

## 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.<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> 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,<sup>2</sup> tales como el Código de Hammurabi,<sup>3</sup> el Código Heteo,<sup>4</sup> el código incorporado en la Biblia,<sup>5</sup> las Doce Tablas, el *Corpus Iuris Civilis*, el *Ruskaya Pradva*,<sup>6</sup> las Siete Partidas,<sup>7</sup> el Código de Tsar Dushan<sup>8</sup> y la impresionante cantidad de legislación que se originó con los primeros reyes ingleses.<sup>9</sup> 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.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Driver & Miles, *The Babilonian Laws* (1955).

<sup>4</sup> Neubold, *The Hittite Laws* (1951).

<sup>5</sup> Exodus 21: 1-22:17.

<sup>6</sup> Vernadski, *Medieval Russian Laws* (1947).

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

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

<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> siguiendo a Ilbert,<sup>11</sup> 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*<sup>12</sup> o incluso el llevar un caso.<sup>13</sup> 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. Atkinson<sup>14</sup> 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.

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

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

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

<sup>13</sup> Regla de derecho utilizada para la disposición de un caso.

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> pero aún manteniendo, por lo menos de una manera implícita, la función fundamentalmente declaratoria y consolidante. Una definición más articulada fue sugerida por Stone,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

Una descripción bien balanceada de la codificación fue dada por Dainow<sup>19</sup> 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 Morrow<sup>20</sup> 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...

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

<sup>16</sup> 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”.

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

<sup>18</sup> 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”.

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

<sup>20</sup> 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".<sup>21</sup>

Fuera del mundo del *common law* unos cuantos intentos de definición pueden ser escogidos como ilustraciones adicionales. Lobinger<sup>22</sup> 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,<sup>23</sup> 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,<sup>24</sup> 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,<sup>25</sup> enfatiza los elementos científicos

<sup>21</sup> 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".

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

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> 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,<sup>29</sup> o compilaciones paralelas de regulaciones administrativas, el Código de Regulaciones Federales.<sup>30</sup> En varios de los Estados de la Unión el término código se aplica a la colección sistemática de las promulgaciones estatales, periódicamente revisadas.<sup>31</sup> 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*<sup>32</sup> y los resultados de los esfuerzos de los hombres como Livingston<sup>33</sup>

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

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

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

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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 Field<sup>34</sup> con sus códigos civil y procesal, aún en vigencia en unos cuantos Estados de la Unión.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> 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

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

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> Ambos requisitos satisfarán el requisito decisivo, el de autonomía. Esto fue discutido repetida y violentamente. La discusión de la autonomía o no del derecho mercantil<sup>38</sup> 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 aéreo<sup>39</sup> 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

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

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> 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 1964<sup>40</sup> el Código Civil antepone usos y costumbres así como principios generales de derecho (artículo 2º). Y en la aviación, el Código aéreo argentino reciente<sup>41</sup> (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*<sup>42</sup> 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:<sup>43</sup> "Por una parte, los códigos impresionan por sus cualidades

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

<sup>41</sup> Código Aeronáutico, Ley 17, 285 (17 de mayo de 1967).

<sup>42</sup> 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".

<sup>43</sup> 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,<sup>44</sup> 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.”

<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup>

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

<sup>45</sup> "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).

<sup>46</sup> "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 César<sup>47</sup> 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*<sup>48</sup> y sugiriendo una idea repetida por Bacon<sup>49</sup> y magistralmente desarrollada por Bentham,<sup>50</sup> la Revolución Francesa en sus demandas;<sup>51</sup> y América Latina en su lucha por la liberación quejándose del estado lamentable del derecho español.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> "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.

<sup>48</sup> *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".

<sup>49</sup> "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 arrarlo 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).

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

<sup>51</sup> 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 à tout le Royaume". Cfr. Sagnac, *La Législation Civile de la Révolution Française, 1789-1804: Essay d'Histoire Sociale* (Paris, 1898).

<sup>52</sup> 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 Recepción<sup>53</sup> 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 artesanos<sup>54</sup> 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.

<sup>53</sup> Koschaker, *Europa y el Derecho Romano* 217 (1955).

<sup>54</sup> 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<sup>54a</sup> 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 realista<sup>55</sup> 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 Savigny<sup>56</sup> y Thibaut<sup>57</sup> había girado en torno a la oportunidad<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> Él da las siguien-

<sup>54a</sup> 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.

<sup>55</sup> 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".

<sup>56</sup> 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).

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

<sup>58</sup> Ver nota 69.

<sup>59</sup> 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”.<sup>60</sup>

Sin valorar todos estos puntos, uno de ellos, el mencionado en último término propuesto ya por Story<sup>61</sup> y repetido recientemente por Frank<sup>62</sup>

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”.

<sup>60</sup> 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”.

<sup>61</sup> “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).

<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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”.<sup>64</sup>

Una posición intermedia, defendiendo un trabajo prudente por etapas con una considerada deferencia al poder judicial ha sido adoptada por Story.<sup>65</sup> 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.”

<sup>63</sup> 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.”

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

<sup>65</sup> 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,<sup>66</sup> el gran protagonista de la codificación en los Estados Unidos. Más recientemente Pound<sup>67</sup> 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,<sup>68</sup> Livingston y Field, no han trabajado en vano. Sólo que estaban fuera de tiempo.<sup>69</sup>

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*),<sup>70</sup> los países de la órbita islámica permanecieron por mucho tiempo reluctantes, si no francamente hostiles, a la creación humana del derecho,<sup>71</sup> particu-

<sup>66</sup> 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.

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

<sup>68</sup> 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).

<sup>69</sup> 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).

<sup>70</sup> 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).

<sup>71</sup> 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).<sup>72</sup> Sin embargo, en otras materias, particularmente las concernientes a contratos, la *sharia* tradicional prevaleció, como fue codificada subsecuentemente en el *Majalla*.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> En otros países, el resultado del conflicto varió. En Egipto, para citar uno, el Código Civil promulgado en 1948,<sup>75</sup> provocó una enérgica discusión entre los tradicionalistas y los modernistas guiados por el profesor Sanhuri,<sup>76</sup> quien surgió como la fuerza guía detrás de un número de codificaciones modernas del Cercano Oriente, entre ellas el Código Civil de Iraq (1951).<sup>77</sup> En países más tradicionalistas el compromiso fue encaminado a apaciguar las fuerzas tradicionalistas.<sup>78</sup>

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).

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

<sup>73</sup> 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).

<sup>74</sup> Ver nota 72.

<sup>75</sup> 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).

<sup>76</sup> Ver nota 75.

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

<sup>78</sup> "El derecho islámico aparta el poder legislativo del soberano, el gobierno, el

Esto ocurrió, por ejemplo, en Kuwait,<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup>

El Estado de Israel se enfrenta a alternativas similares;<sup>81</sup> no solamente se enfrenta a la cuestión del grado en que el derecho religioso ha de influir la legislación futura de Israel,<sup>82</sup> 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".

<sup>79</sup> 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*.

<sup>80</sup> 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).

<sup>81</sup> 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).

<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

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).<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup>

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.<sup>86</sup> 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

<sup>83</sup> 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).

<sup>84</sup> 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).

<sup>85</sup> Ver nota 35.

<sup>86</sup> 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,<sup>87</sup> 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,<sup>88</sup> 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*.<sup>89</sup>

4) Planes idealistamente concebidos para codificar el derecho<sup>90</sup> siguiendo los patrones del derecho legislado como por ejemplo, el Livingston<sup>91</sup> y, en mayor grado, los códigos Field.<sup>92</sup>

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

<sup>87</sup> 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."

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

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> 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".

<sup>91</sup> Ver nota 35.

<sup>92</sup> 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).<sup>93</sup>

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

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-

<sup>93</sup> 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).

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

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

<sup>96</sup> *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.<sup>97</sup> 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*<sup>98</sup> los cimientos para un nuevo sistema de derecho derivado de reflexiones abstractas y racionalistas. Intensificadas, estas fuerzas dinámicas se hicieron operantes cuando surgieron nuevas

<sup>97</sup> 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<sup>e</sup> au 19<sup>e</sup> 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).

<sup>98</sup> *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.<sup>99</sup> Durante un momento de calma en el proceso revolucionario en la Unión Soviética, una serie de códigos fue producida.<sup>100</sup> En el presente siglo, el *Codice Civile* italiano (1941)<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> Su contraparte, el *Volksgesetzbuch*<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup>

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

<sup>99</sup> 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.

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

<sup>101</sup> 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).

<sup>102</sup> 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.

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

<sup>104</sup> 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,<sup>105</sup> 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),<sup>106</sup> pueden ser citados como ejemplo. Aun el B.G.B.<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup>

Las codificaciones<sup>109</sup> 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 Latina<sup>110</sup> a principios del siglo XIX. La misma motivación operó en países que lograron su independencia después de la primera guerra mundial, entre ellos Checoslovaquia,<sup>111</sup> Polonia<sup>112</sup> y Yugoslavia.<sup>113</sup> 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".

<sup>105</sup> 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).

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

<sup>107</sup> 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).

<sup>108</sup> Menger, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volklassen* (1890).

<sup>109</sup> 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).

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

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

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

<sup>113</sup> 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,<sup>114</sup> concebido como un medio de unificación nacional.<sup>115</sup> Desarrollos similares pueden ser encontrados en los países del Cercano<sup>116</sup> y Medio Oriente<sup>117</sup> por ejemplo, Turquía,<sup>118</sup> Egipto,<sup>119</sup> Líbano,<sup>120</sup> Israel<sup>121</sup> e Iraq.<sup>122</sup> Ahí la independencia nacional coincidió considerablemente con la voluntad de “modernizar”, esto es, adoptar modelos de códigos de Europa occidental.<sup>123</sup> Fenómenos similares han ocurrido en el Lejano Oriente, así por ejemplo, en Japón,<sup>124</sup> China<sup>125</sup> y Tailandia.<sup>126</sup>

<sup>114</sup> Calisse, *History of Italian Law* 791 (1928).

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

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

<sup>117</sup> 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).

<sup>118</sup> 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).

<sup>119</sup> 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).

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

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

<sup>122</sup> Jwaideh, *The New Civil Code of Iraq*, 22 *George Washington Law Review* 176 (1953).

<sup>123</sup> 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).

<sup>124</sup> *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).

<sup>125</sup> 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).

<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup> 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,<sup>128</sup> la República de Sudáfrica,<sup>129</sup> Ceylán<sup>130</sup> y Guayana<sup>131</sup> (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;<sup>132</sup> en contraste, de la República de Sudáfrica se oyeron voces que se oponían fuertemente.<sup>133</sup> 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).

<sup>127</sup> 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).

<sup>128</sup> 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.

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

<sup>130</sup> Jennings & Tambiah, *The Dominion of Ceylon* 179 (1952).

<sup>131</sup> 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).

<sup>132</sup> 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).

<sup>133</sup> 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.