutes*, 1948-1953, 42 California Law Review 766 (1954).

civil es diferente.²¹⁹ Con respecto a las características negativas, se puede decir que en los sistemas de tipo civil, un cuerpo preexistente de derecho general comparable al *common law* como un derecho positivo penetrante, hace falta. Empero, hay un paralelo en el derecho civil. Mientras que en las jurisdicciones del *common law*, el derecho legislado en general y los códigos en particular, están incrustados y en una gran medida absorbidos la fértil tierra del *common law*, en los países de tipo civil la función de apoyo es ejecutada —por autoridad legislativa— por principios de igual manera penetrantes: “principios de justicia natural”, por “principios generales del derecho”, o por derecho de las costumbres o derecho religioso, cuya función es ejecutada en las jurisdicciones del *common law* por las igualmente acaparadoras doctrinas del *common law*. Segundo, el método del *common law* de creación del derecho a través de casos está, con pocas excepciones, ausente en las jurisdicciones del tipo civil, previniendo así —como una regla— al derecho del caso interpretativo de que sea sustituido por el estatuto o interpuesto entre el estatuto y su aplicación. Tercero, el método del derecho civil de interpretación de leyes no se ve afectado por la postura tradicional aunque desvaneciente, en alguna jurisdicción del *common law*, de interpretar restrictivamente el derecho legislado.²²⁰ Al contrario, al enfrentarse con la tarea de interpretar un código, los civilistas buscarán los principios jurídicos generales subyacentes al código como un todo; tal actitud hace de los códigos del tipo civil, por sus amplias disposiciones, no sólo flexibles sino también ajustables a cambios. En las palabras de una reciente decisión²²¹ de una corte federal establecida en Louisiana: “En las jurisdicciones de tipo civil el nuevo vino en viejas botellas no es un truco engañoso. Es inherente en la construcción evolutiva que es esencial para hacer que un código viva y trabaje.” Finalmente, es de observarse que en las jurisdicciones del tipo civil no hay jurados de significación alguna. Este hecho mantiene las decisiones judiciales apegadas al texto de la ley, o, por lo menos, mantiene su aplicación libre de ser manchada por la intercesión de un incontrolable veredicto popular.

En el lado positivo, los siguientes rasgos merecen mención. En los países de tipo civil, el derecho codificado está dotado, como ya se señaló, con la autoridad incuestionada de una más apreciable fuente general del derecho, el *status* preeminente, el cual se convierte en una fuerza estabilizadora posteriormente afianzada por las dificultades inherentes de cambiarla a través de procesos legislativos regulares. Debido

²¹⁹ Schlesinger, *Comparative Law: Cases, Text, Materials* 173 (1959); Parker, *The Criteria of Civil Law*, 7 *Jurist* 140 (1947); Screni, *The Code and the Case Law*, en Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common-Law World* 55 (1956).

²²⁰ Ver nota 213 *supra*.

²²¹ *Williams v. Employers Liability Assurance Corporation, Ltd.*, 296, F. 2d. 569, 580 (1961).

a la naturaleza compleja, amplia y frecuentemente engranada de los códigos, las reformas localizadas y las reformas de largo alcance presentan una tarea difícil.²²² Como una consecuencia, la función conservadora del derecho codificado puede degenerar en una abierta rémora para sólidos y responsables desarrollos de la ley. Este tipo de efecto es algunas veces de intento. El codificador puede decidir defender la integridad perenne de su *opus magnum* en contra de las irregladas fuentes de cambio, el judicial, la ciencia jurídica y la barra. Tan ocurrió así, que renombrados codificadores han prohibido comentarios²²³ y han prohibido a las cortes²²⁴ el prestar atención a las críticas e inquisitivas mentes de los académicos jurídicos. Tratando de maniatar a los jueces, los codificadores han intentado reducirlos a aplicadores mecánicos del texto reservándose (los codificadores) la tarea de interpretación.²²⁵ Por lo que respecta a la barra, uno de los codificadores creyó haber hecho un código tan perfecto que ninguna disputa surgiría en su aplicación, un hecho que haría a la barra simplemente innecesaria.²²⁶

Sin embargo, hay también una tendencia opuesta, a saber, construir en el código un mecanismo para una revisión permanente. Esto se

²²² Ejemplificado por más de medio siglo de intentos franceses de reformar el Código Civil: Savatier, *Destin du Code Civil Français*, 6 *Revue Internationale de Droit Comparé* 637 (1954); Houin, *Reform of the French Civil Code and the Code of Commerce*, 4 *American Journal of Comparative Law* 485 (1955), *La Technique de la Réforme des Codes Français de Droit Privé*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 9 (1956), y *The Reform of the French Civil Code*, 97 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1948); Morandière, *Preliminary Report of the Civil Code Reform Commission of France*, 16 *Louisiana Law Review* 1 (1955), *Report to the Minister of Justice: Second Report of the Civil Code Reform Commission of France*, 23 *Louisiana Law Review* 506 (1963).

²²³ E. g. Justinian, *Tanta* 21 (“... ut nemo neque eroum, qui in presenti iuris pertitium haben, nec qui postea fuerint, audeant comentarios isdem legibus adnectere”), y *Deo Auctore* 12 (“Nostram autem consumption... nullis iuris peritis in posteram audientibus comentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere”).

Llenando las lagunas en el código, así como en la interpretación, se reserva a la legislatura, en el Código Civil de Bolivia (1959) del cual el art. 19 dispone: “Cuando haya falta u oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran”.

²²⁴ E. g., *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794), *Introd.*, § 6 (“Auf die Meinungen der Rechtslehre... soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden”), en consecuencia de cuya regla “numerosos escolares jurídicos perderán debido a la simplicidad de la materia, su misteriosa autoridad y serán privados de su abstracta Subtilitätskrämerei” como se expresa en *Gabinetsordre*, 1780 (citado en Savigny, *Vom Beruf*... 88, n. 1 (3d ed., 1840).

²²⁵ E. g., *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794), *Introd.*, § 47, 48 pero abolido 1803 (*Anhang*, § 2). El *Motu Proprio* (Sept. 15, 1917) dispone que una “comissio instituitur ad codicis canonici autentice interpretandis” (9 *Acta Apost. Sedis* 483, 1917).

²²⁶ E. g., *Gabinetsorder*, citado *supra* n. 224 (“... and the whole body of Attorneys will become unnecessary”).

intentó en el Código Civil español (1888) y después por algunas de las repúblicas latinoamericanas, pero siempre con resultados desanimantes.²²⁷

Otra observación puede arrojar más luz sobre el *status* de los códigos en los países de tipo civil. Como promulgaciones autosuficientes y complejas, los códigos cubren, en una forma muy completa, grandes segmentos de la vida en sociedad, o la protección de la sociedad contra el crimen. Los códigos tienen una posición de prestigio independiente y un paso de desarrollo muy propio mientras que en las jurisdicciones de *common law* el derecho legislado, incluyendo aquel que está codificado, gradualmente pierde su identidad uniéndose bajo la presión igualitaria del crecimiento suculento del derecho casuista en un solo cuerpo de derecho; los códigos en las jurisdicciones de tipo civil retienen sus distintas individualidades. La singularidad se ilustra por un proceso a través del cual han pasado muchos códigos, un proceso comparable a la vida de un ser orgánico.²²⁸ En los primeros días de su existencia, la brillante frescura, modernidad, o al menos novedad de un código inspira absoluta autoridad,²²⁹ una actitud que raya en el fetichismo y rebosante de lírico idealismo.²³⁰ Aquellos que lo enfocan, lo harán en una forma reverente confiando en la completa sabiduría final revelada por él. Imbuidos por una servicial obediencia al código, limitarán su uso a una estricta interpretación literal, y las dudas sobre su sabiduría parecerán irracionales, si no francamente sacrílegas. Mansos comentarios proliferan, con la máxima autoridad yendo a los proyectistas que produjeron el código. Sin embargo, el paso del tiempo también obrará sobre el código. La fase de la obediencia sojuzgada al texto habrá de pasar. En su lugar, actitudes críticas aparecerán y, urgidas por la ciencia, las cortes y la barra, las deficiencias en el código serán notadas y criticadas, aunque algunas de ellas no emanarán de debilidad inherente sino del cambio de los tiempos. Reluctantes en un principio, estas actitudes se harán más atrevidas: el pensamiento jurídico creativo y el derecho casuista gradualmente ganarán precedencia sobre el prestigio del código. El código ha entrado en el periodo de la decadencia. Puede ser simplemente repleto por reformas subsecuentes para que reviente por las costuras como el

²²⁷ Disposiciones adicionales (art. 1976), y Ley de Bases (1888), al final; también circular administrativa, Oct. 16, 1889, Código Civil interpretado y anotado . . . , 1135 (Rimblas ed., 1958); Matus Valencia, *The Centenary of the Chilean Civil Code*, 7 *American Journal of Comparative Law* 71 (1958).

²²⁸ Voirin, *Le Viellissement du Code Civil*, 4 *Annales Universitatis Saraviensis* 66 (1955).

²²⁹ Bigot-Preameneu expresó este sentimiento en el cuerpo legislativo (1807) diciendo, "*C'est une espèce d'arche sainte para laquelle nous donnerons aux peuples voisins l'exemple d'un respect religieux*", según se cita en I Lacré, *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France* 112 (1827).

²³⁰ "Fetichismo e idealización y de lirismo desbordante", Riera Aisa, *Codificación*, en 4 "Nueva Enciclopedia Jurídica" 237 (1952).

Code du Travail francés, originalmente promulgado entre 1910 y 1927.²³¹ O puede convertirse, de hecho, en una simple concha de la cual las partes vitales han sido reemplazadas por legislación colateral, como el Código Mercantil mexicano (1889). El código se enfrenta a su lucha por subsistir. Entonces surgirá un clamor para salvar el gran documento revitalizándolo mediante una revisión general y tomará décadas de discusión para decidir si se hace o no y cómo.²³² Habrá incluso sujetos desconsiderados proponiendo la idea iconoclastica de olvidar el pasado y construir uno nuevo. Sin embargo, el tiempo avanzará implacablemente y producirá nuevas formas de vida que demanden nuevas soluciones.²³³

Perspectivas

La idea de codificar el derecho no es de reciente origen. Tampoco lo es la cuestión subyacente, de codificar o no codificar. La idea de la codificación tiene una larga historia, partes de la cual han sido entrelazadas en el estudio que precede. Y cualquier cosa que valga la pena decirse sobre las soluciones alternativas ya ha sido dicha en los grandes debates entre Bentham²³⁴ y sus críticos, entre Savigny²³⁵ y Thibaut²³⁶

²³¹ Lyon-Caen, *Faut-il Refaire un Code du Travail*, Sirey, Chron. II, 33 (1966).

²³² Sobre revisión generalmente Gomes, *Consideraciones sobre la Reforma del Código Civil*, 5 *Inter-American Law Review* 123 (1963).

Francia: Houin, *La Technique de la Réforme des Codes Françaises de Droit Privé*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 9 (1956); Salvatier, *Destin du Code Française*, 6 *Revue Internationale de Droit Comparé* 637 (1954); Lewy, *Codification, Adaptability, and Experience*, en *Washington Foreign Law Association* (ed.), *Essays on French Law* 1 (1958); también nota 222 *supra*.

Bélgica: Van Dievoet, *Aspects Techniques et Pratiques de la Revision du Code Civil en Belgique*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 363 (1956).

Holanda: Langemeijer, *La Réforme due Code Civil Neerlandais*, 17 *Revue Internationale de Droit Comparé* 55 (1956); Dainow, *Civil Code Revision in the Netherlands: the Fifty Questions*, 5 *American Journal of Comparative Law* 595 (1956).

Louisiana: Dainow, *Codification et Revision du Droit Privé en Louisiana*, 8 *Revue Internationale de Droit Comparé* 376 (1956); Morrow, *Current Prospects for Revision of the Louisiana Civil Code*, 33 *Tulane Law Review* 143 (1958).

²³³ Otra técnica ha sido adoptada en Francia para poder hacer frente a los incesantes cambios estatutarios de los grandes códigos. La técnica es doble: una permite que los cambios estatutarios sean incorporados anualmente a los códigos por decreto, por ejemplo en código de aviación (Art. 3 de la ley de mayo 28, 1953, N° 55-515, J. O. 4843); y la otra que los códigos extensos sean descargados de disposiciones de "un caractère réglementaire", p. e., el *Civil Aviation Code* (1967), Art. 1 del decreto de marzo 30, 1967 (J. O. 3569).

²³⁴ Bentham, *Letter to the Citizens of the Several United States* (1817), en 4 "Works of Jeremy Bentham" (1843); Gregory, *Bentham and the Codifiers*, 13 *Harvard Law Review* 344 (1900).

²³⁵ Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (tr. 1931); Boulanger, *Sur une Controverse Allemande Suscitée par la Codification Napoléonienne*, 29 *Tulane Law Review* 180 (1955). Cf. Bethmann-Hollweg, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit* (1876).

²³⁶ Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814).

y entre Field²³⁷ y Carter.²³⁸ En conclusión, aún queda la tarea de considerar algunas de las tendencias significativas activas ahora e indicativas de desarrollo futuros.²³⁹ Aun si no hay un metro con el cual medir su importancia, una enumeración de estos factores puede ser muy ilustrativa.

Primero, aparece que la legislación, como uno de los *instrumentos del gobierno actual*, está adquiriendo gran importancia.²⁴⁰ Esto se evidencia no sólo por la cantidad siempre en aumento de legislación, sino también por su amplia dispersión y penetración en todas las facetas de la vida en sociedad.²⁴¹

Bajo la presión de nuevos patrones políticos y socioeconómicos que adquieran por ahora aceptación mundial, los gobiernos no tienen otra alternativa que apoyarse en las complejas promulgaciones legislativas regulatorias así como organizativas,²⁴² para enfrentarse a las crecientes demandas de libertad, igualdad y seguridad. El *Estado de bienestar*²⁴³ no sólo está aquí, sino que está para quedarse y crecer con propósitos realizables sólo mediante legislación estatutaria masiva, elevando así la legislación al mecanismo primario de crear el derecho. En áreas del derecho civil esta tendencia no presenta ninguna innovación.²⁴⁴ Por contraste, en áreas del *common law*, el impacto del derecho legislado²⁴⁵ aumentará en comparación con el derecho creado por el juez,²⁴⁶ con-

²³⁷ Field, *The Codification of the Common Law* (1882); también *Codification in the United States*, 1 *Juridical Review* 18 (1889).

²³⁸ Carter, *The Proposed Codification of Our Common Law* (1884), contestado por Field en *A Short Response to a Long Discourse* . . . (1884); Carter, *The Provinces of the Written and the Unwritten Law*, 24 *American Law Review* 1 (1890); and *Law: Its Origin, Growth and Function* (1907). En el mismo sentido Clarke, *The Science of Law and Lawmaking* (1890). Una discusión similar se efectuó entre Walker, *Codification*, 1 *Western Law Journal* 229 (1844), y Van Hamm, *Codification: Its Practicability and Expediency*, 1 *Western Law Journal* 229 (1944) reimpresso en Haar (ed.), *The Golden Age of American Law* 249 (1965).

²³⁹ Couture, *El Porvenir de la Codificación y del "Common Law" en el Continente Americano*, en "Jornadas Franco-Latino-Americanas de Derecho Comparado", 1948, 146 (Montevideo, 1951).

²⁴⁰ Duguit, *Law in the Modern State* 69 (1921).

²⁴¹ Rostow, *Planning for Freedom: the Public Law of American Capitalism* (1959); Friedman, *Capitalism and Freedom* (1962).

²⁴² Anderson, *The Emergence of the Modern Regulatory State* (1962).

²⁴³ Woodward, *Reality and Social Reform: the Transition from laissez-faire to the Welfare State*, 72 *Yale Law Journal* 286 (1962), concentrándose en la función negativo-prohibitiva e ignorando la positiva constructiva Ripert, *La Technique Législative de l'Économie Dirigée*, 29 *Tulane Law Review* 292 (1955); Yarmolinsky, *Responsible Law-making in a Technically Specialized Society*, en Hazard (ed.), *Law in Changing Society* 95 (1968); Kaiser (ed.), *Planung* (Strasbourg, 1965).

²⁴⁴ Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne* (1948); Savatier, *Les Méthamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui* (1952).

²⁴⁵ Friedman, *Law in a Changing Society* (1959); también *Statute Law and Its Interpretation in the Modern State*, 26 *Canadian Bar Review* 1277 (1948).

²⁴⁶ Clark & Trubek, *The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition*, 71 *Yale Law Journal* 255 (1961).

virtiéndose este último en algo inmanejable no obstante los intentos de salvarlo mediante el reemplazo de la ingenuidad por sistemas mecánicos.

Segundo, el derecho legislado en la forma ya sea de simples leyes o de códigos se está usando cada vez más para la *unificación del derecho* a nivel nacional e internacional. A nivel nacional, el trabajo para la unificación está siendo llevado a cabo en las jurisdicciones con poderes legislativos federalmente distribuidos, por ejemplo, México y los Estados Unidos, cada una de estas naciones enfrentándose a problemas diferentes. En el plano internacional, los esfuerzos hacia la unificación son algunas veces regionales en su naturaleza y otras veces universales.²⁴⁷ A la primera categoría pertenecen las convenciones de Montevideo (1889, 1940) y el trabajo considerable en este respecto ejecutado por la OEA y su precursora la Unión Pan-Americana. Más ejemplos se pueden encontrar en movimientos similares en América Latina,²⁴⁸ en la Comunidad Europea,²⁴⁹ en los países escandinavos,²⁵⁰ en el pacto de Benelux²⁵¹ y en los países árabes.²⁵² A nivel universal, el trabajo de las Naciones Unidas, particularmente en las áreas de trabajo, aviación y derechos de

²⁴⁷ Lemhofer, *Kritische Übersicht der Gegenstände, für die bisher eine internationale Rechtsvereinheitlichung erreicht or versucht worden ist*, en "Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung", Hamburg, 1962 at 151 (1962); Nadelmann, *Unification of Private Law*, 29 *Tulane Law Review* 328 (1955); también Erlar, *International Legislation*, 2 *Canadian Yearbook of International Law* 153 (1964).

²⁴⁸ Elola, *En torno a la unificación jurídica en América Latina*, 12 (39) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* 11 (1960); Cordeiro Alvarez, *Unificación legislativa en Latinoamérica*, 13 *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* 57 (Quito, 1964); Santa-Pinter, *Idea sobre codificación civil en América Latina*, 51 *Revista de Derecho y Legislación* (Caracas, 1962). Schroeder, *An Inter-American Uniform Commercial Code*, 2 *Western Reserve Law Review* 42 (1950); Cámara, *Inter-American Legislative Unification of Bills of Exchange and Promisory Notes*, 11 *New York Law Forum* 503 (1965); Bayitch, *La unificación del Derecho Aéreo en el hemisferio occidental*, 19 *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* 99 (1966); Ritch, *La codificación del Derecho Internacional Privado de los países americanos*, 7 *Inter-American Law Review* 419 (1965).

²⁴⁹ Caemerer, *The Problems of the Unification of Private Law in Europe*, 36 *University of Colorado Law Review* 307 (1964); Velu, *Aperçu sur l'Action Accomplie par le Conseil de l'Europe dans le Domaine du Droit*, 40 *Revue de Droit International et de Droit Comparé* 34 (1963). Cf. Zepos, *Die Bewegung zur Rechtsvereinheitlichung und das Schicksal der geltenden Zivilgesetzbücher*, 19 *Revue Hellénique de Droit International* 14 (1966).

²⁵⁰ Ekeberg, *The Scandinavian Co-operation in the Field of Legislation*, en "Unification of Law Yearbook" 321 (*Unidroit*, 1948); Sydow, *The Scandinavian Co-operation in the Field of Legislation after the Second World War*, 3 *Unification of Law*, 1947-1953, 487 (1954); Eyben, *Inter-Nordic Legislative Co-operation*, 6 *Scandinavian Studies in Law* 65 (1962); Kruse, *A Nordic Draft Code* (1963).

²⁵¹ Eijssen, *Benelux and the Unification of Private Law*, 3 *Unification of Law*, 1947-1952, 457 (1954).

²⁵² Badr, *Unification of the Laws of the Arab Countries*, 5 *Revue Egyptienne de Droit International* 11 (1955). Sobre Africa, Allott, *Towards the Unification of Laws in Africa*, 14 *International & Comparative Law Quarterly* 366 (1965).

autor, merece mencionarse. Lo que es más, el derecho internacional en sí mismo está por ser codificado, a juzgar del exitoso inicio que tuvo la Comisión de Derecho Internacional.

Un tercer factor puede ser agregado, a saber, una notable *disminución de las diferencias* en las actitudes hacia la codificación y el derecho casuista, respectivamente, que han sido tradicionalmente atribuidos a los dos grandes sistemas jurídicos. Otra vez parecen estar ocurriendo cambios en las áreas del *common law*, donde el resentimiento tradicional por parte del poder judicial en contra de interferencias por nadie pedidas por parte del cuerpo político en materia de derecho privado, está desapareciendo.²⁵³ En las jurisdicciones del tipo civil el cambio de actitud se expresa en un deseo creciente por parte de las cortes de aceptar el derecho casuista como un guía bien recibido a una consistente administración de justicia con sentido.²⁵⁴ Como resultado, ambos sistemas jurídicos tienden hacia una bien balanceada relación entre dos principales fuentes de derecho, facilitando, así, un reenfoque²⁵⁵ necesario para la unificación a través de la codificación.

Finalmente, puede ser observado que la idea de pensar y *planear* por adelantado en materias económicas y sociales, así como culturales, se ha convertido en un método generalmente aceptado de competir con el futuro. Como ya se indicó, tal enfoque activo exige sistemas detallados adecuadamente integrados por regulaciones legislativas y administrativas que ataquen los problemas tal y como los confronta la nación. Estas medidas presuponen, por necesidad, al menos alguna medida de acuerdo o de pacto en la valoración de los objetivos a lograr así como en la elección de los métodos a utilizar. Tal consenso se encuentra fácilmente en las sociedades monistas, pero es difícil de materializar los sistemas políticos pluralistas. Como una consecuencia, las sociedades monistas siempre han tenido y tienen ahora una mejor oportunidad para producir grandes codificaciones, mientras que las sociedades pluralistas deben ser satisfechas con alguna medida de *optimum* alcanzable, casi todo consistente en codificaciones específicas o compromisos prácticos. Para estar seguros, estas promulgaciones no formarán monumentos monolíticos, pero pueden acercarse a garantizar la consecución de la felicidad.

S. A. BAYTCH

Traducción de Jorge Larrea Bravo

²⁵³ Friedman, *Legal Theory* 374 (1953).

²⁵⁴ Friedman, *ibid.*, 372.

²⁵⁵ David, *El porvenir del "common law" y del Derecho Continental*, en "Jornadas Franco-Latino-Americana de Derecho Comparado", 1948, al 67 (Montevideo, 1951).