



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

TRADUCCIÓN DEL FRANCÉS DEL LIBRO
“LAS CODIFICACIONES” DE RÉMY CABRILLAC

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

María Paulina Pulido Velasco
Claudia Andrea Bulnes Olivares

Profesor guía: Mauricio Tapia Rodríguez
Santiago, Chile
2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
I- CÓDIGOS Y CODIFICACIONES A LO LARGO DE LA HISTORIA	6
1. Nacimiento de los primeros códigos en las inmediaciones del Mediterráneo	6
2. Codificaciones en Roma	10
3. Surgimiento y desarrollo de la codificación en las civilizaciones orientales	14
4. Codificaciones en la Edad Media	17
5. Codificaciones de la Época moderna (1453-1789)	20
6. Codificaciones de la Época contemporánea (desde 1789)	34
a) El siglo XIX	34
b) El siglo XX	47
II- EN BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN	60
TÍTULO PRIMERO EL FENÓMENO DE LAS CODIFICACIONES	72
1- CICLO DE LAS CODIFICACIONES	74
I- TIEMPO DE CÓDIGOS	75
1. Necesidad social de seguridad jurídica	75
2. Fuerte voluntad política de codificar	90
II- TIEMPO DE GLOSAS	103
1. Efecto de ruptura	103
2. Efecto de cristalización	110
3. Efecto de contenido	114
4. Efecto de completitud	121

III-	TIEMPO DE CRISIS	134
IV-	TIEMPO DE REFORMAS	149
	1. Dificultades psicológicas	149
	2. Dificultades técnicas	151
	a) Limitaciones extrínsecas	152
	b) Limitaciones intrínsecas	154
2-	FINALIDADES DE LAS CODIFICACIONES	160
I-	FINALIDADES TÉCNICAS	160
	1. Imprecisión del objetivo de racionalización del derecho	162
	2. Efectos perversos del objetivo de racionalización del derecho	166
II-	FINALIDADES SOCIALES	174
	1. Consagración de un nuevo orden social	178
	2. Unificación de pueblos	183
	a) Unificación social	183
	b) Unificación geográfica	185
III-	FINALIDADES POLÍTICAS	191
	1. El código al servicio de un hombre	192
	2. El código al servicio de una ideología	202
	TÍTULO SEGUNDO TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN	219
1-	ELECCIÓN DE UN MÉTODO	225
I-	FACTORES DE ELECCIÓN	226
II-	REALIDAD DE LA ELECCIÓN	232
2-	ELECCIÓN DE LOS HOMBRES	243
I-	ELECCIÓN DE LOS CODIFICADORES	243
	1. Principio de un órgano codificador específico	244
	2. ¿Codificador único o comisión de codificación?	253
	3. Composición de la comisión de codificación	257

II-	ELECCIÓN DE LOS DESTINATARIOS	260
1.	¿Un código universal?	260
2.	¿Un código para juristas como para profanos?	262
3-	ELECCIÓN DE UNA ESTRUCTURA	272
I-	ATRIBUTOS DE UN CÓDIGO	272
1.	Lenguaje	272
2.	Nombre	276
3.	Accesorios	280
II-	ARTICULACIÓN DE UN CÓDIGO	285
1.	Plan general	285
2.	Subdivisiones secundarias	292
3.	Disposiciones preliminares	296
4.	Numeración.	303
4 –	ELECCIÓN DE UN CONTENIDO	308
I-	ÁMBITO DE UN CÓDIGO	308
1	¿Todo el derecho?	308
2.	¿Todas las materias?	311
3.	¿Todas las fuentes?	315
4.	¿Reglas generales o reglamentación de detalle?	322
II-	FRONTERAS DEL CÓDIGO	328
1.	Perímetro de un código	328
2.	Delimitación entre códigos	338
III-	EFFECTIVIDAD DEL CÓDIGO	345
1.	Código creado	349
2.	Un código trasplantado	352
	CONCLUSIÓN	368

Introducción

Robert Musil pudo escribir, de manera sin duda un tanto optimista, que «el carácter esencialmente estático del derecho le impide a éste seguir los caprichos de la moda intelectual»¹, sin embargo la fórmula no parece muy apropiada para ciertos fenómenos o instituciones jurídicas que suelen regresar periódicamente «a la moda», cuestión que ilustra el carácter cíclico que algunos autores han recogido de manera general² o particular³.

La codificación suscita hoy una verdadera encrucijada tanto en doctrina como en el seno de los poderes públicos, tanto en Francia y en Europa como en numerosos países del mundo. Sin embargo, doble paradoja, la historia de los códigos tiene al menos cuatro mil años y, como se ha constatado, «la reflexión sobre la codificación aún no está a la altura del fenómeno»⁴.

¹. R. Musil, *L'homme sans qualités*, Points Seuil, t.1, p. 643.

². J. Léauté. *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, tesis, París, 1946; B. Oppetit, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, *Mélanges G. Holleaux*, p. 317 y ss.

³. Cf. por ejemplo, para el rescripto, B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, *D*, 1991, p. 105, acerca del carácter cíclico de la codificación, cf. *infra*. p. 67 y ss.

⁴. G. Cornu, *Codification Contemporaine: valeurs et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 357.

Tan rica historia hace indispensable una revisión panorámica de códigos y codificaciones a través de los siglos (I), esto permitirá la búsqueda de una definición (II), preámbulo indispensable a todo estudio de las codificaciones.

I – CÓDIGOS Y CODIFICACIONES A LO LARGO DE LA HISTORIA

Los primeros códigos nacieron en las inmediaciones del Mediterráneo (1) y la codificación conoció su antiguo apogeo en Roma (2), sin embargo ésta también se desarrolló muy temprano en las civilizaciones orientales (3). Después de un relativo eclipse en la Edad Media (4) renace en la Época Moderna (5); renacimiento que perdurará durante toda la Época Contemporánea (6)¹.

1. Nacimiento de los primeros códigos en las inmediaciones del Mediterráneo

El relato bíblico que describe a Yahvé entregándole a Moisés dos tablas de piedra que contienen sus mandamientos², las *Tablas de la Ley*, forma parte del patrimonio cultural de toda la Humanidad. En el Antiguo Testamento, el Pentateuco contiene dos códigos, el código de la Alianza y el Código deuteronomico, que juntos enumeran los diez mandamientos y numerosas reglas de derecho religioso, fiscal, penal y civil. De hecho, el término «deuteronomio» significa segunda legislación en el sentido de repetición de la ley, es decir, codificación de reglas existentes. ¿Podemos ver en estas *Tablas*

¹. Estas últimas etapas siguen las de los historiadores que distinguen particularmente los Tiempos modernos que se extienden de 1453 a 1789 y la Época contemporánea que debuta en 1789.

². Deuteronomio, V, 22.

de la Ley, el ancestro de los códigos? Una razón determinante, común a otros textos religiosos fundamentales como el Corán, nos parece que sustenta una respuesta negativa. Tanto la Biblia como el Corán surgen de una revelación divina, que no puede ser asimilada a otras fuentes jurídicas: la palabra de Dios y la palabra de los hombres no pueden fundirse en un mismo concepto¹. Además, las prescripciones dotadas de connotación jurídica contenidas en estos textos son demasiado imprecisas como para constituir verdaderas reglas de derecho. Como un autor constató respecto del Corán, los pocos versículos que contienen prescripciones de orden jurídico dan lugar a la tentación de considerarlo como un código, sin embargo «nos percatamos que éste no se presenta, en lo absoluto, bajo la forma que se esperaría de un código, ni siquiera de uno rudimentario»².

Pero, los primeros códigos sí nacieron en Medio Oriente...

Los códigos más antiguos aparecen, en efecto, dos mil años antes de Cristo, en Mesopotamia. No es fortuito entonces que los mesopotámicos hayan «inventado» el derecho³, tal como inventaron la escritura. Como lo constata Summer Maine: «El descubrimiento y la difusión del arte de escribir, sin duda sugieren el origen de estos antiguos códigos»⁴.

Indudablemente el primer código registrado por los historiadores es aquel de Ur-Nammu, fundador de la dinastía Ur, hacia 2100 antes de Cristo. Rescatado en Nippur a principios del siglo XX, nosotros recibimos sólo fragmentos del texto. Poco después, hacia 1920 antes de Cristo, el soberano

¹. Cf. P. Malaurie, *La Bible et le droit*, *RTD civ.* 2000, p. 527: «La Biblia, palabra de Dios, y el derecho positivo, regla temporal, surgen de dos ordenes diferentes», eco de la distinción de San Agustín entre la ciudad terrestre y la ciudad de Dios.

². D. Sourdel, *Droit musulman et codification*, *Droits*, n° 26, 1997, p. 33, quien agrega: «En efecto, el Corán comprende, sobre todo, exhortaciones de carácter religioso, lo que es natural; pero al abordar cuestiones concretas, relativas al culto o a las relaciones sociales, se contenta a menudo con recomendaciones o prescripciones carentes de precisión».

³. S. N. Kramer, *L'histoire commence á Sumer*, Arthaud, 1986, p.77.

⁴. H. Summer Maine, *L'Ancien droit*, trad. J.-G. Courcelle Seneuil, París, 1874, p. 14.

Lipit-Ishtar establece un código que también se ha conservado sólo parcialmente.

Pero el más completo y el más conocido sigue siendo el Código de Hammurabi¹ (aproximadamente 1780 antes de Cristo); conservado bajo la forma de una estela en el Museo del Louvre. Se trata de la obra legislativa del soberano Hammurabi protegida por el dios-sol Samas, compuesta de 282 artículos -enmarcados por un prólogo y un epílogo- en los que van contenidas breves prescripciones que organizan la vida familiar y aseguran la paz del reino². El código recoge reglas promulgadas por Hammurabi y sus predecesores, como también reglas consuetudinarias en una porción difícil de cuantificar. Al igual que muchos códigos del antiguo Oriente, se caracteriza por el empleo de una prótasis («si...») seguida de una apódosis («entonces»)³. El Código de Hammurabi fue aplicado a regiones no sometidas a la autoridad Babilónica, como lo atestiguan importantes fragmentos encontrados en excavaciones arqueológicas⁴, y fue copiado durante varios siglos, prueba de su aura durante toda la Antigüedad.

El Medio Oriente antiguo también ofrece otros ejemplos de codificaciones posteriores al Código de Hammurabi, aunque éstas no hayan tenido su mismo esplendor. Los hititas, cuya civilización prosperó en Asia Menor a intervalos hasta el siglo XIII antes de Cristo, legaron el Código Hitita; dos tablillas, de un centenar de artículos cada una, sin duda de decisiones de justicia, de alrededor de 1600 antes de Cristo. Igualmente podríamos citar las Leyes asirias (hacia el siglo XI antes de Cristo) o las Leyes neo-babilónicas (hacia el siglo VII antes de

¹. O Hammurabi, incluso a veces Hammurapi, esta última ortografía «Hammu sanado» es a veces propuesta por especialistas en lugar de Hammurabi, «Hammu es grande».

². Cf. J. Bottéro, *Mésopotamie, l'écriture, la raison et les dieux*, Folio-Histoire, p. 284 y ss., y más generalmente la traducción de A. Finet, *Le Code de Hammurapi*, Le Cerf, 1998.

³. Ejemplo: §1: «Si alguien ha acusado a un hombre imputándole un homicidio, pero sin poder convencer a este respecto, será muerto». (A. Finet, *Le Code de Hammurapi, op. cit.*, p. 45).

⁴. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 3 ed., 2001, p. 70, n. 15: fuera de la escultura del Louvre, una treintena de fragmentos del código fueron encontrados, de los cuales sólo siete en Babilonia.

Cristo), tablas que reproducen textos jurídicos que abordan temas muy diversos.

Paradójicamente, con tres milenios de historia, Egipto antiguo no legó ningún trazo cierto de código; o sólo representaciones de «rollos de leyes» en algunas escenas pintadas en tumbas y cuya interpretación mantiene dubitativos a los historiadores¹. ¿Conoció Egipto la codificación? Las opiniones más autorizadas están divididas². Sin embargo, respecto de la civilización ptolomeica, el hallazgo del Código de Hermoupolis impone una respuesta afirmativa. Se trata de una selección de casos difíciles, acompañado cada uno por la descripción del comportamiento a adoptar por los jueces³.

También en Grecia se observa una codificación relativamente discreta. La ley escrita no aparece sino con el desarrollo de las ciudades griegas, y la época de los legisladores es la que transcurre desde el siglo VII al VI antes de Cristo: Licurgo en Esparta, Solón o Dracón en Atenas. El texto legislativo más célebre, y el único reconocido generalmente por los historiadores como codificación, parece ser la Ley de Gortina, adoptada a mediados del siglo V antes de Cristo en Creta. Con una extensión de más de seiscientas líneas, repartidas en doce columnas, este texto dedicado esencialmente al derecho privado se presenta como un conjunto de normas que reúne, parcialmente, una legislación previa a la que se le han agregan algunas modificaciones puntuales⁴.

Pero estos pocos códigos no tuvieron jamás la importancia de los códigos orientales, sin duda porque, como observó un eminente autor: «La originalidad de Grecia, al menos desde la época de los relatos homéricos hasta el apogeo de su filosofía en el siglo IV, fue dejar a sus poetas y sabios

¹. F. Daumas, *La civilisation de L'Égypte pharaonique*, Arthaud, 1987, p. 165.

². Para la afirmativa, F. Daumas, *La civilisation...*, *op. cit.*, p. 165 y ss.; para la negativa, J. Gaudemet, *La Codification, se formes et ses fins*, in *La codification et l'évolution du droit, Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1986, p.241.

³. J. Gaudemet, *La codification...*, art. citado.

⁴. Cf. E. Lévy, *La cohérence du Code de Gortyne*, in *La codification des lois dans l'Antiquité*, Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 noviembre 1997, De Boccard, 2000, p. 185 y ss., y la traducción presentada p. 204 et ss.

reflexionar sobre el derecho, sobre su esencia y su primacía en toda la vida social, dejando a Roma el privilegio de dar la primera construcción del derecho nacida de especialistas»¹.

2. Codificaciones en Roma

En Roma antigua, la Ley de las XII Tablas constituye «el primer y más prestigioso de los monumentos jurídicos romanos»; la primera obra asimilable a una codificación². Nacida de las reivindicaciones políticas de los plebeyos ante el *imperium* consular -juizado por Tito-Livio como «excesivo e intolerable en una ciudad libre»³-, la Ley de las XII Tablas es elaborada por los *decemvirs* (*decem viri*), quienes, luego de la suspensión de las magistraturas ordinarias, fueron nombrados para «redactar las leyes concernientes al imperium consular». Las diez primeras tablas, realizadas el año 451 antes de Cristo y las dos últimas, confeccionadas al año siguiente, consisten en paneles, probablemente de piedra, sobre los que se inscriben las nuevas disposiciones. Destruídas en reiteradas oportunidades, su última versión no resistió el saqueo visigodo sufrido por Roma en el año 410 antes de Cristo. El contenido de la Ley de las XII Tablas no lo conocemos más que por fuentes muy posteriores y por fragmentos. Éstas se presentan como un catálogo de antiguas normas consuetudinarias, a las que se agregan algunas nuevas prescripciones⁴, cuyo objeto es reconocer ciertos derechos a los ciudadanos y permitir que estos sean

¹. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, op. cit., p.11. Adde: J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les Belles Lettres, 2001, p. 241: «El hecho es que en Grecia, los problemas de legislación son tratados por filósofos. Los que hablan de las leyes son Platón y Aristóteles, quienes jamás hicieron una sola...». El escritor Claudio Magris considera esto una gran sabiduría: «Los antiguos que habían comprendido casi todo, sabían que legislar puede ser un acto poético: muchos mitos nos dicen que los poetas fundadores fueron también los primeros legisladores» (*Utopie et désenchantement*, L'Arpenteur, 2000, p. 343).

². J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, «Droit fondamental», 3° ed., 2001, n° 15.

³. *Histoire romaine*, 3, 9, 5. Sobre esta función, cf. M. Humbert, *Les XII Tables, une codification?*, *Droits*, 1998, n° 27, p. 103 y ss.

⁴. Cf. el análisis de M. Humbert, *Les XII Tables...*, art. citado, p. 90 y ss.

resguardados por la justicia: cada vez que la ley haya previsto una acción, el magistrado deberá nombrar a un juez encargado de decidir el litigio dentro del marco prefijado, poniendo fin a la arbitrariedad de los cónsules que juzgaban caso a caso. La Ley de las XII Tablas, saludada con entusiasmo por Tito-Livio como la «fuente de todo el derecho privado y de todo el derecho público»¹ (*fons omnis privati publicique juris*), será objeto de constante veneración hasta fines del Imperio, e incluso después.

Algunos siglos más tarde, durante el Imperio, nuevas codificaciones serán adoptadas. El derecho romano imperial, esencialmente de creación pretoriana, reposa sobre el edicto del pretor, que no dura, al igual que el ejercicio en el cargo de quien lo dicta, más de un año; sin perjuicio de que los nuevos pretores son libres de retomar los edictos de sus predecesores. Ante la proliferación de edictos, hacia el año 120, el propio emperador Adriano le confía al gran jurista C. Salvus, un trabajo de ordenamiento que desemboca en lo que se denominó la Codificación del edicto, un conjunto de disposiciones edictales cuya importancia ha sido asimilada a la de la Ley de las XII Tablas². Así, la Codificación del edicto marca el fin de la actividad legislativa de los magistrados en provecho de aquella del emperador.

Con el desarrollo de este poder imperial, las constituciones, término genérico que designa la norma imperial en los siglos II y III³, se multiplican en los ámbitos más variados. Es en este contexto en que nacen el Código Gregoriano (291) y el Código Hermogeniano (295), ambos por iniciativa de juristas, los que reúnen constituciones imperiales de los siglos II y III

¹. *Histoire romaine*, 3, 34, 6 y 7.

². E. Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London, 1862, 5, p. 267: «This well-digested code was ratified by the emperor and the senate; the long divorce of law and equity was at length reconciled; and instead of the Twelve Tables, the Perpetual edict was fixed at the invariable standard of civil jurisprudence». Adde: D. Mantovani, *L'édit comme code*, in Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 novembre 1997, *op. cit.*, p. 262 y ss.

³. Se dividen en cuatro categorías: las *edicta*, disposiciones generales que regulan ciertos puntos del derecho; las *mandata*, instrucciones dirigidas a un funcionario; las *rescripta*, respuestas del emperador a un magistrado, a un juez o a un particular; las *decreta*, juicios revisados por el emperador en su calidad de juez de última instancia (P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'Hermès, 4° ed., 1998, p.25).

concernientes a diversas materias del derecho privado, a fin de facilitar su utilización por quienes se dedican al derecho.

Estas iniciativas privadas son seguidas, un siglo y medio más tarde, por una empresa oficial de codificación. A partir del año 429, Teodosio II, emperador de Oriente, confía a una comisión de 16 miembros la tarea de compilar todas las constituciones imperiales promulgadas desde Constantino. Con algunas modificaciones, este proyecto dará origen al Código Teodosiano, compuesto por 16 libros divididos en 3 títulos, dentro de los cuales las constituciones imperiales están ordenadas cronológicamente. El Código, promulgado el año 438 por Teodosio II en Oriente y por Valentín III en Occidente, será aplicado en Occidente hasta fines del Imperio, e incluso sobrevivirá de manera indirecta a través del Breviario de Alarico, y perdurará en el Imperio de Oriente hasta la promulgación del Código de Justiniano.

En efecto, el emperador Justiniano forma el año 528 una comisión dirigida por Triboniano, profesor de la Escuela de derecho de Constantinopla, que tendrá a su cargo la elaboración de un *Corpus Juris Civilis*, en el que se reúnen cuatro obras¹: el *Digesto*, compilación de comentarios doctrinales reactualizados en función del derecho de la época, dividido en 50 libros subdivididos por títulos; las *Institutas*, especie de manual didáctico compuesto de citas de jurisconsultos, dividido en cuatro libros igualmente divididos por títulos; las *Novelas*, aparecidas en el año 565, que recopila constituciones imperiales posteriores al Código promulgadas por Justiniano antes de su muerte. Por último, el *Codex*². Creado el año 529 y reeditado el año 534, éste reúne el conjunto de Constituciones adoptadas desde el emperador Adriano (138). Se compone de 12 libros subdivididos en títulos que, ordenados cronológicamente, se consagran a diversas materias. Bajo la invocación espiritual de Dios, el *Corpus Juris Civilis* traduce el poderío temporal de

¹. Para una presentación más detallada, cf., por ejemplo, P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, reprint Duchemin, 1978, p. 85 y ss.

². J. Gaudemet, La codification justinienne, *Rev. fr. d'adm. pub.* 1997, n° 82, p. 233 y ss.

Justiniano. Si bien en Oriente no logra el éxito inmediato que alcanza en Occidente, su reaparición a partir del siglo XI en Italia y en el sur de Francia permite el renacimiento del derecho romano y su progresiva difusión durante la Edad Media.

El último intento notable de codificación del Imperio romano, sin duda, son las *Basílicas*, cuyo nombre proviene del emperador de Constantinopla, Basilio el Macedonio, quien continúa el proyecto iniciado durante el reinado de su predecesor, León el Sabio (886-911). La obra es una compilación, inspirada de aquellas del reinado de Justiniano, complementada por comentarios de juristas bizantinos.

Con sus diversas codificaciones, en particular con la de Justiniano, Roma marcó profundamente la teoría de la codificación que, a su vez, marcó al derecho en general: ya sea se trate de las finalidades de la codificación o de sus técnicas, las preguntas esenciales ya fueron planteadas por las codificaciones romanas. La historia de la codificación tiene frente a ella días prósperos y agitados, pero el modelo romano estará por siempre presente a través de los siglos. Así se explica que, por ejemplo, no se pueda hablar de renacimiento de la codificación sino a partir del siglo XVI, después de una fase de declive durante la Edad Media.

Pese a la opinión de Paul Valéry, para quien «ya se trate de leyes naturales o de leyes civiles, el tipo mismo de la ley fue precisado por espíritus mediterráneos»¹, evidentemente no se puede circunscribir la revisión del fenómeno de la codificación a las riveras del *Mare nostrum*. En efecto, los conceptos de código y codificación están lejos de ser ajenos a las antiguas civilizaciones orientales.

¹. P. Valéry, *Variétés III*, ed., 1949, p. 248.

3. Surgimiento y desarrollo de la codificación en las civilizaciones orientales

Desde sus orígenes y aún hoy en día, debido a la influencia de la filosofía confuciana¹, China siempre ha manifestado sentimientos encontrados respecto al rol del derecho en la sociedad. El *Fa* (derecho) es sustituido por el *Li* (moral social) como modo de regular los conflictos: según las enseñanzas de *Lao-Tseu* «un gran Estado se rige de la misma manera en que se fríe un pequeño pez»...² A Zichan, ministro del principado de Zheng, quien en el año 536 antes de Cristo manda fundir calderos de bronce para grabar un Código penal, Shu Xiang, ministro del principado de Jin, le escribe con indignación: «Los antiguos soberanos deliberaban casos para regularlos, pero no hacían un Código penal por miedo a que eso despertase un espíritu pendenciero en el pueblo, y luego resultase imposible disciplinarlo»³. Sin embargo, la codificación siempre ha sido reconocida como un acto mayor de soberanía: cada dinastía encarga la elaboración de una codificación oficial, a una comisión de altos funcionarios y juristas letrados, que programa el actuar del soberano y de sus sucesores. Así, Li Kui se convierte en el autor de un *Canon de leyes*, hoy perdido, que constituye el núcleo político y jurídico de la dinastía de los Han en el siglo III antes de Cristo. El primer código conservado íntegramente es, hasta hoy, el de los Tang, redactado en el año 737, seguido por el de los Song (963), de los Ming (1367) y luego de los Quing (1647)⁴. El código es evocado con el término *lü*, *nombre* que designa los tubos sonoros base de todas las medidas y que

¹. P. Langlet, La philosophie de la loi et l'esprit confucéen, in Histoire de la codification au Vietnam, *Temps & Droits*, n° 1, febrero 2001, p. 15 y ss.

². Tao Tô King, Gallimard, «*Idées*», p.153 (aquel que sabe freír un pequeño pez no debe removerlo muy seguido, aquel que sabe regir su estado no debe multiplicar las leyes).

³. Cf. M. Bastid-Bruguier, L'esprit de la codification chinoise, *Droits*, n° 27, 1998, p. 132.

⁴. En una de sus ediciones, complementada con jurisprudencia, el *Da Quig lü li* fue traducido al francés (*Les lois fondamentales du Code pénal chinois*, París, Lenormand, 1812, vol. 2).

sugiere las ideas de modelo y regla¹. Aunque poseen fundamentalmente una naturaleza administrativa y gubernamental, estos códigos son de conocimiento público, ya que, en caso de una infracción, el culpable que pueda recitar el artículo del código que tipifica el comportamiento reprochado, se beneficia de una rebaja en la pena. Paralelamente, algunas selecciones de textos clasificados, incluso comentados, son elaborados por iniciativa de privados, pero están desprovistos de toda autoridad legal².

Es también en la esfera de influencia china, en sentido amplio, que en el siglo XIII, Gengis Khan, llegado al poder, reúne el conjunto de normas consuetudinarias existentes en la *jasaq* (la defensa) y lo completa con las *bilik* (las ordenanzas); dictado a escribanos y consignado en Cuadernos azules³, este código es oficialmente promulgado en el año 1219⁴. Asimismo, el reino de Annam adopta una compilación bajo la influencia del modelo chino: el Código de Lê, publicado por primera vez en el siglo XV, y el de *Gialong*, elaborado a comienzos del siglo XIX⁵.

La influencia del derecho chino se extiende hasta Japón. A partir del siglo VI después de Cristo, son adoptados tres códigos redactados en chino, que introducen importantes reformas políticas y administrativas a fin de reforzar la cohesión nacional, ante el riesgo de una invasión: el Edicto de Taishi Shotoku (604), el Gran edicto de Taika (646) y el código de Taiho (701)⁶. Estos códigos son generalmente designados bajo el apelativo de *ritsu-ryô*, lo que revela su doble contenido, administrativo (*ryô*) y represivo (*ritsu*). Estos *ritsu-ryô* perduran varios siglos, aunque su decadencia es precipitada por el desarrollo de un modelo feudal, que consagra la todo poderosa casta militar (*samuraï*) al servicio de los grandes señores feudales (*shogun*), que viven según un código consuetudinario de honor. Pese a esto, el

¹. Cf. A. Leca, La genèse du droit, *Essai d'introduction historique au droit*, Puam, 2000, n°31, n. 456.

². Cf. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, «Droit Fondamental», 1999, n° 16.

³. El color azul se asocia a lo divino del Cielo, respecto del que los *gengis-khanides* dicen ser los mandatarios sobre la tierra.

⁴. M. Hoang, *Gengis Khan*, Fayard, 1998, p. 1993.

⁵. C. T. Nguyen, Le Code des Lê et le Code des Nguyen étaient-ils des codes nationaux?, in *Histoire de la codification juridique au Vietnam, Temps et droits*, n° 1, febrero 2001, p. 185 y ss.

⁶. J.-H. Moitry, *Le droit japonais*, PUF, «Que sais-je», 1988, p. 8.

concepto de código no desaparece; durante la era de los *shogunes* Tokugawa, en los siglos XVII y XVIII, se redacta el código más significativo de la época: la *Selección de Cien leyes de procedimiento*, que estructura jerárquicamente la sociedad, paralizándola. Sin embargo, estos códigos no deben confundirnos: para los japoneses como para los chinos, el derecho representa un riesgo de confusión e incertidumbre. Las relaciones sociales se mantienen, por sobre todo, gobernadas por las *giri* o reglas de conducta consuetudinarias que aseguran la armonía¹; de hecho, ese espíritu sobrevive a la importación de códigos occidentales a partir de fines del siglo XIX².

En India antigua, el origen de los códigos se mantiene estrechamente ligado a las normas religiosas³: el *Dharma*, término que se yuxtapone a la regla de derecho, corresponde más precisamente al conjunto de deberes humanos. Además, los primeros códigos son más bien códigos de conducta que incluyen prescripciones jurídicas, nacidos en las escuelas de interpretación de los *Védas*. A lo largo del tiempo, el derecho adquiere autonomía y aparecen códigos más técnicos, los *Dharma-sastras* (de *sastra*, tratado), desde el siglo II antes de Cristo hasta el siglo VII después de Cristo. El más antiguo *Dharma-sastra* es el de Gautama, nombre que proviene de una familia de brahmanes, éste reúne lo fundamental del derecho de la época en veintinueve capítulos concisos y abstractos; está esencialmente marcado por la distinción entre clases sociales, cada una regida por sus propias reglas⁴. El Código de Manou, más conocido, también lleva el nombre de un linaje de maestros espirituales, se inspira en aquel de Gautama pero, llevado por una mayor ambición, desarrolla las hipótesis de este último, generalizándolas y exponiéndolas en un orden razonado. En el Código de Yajnavalkya, bien posterior puesto que data de los siglos V o VI, el derecho deviene una materia específica que ocupa uno de los tres libros que componen la obra. Pero, el primer código exclusivamente jurídico es aquel

¹. Acerca del término GIRI, cf. J.-H. Moitry, *Le droit japonais, op. cit.*, p. 90 y ss.

². Cf. *infra*, p.41, 298.

³. G. David, Les Codes de l'Inde ancienne, *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1986.

⁴. Ejemplo, cap. XXIV: «Vino hirviendo será vertido en la boca del brahmán bebedor, hasta que llegue su muerte; tal muerte es la única redención para tal pecado...».

de Narada, relativamente contemporáneo. Obra de gran calidad tanto en el fondo como en la forma, se inspira de sus predecesores, pero cierra la era de las codificaciones en India antigua. Por tanto, la influencia contemporánea de los antiguos códigos se mantiene vital, manifestándose en numerosos debates de esa sociedad tales como la abolición de la pena de muerte o el rol de la mujer¹. Así, un autor pudo observar que «no pasa semana en que el nombre de Manou no sea citado en algún diario respecto de un juicio de connotación pública, que actualiza un conflicto jurídico»².

La historia de las codificaciones en Oriente conoce, de este modo, una evolución lineal, sin embargo tal no es el caso en Occidente.

4. Codificaciones en la Edad Media

En Europa, el trabajo de codificación no se ve interrumpido por la caída del Imperio romano. Durante este período, que con frecuencia se califica como mediocre e indiferente ante el derecho, aparecen, en los siglos V y VI, «conjuntos jurídicos» respecto de los cuales «algunos aspiran al calificativo de códigos»³. La instauración de una nueva sociedad, provoca un intenso movimiento codificador que trata de organizar la coexistencia entre los invasores y los antiguos ocupantes. Así, se puede citar el Código de Eurico, que probablemente data de 476, y que instaura una nueva legislación para los Visigodos recién liberados de los Romanos, combinando reglas de origen germánico con aportes latinos. La Ley sálica, redactada por orden del rey Clodoveo en el año 496, contiene esencialmente disposiciones represivas, conservando fielmente las tradiciones germánicas; puede ser considerada como un código destinado a regir el conjunto del reino. Ciertamente, el más célebre es el Breviario de Alarico o Ley romana de los Visigodos, compilación de fuentes jurídicas romanas de diversa naturaleza (506).

¹. N. Balbir, Codes et variation en Inde, in *Le temps des savoirs*, n°4, O. Jacob, 2002, p. 26.

². G. David, Les codes de l'Inde ancienne, art. citado.

³. J. Gaudenet, La codification, ses formes..., art. citado, p. 10.

Una vez producida la osmosis de los pueblos y la escisión del Imperio Carolingio, las codificaciones se desvanecen durante varios siglos en Europa en general, y en Francia en particular. Un factor que probablemente jugó un rol decisivo en el eclipse de los códigos, fue la atomización del poder central, por tanto del poder normativo, generada por el sistema feudal. Como constatan los historiadores, el «nuevo sistema normativo –aún muy rudimentario y de alguna manera instintivo- es elaborado en un marco territorial y local: el de los nuevos principados territoriales y, es más, el de señoríos feudales»¹. Sólo se pueden citar unos pocos ejemplos de códigos urbanos adoptados, en las postrimerías de la Edad Media -cuando el poder de las ciudades llega a su apogeo-, por ediles preocupados de compilar las normas de derecho aplicables en sus ciudades (*Codex statutorum* de Alejandría de 1547, Ordenanzas de Sevilla en 1527, costumbres de Ypres en 1535, de Arezzo en 1580, de Anvers en 1582...)².

Las principales codificaciones de la época medieval sólo conciernen el derecho religioso.

El derecho canónico, debido a la particular posición de la Iglesia católica en la sociedad medieval, conoce una codificación que se extiende durante varios siglos³. Desde el siglo IV aparecen en África y Galia compilaciones privadas; seguidas, hacia el año 600, también en Galia, de la primera colección sistemática, la *Vetus Gallica*, que antecede por algunos años la *Hispana*. Estas compilaciones privadas se multiplican con el transcurso del tiempo. En el siglo IX, se elaboran en Francia dos compilaciones, que reúnen textos auténticos y falsos, inspiradas en el derecho romano: las Falsas Capitulares y las Falsas Decretales, que tienen una gran difusión y son ampliamente utilizadas en compilaciones ulteriores. A comienzos del siglo XI aparecen el decreto del arzobispo de Worms, Burchard, que reúne más de 1700

¹. J.-M. Carbasse, *Introduction historique...op. cit.*, n° 62.

². J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du siècle XIII au siècle XIX*, Bruselas, 1967, p. 28.

³. A. Sériaux, *Droit canonique*, PUF, «Droit fondamental», 1996, n° 20.

fragmentos tomados de colecciones canónicas anteriores (1008-1012), y el decreto del arzobispo de Chartres, Yves, con 3760 fragmentos insertados en un plan organizado mediante un sabio método que expone en su prefacio (1094). Poco después, Graciano, monje de Bolonia, elabora el *Decretum Gratiani* (1140), una enorme compilación privada que unifica el cuerpo jurídico de los 11 primeros siglos de la Iglesia y pule el método iniciado por Yves de Chartres. Graciano ordena y concilia textos de diversos orígenes, jerarquizándolos según sus fuentes. Tal como se escribió: «Con Graciano, la colección canónica no sólo busca reunir o condensar el conocimiento: lo entiende, armonizándolo y unificándolo, y por ese hecho lo eleva y teoriza»¹. Aunque el decreto de Graciano se mantiene desprovisto de fuerza jurídica directa, adquiere gran autoridad de hecho y, reemplazando todas las compilaciones anteriores, se transforma por muchos años en la obra de referencia en la materia. A comienzos del siglo XIII, Inocencio III y Gregorio IX, continuando con estas obras privadas, encomiendan a grandes canonistas compilar y ordenar diferentes textos de derecho canónico. Es así como aparecen las decretales de Gregorio IX. Compuesta por Raymond de Pennafort, la obra que reúne más de 2000 capítulos organizados en un plan metódico, es oficialmente publicada por envío a la Universidad de Bolonia en 1234. Con los años, la actividad canónica no se interrumpe y florecen las decretales de Bonifacio VIII en 1298, las de Clemente V en 1313 y luego las de sus sucesores. En el siglo XVI, Gregorio XIII reúne el decreto de Graciano, las decretales de Gregorio IX, el Sextus (6° libro, agregado a los cinco de Gregorio IX), las Clementinas (decretales de Clemente V), y las Extravagantes² de Juan XXII: el conjunto forma el *Corpus juris canonici*, publicado en 1582, será considerado la fuente fundamental del derecho canónico hasta la adopción del Código de 1917 y luego el de 1983.

Un fenómeno comparable se produce en el derecho hebraico medieval³: la multiplicidad y la complejidad de sus fuentes requiere un orden de sus textos, esto

¹. P. Dubouchet, *La pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 47.

². La apelación viene de *Extra decretum vagantes*, fuera del decreto.

³. Cf. C. Leben, Maïmonide et la codification du droit hébraïque, *Droits*, 1998, n° 27, p. 113 y ss.

debido a que la elaboración de un derecho fuera de la estructura estatal hace más aleatoria su transmisión; la codificación del derecho hebraico se inscribe dentro de una «estrategia de supervivencia»¹. Es en este contexto que Maimónides, médico, filósofo y jurista, emprende en el siglo XII la redacción de su obra *Michneh Torah*, que significa literalmente «copia de la ley» o «recapitulación de la ley». Escrito en un lenguaje muy puro, este código reúne en catorce libros cerca de quince mil reglas de la *halakha*, la ley judía, es decir, reglas de derecho religioso pero también reglas de derecho civil y penal. Esta obra suscita algunas críticas, en particular de autores apegados a la estructura del derecho hebraico, esencialmente fundada en la discusión y la controversia, que Maimónides desea evacuar². Pese a esto, y más allá de su estricto alcance jurídico, Maimónides es un intérprete como cualquier otro dentro del sistema de derecho hebraico; sin embargo su repercusión es inmensa, al igual que la influencia de su autor sobre el conjunto del pensamiento judío.³

Las intensas codificaciones que experimentan los derechos religiosos anuncian una renovación de la codificación en la Época moderna.

5. Codificaciones de la Época moderna (1453-1789)

Tras el eclipse medieval, las codificaciones reaparecen tímidamente a comienzos del Renacimiento; renovación que sin duda se sostiene en varios factores, políticos, económicos y culturales.

El fortalecimiento del poder real es, probablemente, el factor más determinante: el soberano adquiere mayor autoridad sobre sus vasallos para llevar a buen término las operaciones de codificación, operaciones que se hacen aún más necesarias cuando el fortalecimiento del poder central se acompaña de una

¹. *Ibid.*, p. 117.

². «Todo esto en un lenguaje claro y conciso, de modo que toda la Torá oral sea ordenada a los ojos de cualquiera; y esto sin "argumentos y contra-argumentos", sin que éste diga de esta manera y aquél de esta otra...» (extracto del prefacio, citado por C. Leben, art. citado).

³. Cf. R. Hayoun, *Maïmonide et la pensée juive*, PUF, 1994.

producción legislativa creciente, que torna indispensable ordenar las reglas múltiples y dispersas. El surgimiento de los Estados-Nación, caracterizados por un fuerte poder central que pone fin a la atomización de poderes propia de la sociedad feudal, sólo puede acompañarse de la eclosión de códigos en esta nueva estructura del poder.

El desarrollo de los intercambios económicos, ciertamente jugó un rol no despreciable, pues se acomoda mal a la coexistencia de una multitud de reglas diversas en un territorio acotado: la necesidad de unificación se hace apremiante y favorece la idea de codificación que le está ligada.

Factores técnicos y culturales, igualmente contribuyen a esta renovación de la codificación. La invención de la imprenta, que permite una amplia difusión de los textos, facilita la elaboración y difusión de los códigos. Finalmente, la fascinación por la cultura antigua que caracteriza el Renacimiento, la voluntad de copiar los modelos griegos y romanos, no se limitó al terreno artístico. Los antiguos codificadores, con una aureola de la misma gloria que los escultores o escritores, sirven de ejemplo idealizado a los codificadores de la época.

Desde fines de la Edad Media renace el proceso de codificación, para paliar las dificultades de conocimiento y prueba suscitadas por el aumento de la redacción de costumbres¹. El fenómeno se manifiesta primero en los países escandinavos: en Noruega, el rey Magnus Hakonarson, apodado *Lagaböter*, literalmente aquél que mejora el derecho, unifica los derechos locales propios de cada región a partir del año 1274. Los primeros *coutumiers*² aparecen desde el siglo XIII³: el *Conseil à un ami*, escrito entre 1254 y 1258 por el caballero Pierre de Fontaines, *Bailli*⁴ de Vernandois, bajo el reino de San Luis; el *Livre de Justice et de Plet*, elaborado entre

¹. Cf. El artículo 125 de la ordenanza de Montils-lez-Tours es muy explícito respecto de las motivaciones de esta redacción: «Queriendo abreviar los procesos y litigios entre nuestros súbditos, para eliminar los depósitos y gastos, y para suprimir en toda materia las variaciones y contrariedades, ordenamos... ».

² N. del T.: *Coutumiers* es un término que alude a recopilaciones privadas de costumbres de aquella época.

³ A. Leca, *La genèse du droit*, op. cit., n° 26.

⁴ N. del T.: Agente legislativo del rey.

1255 y 1260 y los *Établissements de Saint Louis*, redactados hacia el año 1270, ambos de autor desconocido. Pero sobre todo, el *Coutumier* escrito por Philippe de Beaumanoir en 1283, sobre el derecho del condado de Clermont en Beauvaisis, que por cierto sigue siendo el más célebre. En lo sucesivo, este movimiento se amplía y desarrolla sobre todo en el norte de Francia¹. «La idea está en el aire»² cuando, a través de la ordenanza de Montil-lez-Tours, el rey Carlos VII decreta en 1453 la escrituración de las costumbres del norte de Francia. Esta simple puesta en orden, sin modificación alguna, lleva a la elaboración larga y difícil de más de un centenar de *coutumiers*. A mediados del siglo XVI, este movimiento comienza a extinguirse.

El fenómeno no es exclusivamente francés; varios soberanos europeos organizan también la redacción de costumbres. Entre los ejemplos más significativos³, se puede citar la decisión de Carlos V de poner en marcha la redacción del conjunto de costumbres de los Países Bajos, proceso que terminará dos siglos más tarde, cuando más de setecientas costumbres hayan sido escrituradas; o, aquella del duque Emmanuel Filiberto de Saboya, quien en 1585 decidió promulgar en el ducado de Aoste las costumbres redactadas por el obispo Carlos Ginod. Asimismo, en Rusia las costumbres son escrituradas, desde siglo XI al siglo XIV, en compilaciones conocidas como las *Rousskaïa Pravda* (derecho ruso).

Esta redacción de costumbres muchas veces hace visibles sus imperfecciones, en particular sus contradicciones y enmarañamiento, lo que suscita, a través de inevitables discusiones jurídicas, una intensa actividad doctrinal. Numerosos autores buscan superar estas dificultades intentando depurar un derecho común consuetudinario. Entre ellos Raoul Spifame, François de Nemonid y sobre todo Charles Dumoulin, quién insiste en la «necesidad de una codificación e incluso de una unificación de todas las costumbres de Francia, a fin de remediar su

¹.Cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification en France*, París, 1929. Adde: más sintético, J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, in *La codificación* (bajo la dir. de B. Beignier), Dalloz, 1996, p. 21 y ss.

². J.-L. Gazzaniga, *Rédaction des coutumes et codification*, *Droits*, 1997, n° 24, p. 74.

³. Para una presentación más exhaustiva, cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.* p. 23 y ss., y las notas 10 y ss. al final de la obra.

diversidad y su forma hasta ahora defectuosa»¹, determinando el trabajo de juristas como Guy Coquille², Antoine Loysel³ y en el siglo XVIII, Bourjon⁴. Serán ellos los que contribuirán en la búsqueda de unidad del derecho consuetudinario, etapa previa a una unificación más general del conjunto del derecho francés. Así, se pudo observar que «por la formulación que anticipa los artículos de un código, por la exposición metódica, razonada y condensada del derecho consuetudinario, por el intento de síntesis de ese derecho, Loysel abre la vía a Pothier y figura como precursor del Código Civil»⁵.

A partir de fines del siglo XVI, la codificación entra en una nueva fase: casi en toda Europa, el desarrollo del poder real genera la necesidad de codificar las reglas que elabora. Las compilaciones privadas de reglas, elaboradas por el poder real se multiplican. En Dinamarca, desde 1550, el erudito Eric Krabbe concibe un proyecto de ley nacional para todo el país, mientras proyecta una codificación; en Saboya, un magistrado, Faber, reúne en 1605 las normas jurídicas aplicables, bajo el nombre de *Codex fabrianus*; y Tapia, alto funcionario del reino de Nápoles, redacta en 1598 una obra equivalente en su país⁶. En los Países Bajos españoles, Anselmo, abogado, publica en 1649 un *Codex Belgicus*, compilación de textos legislativos⁷. En Austria, después del *Codex Leopoldinus* de 1670, el magistrado von Weingarten publica un *Codex ferdinandeo-leopoldinus* en 1701; a su vez von Guarient publica en 1703 un *Codex austriacus*, ambas compilaciones de la legislación de la Casa de Austria. En Modena, el bibliotecario del duque, Ludovico Antonio Muratorio, publica en 1726 un *Codice carolino* cuyo objeto es censar e intentar zanjar las cuestiones

¹. Citado por J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 57. El título de la obra de Dumoulin, *Oratio de concordia et unione consuetudinum franciae*, traduce claramente su ambición.

². *Institution au droit des François*, París, Langelier, 1612.

³. *Institutes coutumières ou Manuel de Plusieurs et diverses Reigles, Sentences et Proverbes, tant anciens que modernes, du Droit Coustumier et plus ordinaire de la France*, París, 1607.

⁴. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduit à principes*, 1747, que va más allá, puesto que intenta unificar el derecho a partir de las costumbres de París.

⁵. P. Dubouchet, *La pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 71.

⁶. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 34.

⁷. *Ibíd.*, p. 35.

controvertidas¹. El deseo de codificación incluso llega a Inglaterra: en 1616, Sir Francis Bacon dirige a su soberano Jacobo I su *Proposition relative à la compilation et à l'amélioration du droit de l'Angleterre*, que sugiere compilar, incluso racionalizar el derecho contenido en los *year books*, proyecto sin futuro por razones políticas ligadas al conflicto entre el rey y el Parlamento. Asimismo, en 1668, Matthew Hale pretende redactar una especie de código del *Common Law* siguiendo el modelo del *Corpus juris civilis*².

En Francia³, una codificación decidida por Henri III en la ordenanza de Blois en 1579, que hace eco a los deseos manifestados durante los Estados generales de Orléans (1560) y de Blois (1576), es establecida por Barnabé Brisson, presidente del Parlamento de París y consejero de Estado. Publicada en 1595 bajo el nombre de *Code Henri III*, toma la forma de una selección de edictos y ordenanzas combinados con sumas y comentarios explicativos. Este texto, que será un simple proyecto sin fuerza obligatoria, es abandonado entre fines del siglo XVI y comienzos del siglo XVII después de algunas reediciones y actualizaciones⁴. Asimismo, algunas ordenanzas reales son reunidas por Thomas Cormier, presidente del *Échiquier d'Alençon*⁵, en el *Code Henri IV* publicado en 1602, de manera no obstante más original, porque trata de hacer una comparación con el derecho romano de Justiniano. Otras ordenanzas, concernientes esencialmente al derecho público, son censadas un poco después por Jacques Corbin, abogado en el Parlamento de París, bajo el nombre de *Code Louis XIII*. Finalmente, la ordenanza de 1629, mediante la que el canciller Michel de Marillac recoge numerosos textos de derecho civil,

¹. Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, De Boeck, 1996, p. 100 y ss.

². Cf. A. Leca, *La genèse du droit*, op. cit., n° 31, n. 454.

³. Cf. H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, tesis, París, 1910.

⁴. M. Suel, *Le président Brisson et la codification*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 31 y ss.

⁵. N. del T.: *échiquier* es una asamblea de comisarios, delegados para enmendar las sentencias de jueces inferiores dentro de una provincia. El término *échiquier* que comúnmente significa tablero, se da a estas asambleas porque la primera vez que se reunió una de éstas lo hizo en una sala cuyo suelo estaba hecho de piedras cuadradas negras y blancas.

comercial y administrativo, generalmente alabada por los jurisconsultos¹, es injustamente satirizada por los Parlamentos que se oponen a su adopción, apodándola *Code Michault*.

Con el reconocimiento de la multiplicidad y dispersión del derecho, un deseo más general de unificación y de simplificación del conjunto de reglas del reino comienza a sentirse. Así, Montaigne ruega por un derecho unificado, fustigando esa inútil y compleja diversidad de reglas jurídicas: «*Nous avons en France plus de loix que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudroit a régler tous les mondes d'Epicurus...Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et y attacher cent mille loix?*»²³. La preocupación por la unificación del conjunto del derecho francés inspira las obras de numerosos juristas, pero es François Hotman, en el *Antitribonian ou discours d'un grand et renommé jurisconsult de notre temps sur l'étude des lois*⁴, elaborado en 1567 y publicado en 1603, el primero en evocar una codificación como remedio a la dispersión del derecho. Esta obra critica con virulencia las incertidumbres derivadas de la coexistencia del derecho de Justiniano, de costumbres y de ordenanzas reales; además ataca violentamente el derecho romano y propone eliminarlo, erigiendo el derecho consuetudinario francés como única fuente de derecho. Pero su originalidad reside en su anhelo, alentado por el canciller Michel de L'Hospital, de un código que se inspire de las mejores reglas consuetudinarias o romanas, de la filosofía y la experiencia, reunidas en «uno o dos bellos volúmenes en lengua vulgar e inteligible».

¹. Cf. por ejemplo, C. J. de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, ordonnances et de pratiques, t. 1, París, 1769, Vº Código Michault: «Es una excelente selección de las más bellas decisiones que hayamos podido obtener de las precedentes ordenanzas».

². *Essais*, libro III, cap. XIII.

³. N. del T.: Hemos preferido mantener la cita original en francés antiguo y ofrecer la siguiente traducción libre: «Tenemos en Francia más leyes que todo el resto del mundo junto, y más de las que faltarían para regular todos los mundos de *Epicurus*... ¿Que ganaron nuestro legisladores al elegir cien mil casos y hechos particulares, y atarles cien mil leyes?».

⁴. N. del T.: No existe ninguna traducción al castellano de esta obra, por tanto ofrecemos la siguiente traducción libre de su título: *Antitribonian o discurso de un gran y reputado jurisconsulto de nuestro tiempo sobre el estudio de las leyes*.

A partir del siglo XVII, el poder central que se afianza, comienza a jugar un rol preponderante en el proceso de codificación. En Francia, la voluntad de Colbert de sistematizar y unificar el derecho parece continuar la obra de sus predecesores, sin embargo, la ambición y la amplitud de las grandes ordenanzas que éste pone en marcha, marcan una ruptura. En *Mémoire au roi sur la réformation de la justice* de 15 de mayo de 1665, Colbert revela su proyecto: «reducir a un solo cuerpo de ordenanzas, todo aquello que es necesario para establecer la jurisprudencia fija y cierta, y reducir el numero de jueces»¹. El método propuesto da prueba de la amplitud de la tarea que se ambiciona: después de estudios preparatorios conducidos por Colbert y por el Rey, se forma un *Conseil general de la réformation de la Justice*², compuesto por abogados, *maîtres des requêtes*³ y consejeros de Estado. Éste se reúne a partir de 25 de septiembre de 1665, una vez que el método general y un plan de trabajo para la elaboración de ordenanzas hubieron sido establecidos por Pussort, tío de Colbert. Proyectos de artículos son bosquejados previamente por abogados, luego examinados en una sesión en su ausencia y finalmente sometidos a votación, perteneciendo la decisión final al rey. Es así que son adoptadas: la Ordenanza de 1667 sobre procedimientos civiles, llamada *Code Louis*; la Ordenanza de 1670 sobre procedimiento penal; la Ordenanza de 1669 sobre aguas y bosques; la Ordenanza de 1673 sobre comercio, llamada Código mercantil o *Code Savary*, que toma el nombre de su principal autor, un viejo comerciante, Jacques Savary⁴; la Ordenanza de 1681 sobre marina mercante; y finalmente la Ordenanza de 1685, que regula la esclavitud en las colonias, el tristemente conocido *Code noir*, adoptado tras la muerte de Colbert y que lleva la marca de la severidad de Louvois. Estas reformas se inscriben dentro de un proyecto, más o menos avanzado, de cuerpo de reglas uniformes, aplicables a todo

¹. Citado por H. Cauvière, *L'idée de codification...*, *op. cit.*, p. 5.

². N. del T.: Consejo general de reforma de la Justicia.

³. N. del T.: Titulares de ciertas altas funciones judiciales y administrativas, en Francia y en otros países europeos, desde la Edad Media.

⁴. La ordenanza figura en el *Dictionnaire de l'Ancien Régime* (bajo la dir. de L. Bely, PUF, 1996) en la palabra «Código de comercio».

el reino. En paralelo al trabajo de Colbert, el primer presidente del Parlamento de París, Guillaume de Lamoignon, reúne juristas de renombre en «conferencias» que culminan en un ante-proyecto de codificación¹, desprovisto de valor oficial, pero que será frecuentemente invocado ante los tribunales.

Casi en toda Europa, aproximadamente en el siglo XVII, aunque las fechas varían según cada país, los soberanos promulgan códigos que unifican el derecho de sus reinos. El movimiento de codificación parece sobre todo intenso en las monarquías escandinavas: Código danés de Cristián V en 1683, Código noruego de 1687, Código de Federico I de Suecia adoptado en 1734, el más admirado por ser el más metódico, con una cuidada división de la materia, metafóricamente hablando, en *balk* (literalmente: viga)². Pero el resto de Europa es igualmente alcanzada por estas codificaciones estatales. Los *Landrecht* de Maximiliano I de Baviera son promulgados en 1616, los de Juan Segismundo, en Prusia, en 1618, mientras que el *Codex fredericus* danés es definitivamente promulgado en 1618. Algunos años antes en los Estados del Imperio, Carlos Quinto había promulgado, en 1532, el *Código criminal del emperador Carlos V*, vulgarmente llamado la *Carolina*, compilación de textos penales vigentes³. En el mismo período, originalmente bajo el impulso de Isabel de Castilla, las Cortes españolas trabajan en la codificación del derecho real existente, labor que concluye con la *Nueva recopilación* de 1567. Un poco más tarde, a comienzos del siglo XVIII, el rey Víctor-Amadeo de Saboya ordena la compilación sistemática de los textos reales adoptados por sus antecesores, preludio de la promulgación en 1723 de las *Regie Constituzioni*, la que es posteriormente recogida por Carlos-Emmanuel III en el reino de Cerdeña⁴. En Rusia, el zar Alexis Mikhaïlovitch inicia una vasta empresa de codificación de derecho canónico y de derecho laico existente, que conduce respecto de este último al Código de 1649.

¹. Arrêtez ou Loix projetées dans les Conférences de M. le Premier Président de Lamoignon pour les pays coutumiers de France et pour les provinces qui s'y régissent par le droit écrit (terminado en 1672, publicado en 1702).

². Cf. A. Leca, *La genèse du droit*, op. cit., n° 31.

³. Cf. Y. Cartuyvels, *D'où vient le droit pénal*, op. cit., p. 27 y ss.

⁴. *Ibid.*, p. 49 y ss., p. 56.

En el siglo XVIII, en Francia, las ordenanzas del canciller d'Aguesseau se inscriben dentro de la prolongación de las codificaciones concebidas como síntesis del derecho existente, a veces corregido, realizadas bajo el impulso del monarca e inspiradas de trabajos de la doctrina, en particular de Bodin¹ y sobre todo de Domat². En *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la Réformation de la Justice*³ publicada en 1725, el canciller d'Aguesseau propone «reformar las leyes antiguas, hacer nuevas, y reunir las unas y las otras en un solo cuerpo legal, a fin de que los que quieran aprender la ciencia del derecho, ya sea para defender los intereses de los reclamantes, ya sea para ser los jueces, tengan una especie de código...»⁴. Después de consultar los Parlamentos, el canciller d'Aguesseau, ayudado por algunos colaboradores, en particular por el *Procureur Général*⁵ en el Parlamento de París, Joly de Fleury, adopta las siguientes ordenanzas: Ordenanza sobre donaciones, registrada por el Parlamento en 1731, seguida de una Ordenanza sobre testamentos en 1735 y una Ordenanza sobre substituciones fideicomisarias en 1747. Las ordenanzas del canciller d'Aguesseau constituyen las últimas empresas notables de codificación oficial del Antiguo Régimen (exceptuando los proyectos sin continuación de Laverdry y Langlois, magistrados que proponen unificar el derecho privado)⁶; el proyecto de Código de comercio preparado por Mirosmenil (1778-1788); o, varios proyectos puramente privados de Código civil, son de calidad mediocre y difusión reducida, tal como el de d'Olivier⁷ o el de Philippeaux⁸.

La aparente continuidad no debe esconder la nueva ruptura que claramente se produce a partir de esta época: aunque la amplitud y la dificultad del trabajo limitaron los resultados del canciller d'Aguesseau a codificaciones muy puntuales,

¹. *Juris universi distributio*, Bâle, 1576.

². Les loix civiles dans leur ordre naturel, *Traité des loix*, Candelier, 1689.

³. N. del T.: No existe ninguna traducción al castellano de esta obra, por tanto ofrecemos la siguiente traducción libre de su título: Memorias sobre las visiones que se pueden tener para la Reforma de la Justicia.

⁴. Citado por Y. Cartuyvels, *D'où vient le droit pénal*, *op. cit.*, p. 44.

⁵. N. del T.: Fiscal del Tribunal Supremo.

⁶. Acerca de estos proyectos, cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 113 y ss.

⁷. Proyecto de Gabriel d'Olivier (Proyecto de Código civil, 1786, Nuevo Código civil propuesto a la nación francesa y sometido a la Asamblea nacional, 1789 (cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 155 y ss.

⁸. Proyecto de legislación civil en el cual se propone substituir un código general y simple por las costumbres numerosas y contradictorias que rigen las diversas comarcas de Francia, 1789 (cf. J. Van Kan, *ibíd.*).

éstas se inscriben para él dentro de un movimiento más vasto¹, y sus comentarores prolongan las reflexiones bosquejadas proponiendo una unificación del derecho para la codificación². En efecto, las ordenanzas de d'Aguesseau anticipan un formidable desarrollo de los códigos a fines del siglo XVIII que permite decir con propiedad que «el siglo XVIII es llamado el siglo de la codificación»³.

Razones técnicas explican, en primer lugar, este anhelo creciente de un único código. En Francia por ejemplo, los defectos del sistema jurídico se acentúan con la multiplicación desordenada de textos; el desarrollo de intercambios económicos hace anacrónica la atomización del derecho, como lo resume de manera mordaz la famosa frase de Voltaire para quien: «*Un homme qui court la poste en France change de lois plus souvent qu'il ne change de chevaux*»⁴⁵. Pero esta observación no sólo es válida en Francia, y Leibniz, por ejemplo, también hace un cuadro agobiante de la inseguridad jurídica que reina en el Santo Imperio⁶. Ya presentes durante la compilación de reglas elaboradas por el poder real los siglos precedentes, los factores políticos juegan un rol aún más preponderante en el siglo XVIII. La codificación acompaña el término del proceso de centralización estatal en torno a un soberano todo poderoso y la desaparición de estructuras socio-políticas complejas heredadas de los últimos vestigios de la época feudal. Culturalmente, por último, el desarrollo del clasicismo, en particular en el ámbito artístico, favorece el desarrollo del gusto por la armonía y el racionalismo que acompaña toda idea de codificación. La inclinación por una arquitectura de proporciones equilibradas y perfecta simetría van de la mano con la aspiración a un «bello derecho», bien ordenado, a la manera

¹. Cf. preámbulo de la ordenanza de 1731 de Louis XV: «Podríamos haberla hecho cesar (la diversidad de derechos) con más brillo o gloria y satisfacción para nosotros, si hubiésemos diferido la publicación del cuerpo de leyes que fueron hechas con este propósito, hasta que todas las partes de un proyecto tan importante hubiesen estado acabadas». *Adde*: J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 107 y ss.

². Cf. en particular Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XV*, París, 1758. Para otros comentarores, cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 136 y ss.

³. K. Sojka-Zielinska, *Le mouvement de la codification en Pologne au XVIII siècle*, citado por J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, art. citado, p. 29.

⁴. *Précis du siècle de Louis XV*, cap. 42, t. 15, p. 426.

⁵. N. del T.: Hemos preferido mantener la cita original en francés antiguo y ofrecer la siguiente traducción libre: Un hombre que trabaja en la diligencia del correo de Francia cambia de leyes más seguido que de caballos.

⁶. *Préface d'un nouveaux code (1678?)*, APD, 1986, t. 31, p. 359, trad. R. Sève.

de un jardín a la francesa, cuya estética incluso alegre a sus creadores¹. Así, Roederer traza en el siglo XVIII un plan de un futuro Código civil con la forma de un pequeño templo en rotonda, compuesto de diez columnas, cada una representando una materia². No sorprenden entonces las metáforas tomadas de la arquitectura clásica para evocar al Código civil francés, a lo largo de todo el siglo XIX, culminación de las codificaciones de esa época, calificado por ejemplo de «monumento legislativo»³, cuyo título preliminar constituiría un «peristilo de columnas regulares y armoniosas»⁴ y los primeros artículos un «pórtico»⁵...

Pero, es sobre todo la doble influencia de la Escuela de derecho natural laico y de la Filosofía de la Ilustración, lo que contribuye a suscitar esa fascinación por la codificación.

La Escuela de derecho natural laico genera un verdadero vuelco metodológico y filosófico en el enfoque del derecho, una «revolución copernicana»⁶, que favorecerá el nacimiento de códigos. Mientras que el derecho romano partía de casos concretos para establecer empíricamente clasificaciones, haciendo surgir el concepto del hecho, los iusnaturalistas adoptan el camino inverso, elaborando abstractamente un sistema que se basa en conceptos y en un lenguaje que son, a *posteriori*, confrontados con la realidad concreta. Esta aproximación lógica y racionalista⁷, sólo puede favorecer la operación de reagrupación y elaboración de reglas de derecho que constituye la codificación.

¹. E. Orsenna, *portrait d'un homme heureux, André Le Nôtre*, Fayard, 2000, quien revela que su felicidad y la nuestra, sin juego de palabras, «quizás viene de esa negociación permanente entre geometría y geografía. Entre orden y repentina osadía. Entre la ebriedad de regir y el placer de abandonarse» (p. 94). Pero atención, la armonía del jardín a la francesa puede ser sólo una apariencia (cf. Allen S. Weiss, *Miroirs de l'infini, Le jardin à la française et la métaphysique au XVII siècle*, Le Seuil, 1992). ¿Es necesario desarrollar la metáfora? El caso de Jean-Baptiste de la Quintinie, jurista que se dedica hacia sus treinta años a la botánica, podría incitar a este tipo de aproximaciones...

². Cf. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Deffrénois, 2^o ed. 1995, p. 252.

³. J. Bonnetcase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente; ses variations et ses traits essentiels*, Burdeos, Delmas, 1933, t. 1, p. 226.

⁴. F. Tronchet, Séance de thermidor an IX, in Loqué, *op. cit.*, t. 1 p. 395.

⁵. T. Ymbert, *Essais critiques sur le Code Napoléon*, I^a parte: El pórtico del Código. Estudio sobre el título preliminar (art. 1-7), París, 1860.

⁶. P. Dubouchet, *Sémiotique juridique*, PUF, 1990. p. 39.

⁷. Aproximación similar a la de las ciencias exactas, lo que explica que alguno de sus promotores, como Leibniz, sean matemáticos (cf. P. Dubouchet, *Sémiotique juridique, op. cit.*, p. 46 y ss.).

Por otro lado, la Filosofía de la Ilustración hace de la ley, expresión de la voluntad general, la punta de lanza de la lucha contra el absolutismo de los monarcas, triunfo de la equidad natural impuesta por la razón. Así se explica esta nomofilia, esa «pasión por las leyes en el Siglo de las Luces», para retomar el título de un bello artículo del decano Carbonnier¹, para quien el código es la expresión más acabada: «El sueño de la ley tomará una forma y un nombre: Código»². A partir de ese momento, el Código adquiere una dimensión mítica y deviene una especie de paso obligado para todo intelectual o gobernante.

Entonces, los filósofos codifican. Desde fines del siglo XVII, Leibniz traza diversos proyectos de codificación³, y una vez promovido juez en Hannover en 1678, colabora directamente en la elaboración del *Codex Leopoldinus*⁴. Rousseau en *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, redactadas en 1772, escribe que «deben hacerse tres códigos: uno político, uno civil, y otro criminal»⁵. Diderot redacta un proyecto de código para Catalina II de Rusia, que pretende ser un modelo. Un bemol en esta oda unánime al código, son las reservas de Montesquieu, cuya célebre teoría de los climas –aunque su autor no la haya expresamente invocado para justificar la diversidad de derechos positivos- sienta las bases filosóficas de la Escuela histórica de derecho que defiende las particularidades locales versus la uniformidad de una codificación: «Hacer una costumbre general de todas las costumbres particulares sería una cosa desconsiderada»⁶.

Pero la Filosofía de la Ilustración será más bien inspiradora que directamente creadora: la pasión codificadora de los filósofos, que se lanzan en la elaboración de un código considerado como la panacea, no es en lo absoluto coronada de éxito: el

¹. *Essais sur les lois*, op. cit., p. 239.

². F. Ost, L'amour de la loi parfaite, in *L'amour des lois*, L'Harmattan, 1996, p. 64.

³. Cf. G. W. Leibniz, Trois textes sur le droit et la codification, *APD*, 1986, t. 31, p. 357 y ss., traducidos por R Sève.

⁴. Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, op. cit., p. 79.

⁵. *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sa réformation projetées en avril de 1772*, Garnier, p. 382.

⁶. *L'esprit des lois*, Libro XXVIII, cap. XXXVIII.

código propuesto por Diderot suscitó las reservas de la emperatriz Catalina II¹; las constituciones «llave en mano» para Córcega y Polonia de Rousseau fueron letra muerta; el *Code de la nature* de Morelly (1755), redactado en artículos que se pretenden axiomas, se perdió en la utopía de una sociedad comunista sin propiedad². El aporte de los filósofos, reside más bien en las irónicas críticas formuladas contra la inútil complejidad de los numerosos derechos positivos de la época, y en la búsqueda de una nueva legitimidad jurídica que debe inspirar el nuevo derecho. Así por ejemplo, Linguet, inquieto por la proliferación anárquica de fuentes de derecho, apela a «un código (que concilie) la razón y la humanidad»³.

La influencia de la filosofía de la Ilustración explica la «códigomanía» que prospera a fines del siglo XVIII. Algunos juristas denominan códigos a trabajos muy diversos⁴. Boucher d'Argis publica en 1752 un *Code rural*; Duschesne, en 1757, un *Code de la police*; Le Ridant, en 1766, un *Code matrimonial* que algunos años más tarde será reeditado por Camus (1770). Paralelamente, los libelos y panfletos se multiplican con la degradación del clima político. Así, Arbaud, abogado, en el Parlamento de Provincia, estigmatiza el «despotismo del magistrado» que sólo puede ser combatido mediante «un código general... que se aplique en todo el reino»⁵. Curiosamente, los grandes juristas de fines del Antiguo Régimen parecen mantenerse al margen del debate sobre la codificación. Pothier por ejemplo, si bien lamenta el desorden en el que está inmerso el derecho francés de su época, no considera que una codificación pueda remediar esos males, pese a que retoma el

¹. «Ustedes sólo trabajan sobre el papel, que soporta todo..., mientras que yo, pobre emperatriz, trabajo sobre la piel humana, que por el contrario, es irritable y cosquillosa» (citado por J. Carbonnier. *La passion...*, art. citado, p. 246).

². Cf. cuarta parte, «Modèle de législation conforme aux intentions de la nature», art. 1: «Nada en la sociedad pertenecerá ni individualmente, ni en propiedad a persona alguna, los bienes de uso cotidiano, ya sea para sus necesidades, sus placeres, o su trabajo diario...»

³. *Annales politiques, civiles et littéraires du XVIII siècle*, Londres, 1777, p. 17, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification...* *op. cit.*, p. 127.

⁴. Cf. J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, art. citado, p. 29.

⁵. *Dissertation critique et politique sur nos loix*, Aix, 1790, p. 23 (para otros ejemplos, cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 165 y ss.).

trabajo de ordenación del derecho romano emprendido por Domat¹. Como su ilustre predecesor, proporciona los elementos necesarios al Código civil de 1804, en particular en su célebre *Traité des Obligations* (1761), sin embargo su objetivo no es ensamblarlos. El mismo Portalis no ve, aún en 1789, la utilidad de codificar el derecho francés², marca sin duda de su «moderantismo terrateniente»³ heredado de Montesquieu⁴, quien privilegia la experiencia y la historia por sobre la filosofía.

Europa constituye la cuna de estas nuevas codificaciones: en muchas monarquías del viejo continente florecen numerosos códigos, con frecuencia códigos penales, que, en los confines del derecho privado y del derecho público, colocan al hombre en el corazón de sus preocupaciones, y por tanto son objeto de un particular interés por parte de los turiferarios de la nueva filosofía⁵. Como muy bien se escribió: «Los déspotas iluminados brillaban por sus leyes. ¿Pero ellos mismos, de dónde sacaban las luces? De la filosofía»⁶. Baviera será el primer Estado verdaderamente dotado de códigos correspondientes a esta nueva concepción, cuando en 1751 se publique el *Codex juris Bavarici criminalis*, seguido en 1753 del *Codex Juris Bavarici iudiciari* y en 1756 del *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*⁷. Los otros Estados alemanes no se quedan atrás. En los Estados herederos de los Hasburgos, los trabajos de codificación comienzan a partir de 1753 y concluyen en 1766 con el *Codex Theresianus* (así bautizado por la emperatriz María Teresa), del cual, una parte modificada será publicada en 1786 por Josefa II bajo la denominación *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), aunque el conjunto del código no será acabado definitivamente hasta 1811 para entrar en vigor al año siguiente. En Prusia, después del fracaso de un primer proyecto de Código Federico -elaborado en

¹. En los *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, escrito de 1748 a 1752 y dedicado al canceller d'Aguesseau, trata de poner en orden el Digesto y termina con un tratado ordenado en cinco partes.

². Cf. J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, art. citado, p. 29, nota 58.

³. B. Oppetit, Portalis philosophe, *D*, 1995, p. 332.

⁴. Cf. su obra de evocador título, *De l'usage et de l'abus de l'Esprit philosophique durant le XVIII siècle*, Paris, 3^o ed., 1834.

⁵. Para un análisis profundo sobre las razones de esta prioridad acordada a los códigos penales, cf. Y. Cartuyvels, *op. cit.*, p. 11.

⁶. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, *op. cit.*, p. 242.

⁷. Cf. Especialmente a propósito del Código penal de 1751, Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, *op. cit.*, p. 124 y ss.

1749 por el canciller Cocceius (1679-1755)-, es adoptado en 1794 a instancias de Federico II, el Código general de estados prusianos *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), cuyo título completo refleja fielmente los principios filosóficos que lo inspiraron¹, razón por la que fue celebrado por la Enciclopedia a través de un artículo halagador². El ALR, consagración de los principios de la Filosofía de la Ilustración, está por otro lado marcado por el Antiguo Régimen, en particular por su comprensión del hombre como individuo, pero también como miembro de una comunidad familiar y social. Seguirá aplicándose hasta la entrada en vigor del BGB. Último ejemplo, pero no el más elocuente de esta serie, es el Código penal bávaro de 1813, cuyo autor es el célebre penalista Anselm von Feuerbach.

Si el siglo XVIII es aquel del nacimiento de las codificaciones, el XIX constituye indudablemente el de su desarrollo, el avènement de las codificaciones características de la Época contemporánea.

6. Codificaciones de la Época contemporánea (desde 1789)

a) *El siglo XIX*

Siglo de oro de las codificaciones, se inicia con la codificación francesa para terminar con la codificación alemana.

Como un autor acertadamente constató: «En 1789 convergen todos los elementos esenciales para llevar a cabo la gran obra de codificación del derecho civil

¹. *Code Frédéric ou Corps de Droit pour les États de sa Majesté le Roi de Prusse fondé sur la Raison et sur les Constitutions du pays...*, traducido del alemán por el propio canciller (sobre este proyecto, cf. Y. Cartuyvels, *op. cit.*, p. 112 y ss.).

². «(Él) está basado en la razón y en las constituciones del país; dispuso el derecho romano en un orden natural, suprimió las leyes extranjeras, abolió las sutilezas del derecho romano, y aclaró plenamente las dudas y dificultades que el propio derecho y sus comentaristas han establecido en el procedimiento; finalmente este código establece un derecho cierto y universal...».

francés»¹. El intenso anhelo de unificación del derecho, ya presente en los últimos años del Antiguo Régimen en Francia, se revela a través de las *doléances*² redactadas durante los Estados generales³ de 1789, en las que, el deseo de un código común a todo el reino -ya sea de un código general o de un código civil y otro criminal- se manifiesta expresamente⁴. Una ley de 16 de agosto de 1790 sobre la organización judicial, dispone que «las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y será hecho un código general de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución» (art. 19). El Constituyente recoge este anhelo en la Constitución de 3-14 septiembre de 1791, previendo que «será hecho un código de leyes civiles, comunes a todo el reino». Pero, el Código civil no vera la luz fácilmente.

La Convención examina dos proyectos preparados por su Comité de legislación bajo la dirección de Cambacérès. El primer proyecto, presentado en agosto de 1793, comprende 719 artículos repartidos en cuatro libros (personas, bienes, contratos, acciones), y pretende ser un verdadero *Code de la Nature* marcado por la ideología revolucionaria; será desechado por ser muy largo, muy jurídico y excesivamente complejo. Un segundo proyecto, igualmente marcado por la influencia revolucionaria, pero con la impronta de los principios filosóficos, que sólo comprende 297 artículos que se limitan a enunciar axiomas muy generales, fue también desechado en 1794. Este último proyecto intervino a contratiempo, puesto que ya se anunciaba la reacción thermidoriana. Cambacérès somete un tercer proyecto a las Asambleas del Directorio, en el espíritu de su tiempo: más extenso (1104 artículos), menos innovador que los anteriores, que no desdeña las referencias al derecho romano o a las costumbres y que, por cierto, es técnicamente

¹. V. *Code civil*, por J. Imbert, in *Dictionnaire Napoléon*, bajo la dir. de Jean Tulard, Fayard.

². N. del T.: *Doléances* significa queja o reclamo, pero en este caso específico se refiere a los *Cahiers de doléances*, registros en los cuales las asambleas encargadas de elegir diputados en los Estados Generales anotaban peticiones y quejas.

³. N. del T.: En francés *États-Généraux*, institución del poder en Francia que representaba a los tres estados: nobleza (Primer Estado), clero (Segundo Estado) y el resto del pueblo (Tercer Estado). Fue creada en 1302, disuelta por Luis XIII en 1614, y convocada de nuevo en 1789. Se transforma el 17 de julio de 1789 en la Asamblea General.

⁴. Cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 208 y ss.; H. Cauvière, *L'idée de codification...*, *op. cit.*, p. 65 y ss.

superior a sus antecesores. Sin embargo, también es descartado debido a la aceleración de la coyuntura política. Un bosquejo de proyecto, elaborado poco después por Jacqueminot, no será nunca discutido frente a las Cámaras ya que el cambio de Constitución lo hace obsoleto. La inestabilidad política de la época, enfrentada a temas políticamente sensibles como el matrimonio, el divorcio, la filiación o las sucesiones, sólo conducen al «imposible Código civil»¹. En materia criminal, sin embargo, dos codificaciones pudieron ser promulgadas sucesivamente: el código penal de 25 de septiembre - 6 de octubre de 1791, primer código penal oficial, inspirado de las ideas de Beccaria y de Montesquieu, instauro el principio de legalidad de los delitos y las penas con un sistema de penas fijas. Luego el Código de delitos y penas de 3 brumario año IV (25 de octubre de 1795)², que modifica el primero para hacerlo más represivo.

El Consulado da a Francia un período de estabilidad política propicia para la adopción de un Código civil, al cual Bonaparte apoya personalmente y del cual estará legítimamente orgulloso.

El 24 termidor año VIII, 12 de agosto de 1800, Bonaparte pide a una comisión de cuatro miembros preparar un ante-proyecto; la composición de esta comisión ilustra la actitud conciliadora del Primer cónsul, conciliación técnica entre los juristas de derecho escrito y los de regiones de costumbres, conciliación política entre las ideas del Antiguo Régimen y las de la Revolución. Tronchet (1726-1806), especialista de las costumbres de París y de derecho común consuetudinario, abogado en el Parlamento de París, *bâtonnier*³ en 1789, diputado del *Tiers*⁴ durante los Estados generales, defiende a Luis XVI antes de ser parlamentario durante el Directorio y de presidir el Tribunal de casación a comienzos del Consulado. Bigot de Preameneu (1747-1825), especialista de las costumbres del Oeste, abogado en el Parlamento de Rennes, magistrado bajo *la Constituante*⁵ y el Directorio, toma partido

¹. Título de la obra de J.-L. Halpérin, PUF, 1992.

². Cf. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2001, n° 223 y 228.

³. N. del T.: Presidente del Colegio de abogados.

⁴. N. del T.: Tercer Estado, el pueblo.

⁵. N. del T.: Asamblea constituyente de 1789.

por Luis XVI, es encarcelado durante *la Terreur* antes de transformarse en comisario del gobierno en el Tribunal de casación durante el Consulado. Maleville (1741-1824), especialista en derecho consuetudinario del Sur-Oeste, abogado en el Parlamento de Burdeos, miembro del Consejo de los Antiguos, luego juez en el Tribunal de casación. Finalmente, Portalis¹ (1746-1807), abogado en el Parlamento de Aix, inscrito en 1792 dentro de la lista de emigrados, encarcelado temporalmente, entra al Consejo de los Antiguos, apoya a los realistas, lo que le vale ser exiliado en Suiza y en Alemania antes de ser autorizado a volver bajo el Consulado y ser comisario del gobierno en el *Conseil des prises*², es aquél cuyo nombre se mantiene ligado a la elaboración del Código civil. Esta actitud, que se manifiesta igualmente en el eclecticismo filosófico de esta comisión, que se inspira de todas las corrientes de pensamiento que marcan a Francia desde el siglo XVII³, constituye sin duda una de las principales razones de las cualidades y éxito duradero del Código civil.

El ante-proyecto (proyecto del año VIII) es terminado en un plazo de cuatro meses. Después de ser solicitadas las observaciones a los tribunales, el texto del proyecto es discutido, conforme a la Constitución del Año VIII, frente a la asamblea del Consejo de Estado. Más de la mitad de las sesiones son presididas alternadamente por Cambacérès y por el mismísimo Bonaparte, quien aporta a la versión inicial sutiles modificaciones. El Código, dividido en 36 proyectos, debe ser, primero sometido al *Tribunat*⁴, que sólo puede dar una opinión sin proponer enmiendas, antes de ser votado por el Cuerpo legislativo. En parte compuesto por opositores de Bonaparte, el *Tribunat* da una opinión desfavorable al primer proyecto de ley, por lo que este es rechazado por el Cuerpo legislativo. El Primer cónsul reduce el *Tribunat* a la mitad eliminando cuidadosamente sus opositores mediante el

¹. Para un retrato sintético pero completo, cf. M.Long y J.-C. Monier, *Portalis*, Michalon, 1997.

². N. del T.: Comisión que se establecía en tiempos de guerra para juzgar la validez de los botines.

³. Cf. P. Malaurie, *La pensée juridique du droit au XX siècle*, *JCP*, 2001, I, 283, n° 11: «Lo que tuvo de admirable Portalis, fue la capacidad de conciliar los antagonismos: el jansenismo de Domat y Pothier, el parlamentarismo conservador y liberal de Montesquieu, la Ilustración, la Revolución y la voluntad imperiosa del Primer cónsul». *Adde*: Oppetit, *Portalis philosophe*, art. citado.

⁴. N. del T.: El *Tribunat*, junto con el Senado, el Consejo de Estado y el Cuerpo legislativo, fue una de las cuatro asambleas establecidas por la Constitución del año VIII.

sénatus-consulte de 16 termidor año X, entonces hace votar los treinta y seis proyectos de ley sucesivamente. Una ley de 30 ventoso año XII (21 de marzo de 1804) los promulga reuniéndolos en un *Code civil des Français* que deroga las disposiciones del Antiguo Derecho. En cuanto a la forma, este código de 2281 artículos es redactado con estilo preciso y con frecuencia elegante, concretándose en fórmulas depuradas que provocan la admiración de Stendhal: «Componiendo la Cartuja, para dar con el tono, leía de tiempo en tiempo algunas páginas del Código civil»¹. En cuanto al fondo, el Código civil estará marcado por el conservadurismo político² y el liberalismo económico³ que dominan Francia a comienzos del siglo XIX.

Al Código civil se agregan cuatro códigos, cuya elaboración, más laboriosa, no fue tan prolija como la del Código civil⁴ y que por consiguiente no tienen su misma aura. Elaborado por juristas poco imaginativos, en particular Nicolás Eustache Pigeau, cuyo *Traité de Procédure civile* era autoridad, el Código de procedimiento civil adoptado en 1806 se inspira fuertemente de la Ordenanza de Colbert de 1667. El Código de comercio de 1807, igualmente elaborado bajo la dirección de patricios entre los cuales se destaca el magistrado Philippe Gorneau, pretende ser una legislación especial de modesta ambición, también se inspira de ordenanzas de Colbert. Siguen el Código penal (1810) y el Código de instrucción criminal (1812), ambos concebidos técnicamente como obras de transición, de

¹. *Correspondance*, t. 3, La Pléiade, p. 399, Carta a Balzac. Esta carta sería en realidad una recomposición de borradores de Stendhal de Romain Colomb, primo, amigo y ejecutor testamentario (cf. A. Ensminger, *Recréation de la norme, récréation de la forme: trois versificateurs du Code civil français au XIX siècle*, tesis, Montpellier I, 1986, t. 2, p. 753).

². Entre una bibliografía abundante, cf. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969.

³. Entre una bibliografía igualmente abundante, cf. J.-F. Niort, *Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon*, APD, 1992, p. 117 y ss. *Adde*: la original visión de X. Martin, particularmente en *Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon*, DMM, 1994.

⁴. Cf. Cambacérès, *Mémoires inédites*, Perrin, 1999, t. 1, p. 567, quien observa: estos códigos no «cumplieron ni las esperanzas del gobierno, ni las expectativas del público»; agregando: «Pese a toda la atención que puse en aclarar y simplificar las disposiciones más complicadas, presentadas por el proyecto de estos diferentes códigos, estoy obligado a reconocer que el Consejo de Estado, sobrepasado por el detalle de los asuntos corrientes, paso rápidamente sobre diversos artículos, lo que dio lugar a justos reclamos».

carácter represivo, códigos «de hierro» marcados por la preocupación de la defensa del orden social¹.

Un desarrollo tal de la codificación no podía limitarse al plano puramente técnico, incluso ciertos redactores teorizan también sobre su obra, al igual que Portalis en su célebre *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*. La codificación provoca pasiones y controversias en el corazón del siglo XIX.

Jeremy Bentham (1748-1832) empuja el fervor por la codificación hasta el paroxismo, hasta la utopía², como lo prueba el curioso manuscrito conservado en el *University College* de Londres: «Aquí comienza el Pannomion de la nación francesa. Ha sido establecido por Nosotros, Louis, Rey de la Nación, Decimosexto de nombre, con el consentimiento de los Estados generales reunidos en Versalles, el 1º de enero de 1800 de la era cristiana»³... Bentham elabora numerosos proyectos de código que ofrece en vano a diversos Estados y redacta tres obras que permiten precisar su concepto de la codificación⁴; sus trabajos se acaban con la publicación de un código constitucional en 1830. Convencido de la superioridad de la ley, Bentham milita por la adopción de un código universal e integral, el Pannomion, redactado en un lenguaje accesible para todos, de una completitud tan absoluta que no dé espacio alguno a la interpretación.

Prácticamente al mismo tiempo, nace en Alemania una importante controversia que enfrenta los partidarios de la codificación a los de la Escuela histórica, defensores de un derecho consuetudinario que se forma progresivamente. August Wilhelm Rehberg (1775-1836) publica en 1814 *Du code Napoléon et de son introduction en Allemagne*, proponiendo en lugar del Código Napoleón, introducido tras las conquistas francesas, un retorno al antiguo derecho, constituido de costumbres germánicas. Haciéndose cargo de este trabajo, Antón Friedrich Thibaut

¹ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 248 y ss.

² D. Baranger, Bentham y la codificación, *Droits*, 1998, n° 27, p. 17 y ss.

³ Citado por F. Ost, *Le temps du droit*, op. cit., p. 230.

⁴ *Papers relative to codification* (1817), *Codification proposal* (1822), *Justice and codification petitions* (1827).

(1772-1840) en la que será su célebre obra *De la nécessité d' un Code civil général pour l'Allemagne*, propone y defiende la adopción de un solo Código civil para toda Alemania. Replicando a Thibaut, Friedrich von Savigny (1779-1861) refuta sus ideas en *De la vocation de notre temps pour la législation et les sciences du droit* ensañándose con la idea de codificación en general y la oportunidad de un código único para Alemania en particular.

La controversia se inscribe dentro del contexto político y social de la época. La invasión napoleónica hirió el nacionalismo alemán y el retiro de las tropas francesas permite cuestionamientos políticos: Alemania, Estado unitario o Estado confederado, el Congreso de Viena opta finalmente por esta segunda solución. Al mismo tiempo, la invasión francesa da a conocer las ventajas de una legislación unitaria y coherente. La tesis defendida por Thibaut representa esquemáticamente la opinión de la burguesía ilustrada adepta a la Filosofía de la Ilustración, que aspira a la unidad nacional y es favorable al establecimiento de una sociedad liberal fundada en los ideales de la Revolución. Mientras, las ideas de Savigny reflejan las opiniones de los conservadores, favorables al retorno al Antiguo Régimen e impregnadas del romanticismo naciente.

Thibaut funda su argumentación en la inseguridad jurídica creada por el desmembramiento del derecho y la multiplicidad de las fuentes del antiguo derecho, apelando a una legislación clara y única: «Resumamos todo esto: a todo patriota debe imponerse el deseo de que un Código simple, obra de nuestras propias fuerzas e industria, venga al fin, en conformidad a las necesidades del pueblo, a asentar y fortificar de la manera requerida el estado de nuestras relaciones civiles y que, formando una liga patriótica, todos los gobiernos alemanes procuren al conjunto del imperio los beneficios de una sola constitución civil para la eternidad de los tiempos»¹. Savigny responde a Thibaut que el derecho no es decretado por un gobierno, sino que es el fruto de la historia de un pueblo, a la vez, derecho

¹. Citado por A. Duffour, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII- XIX siècles*, *Droits*, 1996, n° 34, p. 54.

consuetudinario producido por el pueblo (Volksrecht) y derecho científico elaborado por los juristas (Juristenrecht): «El derecho civil presenta un carácter determinado, propio de cada pueblo, como lo son su idioma, sus costumbres, su constitución... todo derecho es engendrado de la manera que el lenguaje común califica como consuetudinario, es decir que, primero es producido por los usos, por la opinión del pueblo y por la jurisprudencia. Esto es así en todas partes, el derecho surge de fuerzas internas, silenciosas, no de la arbitrariedad del legislador»¹.

La querrela entre Savigny y Thibaut marca el pensamiento jurídico alemán durante un largo período², provocando posteriormente por ejemplo, la virulenta reacción de Hegel contra la Escuela histórica³. Sin embargo, ésta también marca la historia de la codificación como lo prueban numerosas experiencias posteriores.

En España por ejemplo, la codificación se enfrenta a los partidarios de las libertades locales traducidas en *fueros*, costumbres propias de cada provincia. El Código civil promulgado en 1889 sólo contiene algunas disposiciones aplicables al conjunto del país, las otras sólo son de aplicación supletoria respecto de los *fueros*. Los ecos de la querrela Thibaut-Savigny se escuchan en los confines del mundo, puesto que en Japón, a fines del siglo XIX, los argumentos de ambos protagonistas son recogidos por partidarios y adversarios del Código Boissonade⁴. Los análisis de Savigny fueron igualmente invocados por la *Bar association* para rechazar la adopción de un código civil en el estado de Nueva York a fines del siglo pasado⁵.

¹. *Ibid.*, p. 55.

². *Ibid.*, p. 45 y ss. Adde: O. Jouanjan, Science juridique et codification en Allemagne (1850-1900), *Droits*, 1998, n° 27, p. 65 y ss.

³. *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathe, Lib. Filo. Vrin, 1975, §211: «De manera general, se dice en favor del derecho consuetudinario que éste está vivo, pero esta vitalidad, es decir la identidad de la determinación y del sujeto, no constituye aún la esencia de la cosa; se requiere que el derecho sea conocido por un acto del pensamiento, se requiere que sea un sistema en sí mismo, y es sólo bajo esta forma que puede jugar un rol determinante en las naciones civilizadas».

⁴. T. Yamaguchi, Rapport japonais, in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'association Capitaint, 1993, t. XLIV, p. 536. Acerca de este código, cf. *infra*, p. 41.

⁵. Cf. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1950, t. 2, n° 716.

Finalmente, encontramos un eco cierto de la controversia de Thibaut y Savigny en el áspero debate que opone hoy partidarios y adversarios de un Código civil europeo¹.

Savigny, cuya influencia es considerable, engendra dos corrientes de pensamiento opuestas que pretenden ser sus herederas: los Pandectistas, teóricos que buscan construir un derecho racional y unificado a partir de una interpretación del *Corpus juris civilis*; y los Germanistas, que anhelan reencontrar los orígenes profundos del derecho consuetudinario y popular alemán. Paradójicamente, la concepción sistemática del derecho que suscita Savigny, más fértil que su visión historicista, favorece más de lo que ella frena la codificación del derecho alemán que clausura el siglo XIX².

Hasta 1871 el derecho de los distintos Estados alemanes parece completamente desmembrado -derecho consuetudinario, Código civil francés, derecho romano surgido del Código de Justiniano, o códigos específicos como el Código sajón de 1865-; sin embargo, la unificación política suscita una aspiración general de codificación que conduzca a un derecho unificado. Mientras son adoptados un Código penal en 1871, un Código de procedimiento penal en 1877 y un Código de procedimiento civil (*Zivilprozessordnung*) en 1879, se reúne desde 1874 una primera comisión para elaborar un proyecto de Código civil. Terminado en 1888, éste es criticado tanto en la forma -su estilo sería muy pesado- como en el fondo -las exigencias prácticas y los imperativos sociales estarían demasiado postergados-. Una segunda comisión, reunida en 1890 y extendida a no-juristas, elabora un proyecto que prácticamente no se distingue de aquel de 1888 respecto del fondo, salvo por algunas «gotas de aceite social» (*Tropfen socialzen Ôls*). Según la fórmula de su más célebre opositor, Otto von Gierke, las modificaciones agregadas recogen principalmente un poco de «psicología social»³. Sin embargo, este proyecto es adoptado por el Parlamento el 1º de julio de 1896 y promulgado por

¹. Cf. *Towards a European Civil Code*, Nijhoff Publishers, 1994, específicamente E. Hondius, *General introduction*, p. 12.

². Cf. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Flammarion, «Champs», p. 2001, p. 321.

³. Cf. V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative, Étude sur les Codes civils français et allemands*, tesis, París II, p. 228, n. 209.

el Emperador el 18 de agosto. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), compuesto de 2385 párrafos, aproximadamente el mismo número de artículos del Código civil francés, entra en vigor el 1º de enero de 1900.

El Código civil alemán nació un siglo más tarde que el Código francés, un siglo durante el cual las evoluciones económicas, sociales y técnicas fueron muy importantes. Como un autor observó: «nacido a fines de un período muy fecundo de las ciencias del derecho, el BGB supo sacar todo el partido posible en el plano técnico, pero sólo marginalmente anticipa el futuro»¹. En efecto, el BGB fue saludado por la doctrina francesa por sus cualidades técnicas, consideradas superiores a aquellas del Código civil de 1804²; sin embargo en el fondo es como su homólogo francés: reflejo de las ideas liberales y conservadoras de su época³. «Hijo del siglo XIX más que precursor del siglo XX», dijo de él un jurista alemán⁴... Un nuevo código de comercio promulgado en 1897 entra igualmente en vigor el 1º de enero de 1900.

La gran mayoría de las codificaciones de fines del siglo XIX y de principios del siglo XX se inscriben, más o menos directamente, en la prolongación de las codificaciones francesas o alemanas.

El Código civil francés de 1804 ejerció una influencia considerable sobre las codificaciones extranjeras⁵.

Introducido en varios países tras las invasiones de Napoleón, el Código civil es aún aplicado hoy en día en Bélgica y Luxemburgo. En Suiza francesa hasta 1907, en el Gran Ducado de Bade y ciertos Estados del Rin hasta 1900, en el principado de Lucca hasta 1866, en los Países Bajos hasta la adopción del Código de 1838.

¹. M. Pédamon, *Le droit allemand*, PUF, «*Que sais-je*», 1985, p. 42.

². Cf. F. Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 987 y ss. La comparación fue sobre todo esbozada a propósito del plan (cf. *infra*) y del estilo (cf. *infra*).

³. M. Pédamon, *Le centenaire du BGB*, *D*, 1997, p. 107 y ss.

⁴. G. Boehmer, *Einführung in das bürgerliche Recht*, citado por M. Pédamon, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 42.

⁵. A. Cabanis, *Le code hors la France*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 33 y ss. Adde: J. Carbonnier, *Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne?*, *Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804*, *D*, 1975, p. 171; *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2; *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*

Influencia igualmente, más o menos directamente, la elaboración de otros códigos europeos. Los códigos de varios Estados o principados durante la primera mitad del siglo XIX, en esta primera etapa: códigos de varios cantones suizos antes de la codificación federal, Código del Reino de las Dos Sicilias, Código de Parma, Código de Cerdeña, Código de Piemonte, Código de Modena... Los Códigos adoptados en la segunda mitad del siglo XIX por varios países europeos, con frecuencia luego de la creación de Estados-nación, en esta segunda etapa: Código holandés de 1838, Código serbio de 1844, Código rumano de 1865, Código italiano de 1865, Código portugués de 1867, Código español de 1889.

En el resto del mundo, el mapa de influencia del Código civil con frecuencia sigue los contornos de aquél de la presencia política y cultural francesa, en particular ligada a la colonización. La impronta del Código civil francés se encuentra en los Códigos de Louisiana de 1808, de Québec de 1866, en los códigos civiles adoptados en la isla Mauricio o las Seychelles; al igual que en varios códigos adoptados en Magreb o en Medio Oriente, en particular en los países bajo protectorado o mandato: códigos de las obligaciones de Túnez (1906), de Marruecos (1913), de Líbano (1932). En Egipto, el derecho es afrancesado a mediados del siglo XIX por los gobiernos reformadores. Ejemplo seguido por el Imperio otomano que, bajo la influencia del derecho civil francés, codifica el derecho de la escuela o rito Hanefita, con el nombre *Méjellé*, Código completo de derecho civil musulmán¹. La influencia del Código civil francés se desarrolla igualmente en América central o latina: es introducido en idioma francés en Haití en 1816, difundido en toda la isla de La Española y mantenido tanto en Haití como en República dominicana. Sirve de modelo a los códigos elaborados en Bolivia (1830), Costa Rica (1841), Perú (1852), Chile (1855), Ecuador (1861), Argentina (1869), Colombia (1873), Salvador (1880)... Su influencia también se advierte en el primer período de codificación japonesa, durante la era Meiji, época durante la que Japón busca abrirse al mundo moderno².

¹. J. Lafon, L'empire ottoman et les codes occidentaux, *Droits*, 1998, n° 26, p. 71 y ss.

². Cf. Y. Noda, La réception du droit français au Japon, *RID comp.* 1953, p. 543 y ss.

Desde 1869, el gobierno japonés ordena la traducción de códigos franceses, en parte realizados por iniciativa de Georges Bousquet, abogado en la corte de París. En 1873, a Gustave Boissonade¹, profesor de la Facultad de Derecho de París, se le encarga redactar un Código penal y un Código de instrucción criminal. Serán adoptados en 1880 y entran en vigor a partir de 1882. Igualmente, Gustave Boissonade elabora, a partir de 1879, un proyecto de Código civil marcado por un espíritu comparatista. Es terminado en 1891 pero será rechazado al año siguiente al ser considerado alejado de las costumbres tradicionales del país². La codificación alemana que concluye para entonces eclipsa los códigos franceses, influenciando el Código de procedimiento civil de 1891, el Código civil de 1898, el Código de comercio de 1899, el Nuevo Código penal de 1907 y el Nuevo Código de instrucción criminal de 1922; tal como lo hará en lo sucesivo en varios países de Europa o América latina: códigos de Brasil (1916), de Méjico (1928), del Perú (1936), de Grecia (1940).

Otras codificaciones posteriores, poseen el mismo espíritu que las codificaciones francesas o alemanas y por tanto pueden ser asociadas a las grandes codificaciones del siglo XIX; sin embargo se liberan de su influencia para adquirir una innegable especificidad, tal es el caso por ejemplo, de la codificación suiza³.

Después de un primer intento de codificación emprendido en la República helvética, creada por Bonaparte (1798-1803), el gobierno encarga a Eugène Huber, profesor de las Universidades de Basilea, de Halle y de Berna (sucesivamente), realizar un estudio comparado de los derechos civiles cantónales en vistas de una codificación. Luego le encarga, en 1892, la elaboración de un Código civil. Eugène Huber presenta en 1900 un proyecto completo, seguido en los años siguientes de una exposición de sus motivos. El Código civil es aceptado por unanimidad por los

¹. Sobre la personalidad de Boissonade y sus ideas, cf. C. Jamin, Boissonade et son temps, *APD*, 2000, p. 285 y ss.

². Cf. *infra*, p. 298.

³. H. Marie de Riedmatten, La codification et l'évolution du droit suisse, *Revue politique Indépendance et coopération*, 1986, p. 834 y ss.

dos consejos el 10 de diciembre de 1907 y entra en vigor el 1° de enero de 1912. La elaboración del Código civil hace visible la necesidad de una reforma del Código de las obligaciones de 1881, que abarca el derecho comercial y el derecho de las obligaciones *stricto sensus*. De manera concomitante a la preparación del Código civil, Eugène Huber trabaja en esa reforma, la *Loi fédérale complétant le Code civil Suisse*, que constituye el libro quinto del Código civil, dotado de una numeración especial que lo distingue en la práctica, entra en vigor el 1° de enero de 1912 junto con los otros libros.

Las codificaciones suizas inspiran algunas codificaciones posteriores, en particular las de Liechtenstein (1922, 1926) y sobre todo las codificaciones turcas iniciadas por Atatürk: Código civil y Código de las obligaciones de 1926, Código de procedimiento civil de 1927, Código de procedimiento criminal de 1928, incluso el Código de comercio de 1926.

Un lugar aparte, dentro de las codificaciones del siglo XIX y principios del siglo XX, merece la vasta compilación del derecho existente emprendida en Rusia en 1832 en el *Svod Zakonov* (Cuerpo de leyes). Ésta reúne en quince volúmenes más de cuarenta mil artículos originalmente y más de cien mil con posterioridad. Actualizada periódicamente y a veces incluso reformada: «Se puede decir que la historia general de las codificaciones no conoce codificación que por su amplitud y audacia, pueda ser comparada al *Svod* ruso»¹. Lo sustantivo del derecho sigue siendo nacional, sin embargo el esquema es tomado de códigos extranjeros: así por ejemplo, el plan del Código civil ruso parece calcado de su homólogo francés.

Pero una era nueva para las codificaciones comienza, indudablemente, en el siglo XX.

¹. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 3, n° 881.

b) El siglo XX

En primer lugar es un siglo de recodificaciones, varios países intentan reformar en profundidad códigos que envejecen.

Así, Italia adopta en 1942 un Nuevo Código civil cuya particularidad consiste en reunir, en un solo código, el conjunto del derecho privado, derecho civil *stricto sensu* y derecho comercial.

Los últimos años del siglo XX concluyen con dos recodificaciones de envergadura, que merecen ser aclamadas tanto por su ambición como por su innegable éxito. Tras una larga gestación, los Países Bajos reemplazan su Código civil de 1838 por un Nuevo Código Civil que, en sus aspectos fundamentales, entra en vigor en 1992¹. Asimismo, Quebec abandona el Código civil de Bajo Canadá de 1866 que, dominado por el individualismo liberal y la religión católica, no corresponde con la nueva sociedad quebequesa; un Nuevo Código civil entra en vigor el 1° de enero de 1994 luego de múltiples peripecias².

Estas recodificaciones de conjunto son, sin embargo, relativamente escasas: pocos intentos llegan a buen término comparados con todos aquellos que son comenzados pero no acabados. En Francia, por ejemplo, los trabajos de las comisiones de recodificación de 1904 o de 1945 se paralizan y luego son abandonados³. El Código civil es objeto, a partir de los años 1960, de una recodificación progresiva que concierne en particular el libro I, consagrado al derecho de personas y de familia. Posteriormente, se elaboran con la misma voluntad de remozar y mejorar el derecho existente, un Nuevo Código de procedimiento civil que entra en vigor en 1975 y un Nuevo Código penal que entra en vigor en 1994.

¹. D. Tallon, Le Nouveau Code civil des Pays-Bas, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 181.

². R. Cabrillac, Le nouveau Code civil du Québec, *D*, 1993, p. 267 y ss.

³. Cf. por ejemplo, R. Houin, Les travaux de la commission de réforme du Code civil, *RTD civ.*, 1951, p. 34 y ss.

Sobre todo, el siglo XX es el de la explosión de la relativa unidad de las codificaciones que aún prevalecía, explosión que traduce una plenitud perenne más que un hipotético ocaso. Este vigor de la codificación se trasluce en el rol que le reconoce la Organización de la Naciones Unidas. El artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas da un mandato a la Asamblea general para «generar estudios y hacer recomendaciones con el objeto de... fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación», el artículo 15 de la Comisión de Derecho Internacional precisa que la codificación constituye «la formulación más precisa y la sistematización de las reglas de derecho internacional en las áreas donde ya existe una práctica estatal consecuente, precedentes y opiniones doctrinales». Concebida entonces como una operación de transcripción de reglas consuetudinarias a un cuerpo de reglas escritas reunidas sistemáticamente, la codificación internacional conoce un éxito notable¹.

Esta explosión de la codificación se traduce en la proliferación de códigos en el mundo, ya sea mediante su adopción en países en los que la codificación era ignorada o jugaba un rol secundario, o incentivando un nuevo auge en países de tradición codificadora.

Países en los que la codificación era percibida con relativa ambigüedad parecen adoptar, definitivamente y sin reservas, el modelo codificador. Así, en China por ejemplo, los sucesivos trastornos políticos a lo largo de todo el siglo XX se traducen en la adopción de nuevos códigos. La revolución de Sun Yat-Sen y la proclamación de la República en 1911 conducen rápidamente a la creación de un comité redactor de códigos, en el que colaboran particularmente dos consejeros franceses, Georges Pradoux y Jean Escarra, lo que concluye en lo que los chinos llaman los «seis códigos de Guomindang»: Código civil de 1929-1930, luego Código penal, Código de procedimiento civil, Código de procedimiento penal, y Código de

¹. Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, LGDJ, 6° ed. 1999, por P. Daillier y A. Pellet, n° 217.

comercio en los años que siguen¹. Luego de una pausa durante la Revolución cultural, la muerte de Mao genera una nueva ola de codificación a partir de 1978: un Código penal y un Código de procedimiento penal son adoptados en 1979, y en 1982 un Código de procedimiento civil que será modificado en 1996 y 1997².

La codificación a veces también llega a Estados creados recientemente, lo que su historia no permitía *a priori* prever: por ejemplo, la creación del Estado de Israel es seguida a partir de los años 1960 de una codificación según el método tradicional puesto que opera por etapas, consagrándose a áreas de materias sucesivas³.

Asimismo, muchos países cuyo derecho tradicional era, más o menos, ajeno a toda idea de codificación, que sólo la conocían a través del sistema jurídico de alguna potencia colonial ocupante, se abren a la codificación a lo largo del siglo XX. En África por ejemplo, luego de su independencia, numerosos países desean asentar su nueva autoridad política mediante la adopción de códigos elaborados según el modelo occidental⁴, como lo prueba la más representativa de estas piezas: el Código de Senegal de las obligaciones civiles, comerciales y administrativas de 1963⁵. Estos códigos, que paradójicamente se inspiran muchas veces de la legislación de la antigua potencia colonial⁶, conocerán diversas fortunas⁷. Dentro de un movimiento similar, numerosos países árabes también codifican su derecho a partir de los años 1950: Código egipcio de 1949, luego Código sirio de 1949, Código iraquí de 1953, Código libio de 1954, Código somalí de 1973 y Código argelino de 1975.

Finalmente, el auge de la codificación resulta aún más evidente cuando alcanza países desprovistos de toda tradición codificadora. Por ejemplo, el Código

¹. La constitución es considerada como el sexto código (cf. J. Tao, *Le droit chinois contemporain*, PUF, «*Que sais-je*», p. 19). Algunos de estos códigos se mantienen aún vigentes en Taiwán.

². *Ibid.*, p. 23 y ss.

³. C. Klein, *Le droit israélien*, PUF, «*Que sais-je*», 1990, p. 82.

⁴. Cf. David, *La réforme du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 160 y ss.

⁵. Para un empadronamiento casi exhaustivo, cf. R. Degni-Segui, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1: *Les nouvelles éditions africaines*, 1982, p. 461 y ss.

⁶. Cf. *infra*, p. 292.

⁷. Cf. *infra*, p. 296.

civil húngaro de 1960 constituye el primer código adoptado en ese país enraizado en el derecho consuetudinario¹. La caída del comunismo no pudo poner atajo a este movimiento, y hasta el día de hoy se siguen elaborando nuevos proyectos de codificación². Pero la manifestación más destacable de expansión de la codificación, tradicionalmente ligada al sistema romano-germánico, sin duda reside en su desarrollo en el seno de los países del *Common law*, aunque es necesario considerar ciertos matices a este respecto, distinguiendo el caso de Inglaterra y el de los Estados Unidos.

Como se constató, «en la tradición inglesa existe una desconfianza visceral respecto de la codificación»³, ligada aún a Napoleón Bonaparte, que explica el fracaso de los intentos de codificación de conjunto esbozados en Inglaterra por la *Law Comisión Act* de 1965. Las *Law Comission* creadas para Inglaterra y Escocia, encargadas de reformar el derecho comprendido en la codificación, proponen la redacción de cuatro códigos: Código de contratos, Código de familia, Código penal, y Código de posesiones inmuebles. Estos proyectos son rápidamente abandonados⁴, no obstante la *Law Commission* no ha renunciado del todo a su iniciativa, y estudia hoy en día una codificación para el derecho comercial⁵. Pero la idea de código en sí misma no es esencialmente incompatible con el *Common Law*. Como prueban por ejemplo, los códigos elaborados con relativo éxito en India durante la dominación inglesa, a partir de la *Charter Act* de 1833, al amparo de una comisión presidida por el gran historiador inglés Macaulay: Código de procedimiento civil en 1859, Código penal en 1860, Código de procedimiento penal de 1861. Por ejemplo, ese Código penal indio concebido por juristas ingleses está basado en los conceptos y los métodos de razonamiento del derecho inglés, al punto que se le considera como un

¹. Sobre estas tradiciones consuetudinarias y la resistencia que éstas opusieron a toda codificación a lo largo de los años, cf. A. Leca, *La genèse du droit, op. cit.*, n° 28. Sobre la «revolución» que generó la codificación en Hungría, cf. I. Zajtay, L'importance de l'évolution de l'ancien droit hongrois au point de vue de la théorie des sources, *RID comp.*, 1970, p. 477 y ss.

². T. Graf, La codification en Hongrie comme technique d'amélioration du travail législatif, *Rev. fr. d'adm. pub.*, n° 82, 1997.

³. D. Tallon, La codification dans le système du Common Law, *Droits*, 1998, n° 27, p. 40.

⁴. *Ibid.*

⁵. M. Arden, Time for an English Commercial Code?, [1977], *CLJ*, 516, p. 524 y s.

«código-modelo» según la usanza inglesa¹. Por otro lado, el derecho inglés no desconoce las codificaciones de derecho constante, que tienden a multiplicarse hoy, reuniendo en un mismo texto reglas principalmente de origen jurisprudencial, tal como el *Act to consolidate the law relating to the Sale of Goods* de 1893 modificado en 1979, que podría emparentarse a un código de venta de mercancías, o el *Partnership Act* de 1890.

Los americanos, más pragmáticos, desprovistos de hostilidades históricas *a priori* respecto de los códigos, han conocido varias fases de codificación en su corta historia². Tras el relativo fracaso de los intentos de codificación lanzadas por David Dudley Field, abogado neoyorquino que se consagra a fines del siglo XIX a la elaboración de proyectos de código, en particular un proyecto de Código Civil y un proyecto de Código de procedimiento civil³; la codificación vive hoy una renovación bajo tres formas diferentes. El código designa en primer lugar, «una compilación de fuentes formales de derecho clasificadas en orden alfabético» de materias⁴. Es así que la legislación federal es reunida en una compilación oficial, bajo el nombre de *United States Code*. Las *Restatements*, comenzadas en los años 1920 y reeditadas desde entonces, son compilaciones privadas sistemáticas de *Common Law* en una materia determinada, elaboradas bajo la dirección de la *American Law Institute*, organismo privado creado en 1923 que reúne varios centenares de profesores y abogados. Una primera serie de *Restatements*, cuya redacción demandó más de veinte años de trabajo, de 1923 a 1940, constituye una síntesis de principios generales aplicables a nueve áreas: derecho de contratos, de la responsabilidad, de *agency*, de seguros... A partir de los años 1950, una segunda serie de *Restatements* agrega comentarios más desarrollados a los principios ya despejados. Una tercera serie de *restatements*, consagrada al derecho internacional, es comenzada en 1987

¹. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., n° 472.

². S. Herman, Histoire et destinée de la codification américaine, *RID comp.*, 1995, p. 707 y ss.

³. El Código de procedimiento civil adoptado por el Estado de Nueva York en 1848 fue imitado en varios otros estados. El Código Civil fue aceptado por algunos Estados del Centro y del Oeste (cf. O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 159).

⁴. A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, Dalloz, 2° ed., n° 348.

y continuada en 1992 por el *Trust Restatements*. Paralelamente, la adopción de leyes relativas a ciertas áreas del derecho, idénticas en todos los Estados, fue propuesta por *The National Conference Commissioners on Uniform State Law*, con la concurrencia de la *American Law Institute*. Sin duda, la más célebre realización es el *Uniform Commercial Code*, elaborado bajo la dirección del profesor Karl Llewellyn, su primera versión completa es ampliamente difundida en mayo de 1949 y adoptada por diferentes Estados entre julio de 1953 y julio de 1966¹. Seguido notablemente por el *Uniform Consumer Credit Code* y el *Uniform Probate Code*, ambos concebidos bajo una fórmula similar.

El siglo XX fue igualmente marcado por el renuevo de la codificación en los países de tradición codificadora.

De esta manera, cuando se pone en marcha la Nueva Política Económica (NPE), poco después de la Revolución de 1917, la URSS se dota de códigos. El primero, adoptado con apuro en 1922, es un Código civil muy breve, con sólo 435 artículos; seguido el mismo año de un Código agrario y de un Código del trabajo, luego de un Código de familia en 1926. La instauración del comunismo, que sigue la Segunda Guerra mundial, es acompañada de un intenso movimiento de codificación² en numerosos Estados de Europa central y oriental. Las repúblicas socialistas satélites adoptan, bajo el modelo ruso, un código de familia y un código civil propiamente tal: Código civil checo de 1951 luego de 1964, Código civil polaco de 1965, Código civil de la RDA de 1976... A partir de 1989 la caída del comunismo reactivó la codificación, y numerosos proyectos de código fueron adoptados en los países de Europa central y oriental. Un Código civil de la Federación Rusa, adoptado en sus aspectos fundamentales en los años 1994 y 1995, entra en vigor en 1996³, mientras que un Código penal es adoptado en 1996 y entra en vigor el 1º de enero

¹. Cf. la traducción francesa, por C. Lambrechts, Armand Collin, 1971, pref. d'A. Tunc.

². V. Knapp, La codification du droit civil dans les pays socialistes européens, *RID comp.*, 1979, p. 733 y ss.

³. S.S. Alexeïev, Les perspectives de développement du droit privé en Russie, *RID comp.*, 2001, p. 159 y ss.

de 1997¹. Una de las innovaciones más características es sin duda la adopción de códigos de comercio, desconocidos durante el período comunista², siguiendo el ejemplo del código de comercio checo de 1992³.

La codificación constituye igualmente un objetivo importante para la construcción jurídica europea: proyectos de elaboración de un Código europeo acompañan la probable transición de la Unión Europea hacia un Estado federal.

Así, la doctrina se esfuerza por sentar las bases de un Código civil europeo: un Grupo de estudios sobre un Código civil europeo fue fundado en 1998⁴, y varias iniciativas en un ámbito más limitado existen desde hace más tiempo. Por ejemplo, una comisión presidida por el profesor Ole Lando y compuesta de universitarios de los países miembros, elaboró a partir de los años 1980, los *Principes du droit européen du contrat*, destinados especialmente a constituir las premisas de un futuro Código europeo de las obligaciones⁵. Mientras que otros autores se cuestionan respecto de la oportunidad de un Código europeo sobre derechos del consumidor⁶.

Tres resoluciones del Parlamento europeo han expresado el anhelo de elaborar un Código civil europeo⁷, el proyecto recibió el apoyo del Consejo de ministros y de la Comisión en las cumbres de Colonia y de Tampere en 1999, entonces Comisión y Parlamento encargaron un estudio sobre los avances de los trabajos. La Comisión además realizó recientemente, 13 de julio de 2001, una importante comunicación relativa al derecho europeo de contratos, que apunta a una

¹. L. Golovko, Le Nouveau Code Pénal de la Russie, *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 561 y ss.

². Acerca de esta ausencia, cf. *infra*.

³. G. Ajani, La circulation des modèles juridiques dans le droit postsocialiste, *RID comp.*, 1994, p. 1087.

⁴. Por iniciativa de los profesores: Bar, Drobnig, Hartkamp y Lando (cf., en particular sobre la estructura y las ambiciones de este grupo de estudios, C. von Bar, Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RID comp.*, 2001, p. 127 y ss.; Vers un code civil européen, *Les annonces de la Seine*, 3 de junio de 2002, p. 1).

⁵. Lando/Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part I: Performance, non-performance and Remedies, Dordrecht, 1995; *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, La Haya, 2000. La primera parte de los *Principes* fue publicada en francés por I. de Lamberterie, G. Rouhette, D. Tallon (La Documentation française, 1997).

⁶. Vers un Code européen de la consommation, Actes du Colloque de Lyon de 12 y 13 de diciembre 1997, bajo la dir. de F. Osman, Bruylant, 1998.

⁷. 26 de mayo de 1989, *Joce* 158-400: es necesario «lograr lo más rápido posible la redacción de un Código europeo de derecho privado»; 6 de mayo de 1994, *Joce*, C. 205-518; 15 de noviembre de 2001.

codificación de la materia¹. Paralelamente, el consejo europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992 consagró la importancia de la codificación para la construcción de la Unión Europea; y, un Acuerdo interinstitucional de 20 de diciembre de 1994 permitió establecer un método de codificación acelerada respecto al procedimiento ordinario. Se concibe esta codificación como «el procedimiento que busca derogar los actos objeto de la codificación y reemplazarlos mediante un acto único que no conlleva ninguna modificación sustantiva de dichos actos»². La codificación ha sido una preocupación constante para la Unión Europea, aunque en la práctica su ejecución aún está en estado embrionario.

Este renuevo de la codificación, se acompaña a veces de un abandono del esquema codificador del siglo XIX en favor de codificaciones llamadas de derecho constante, que consisten en reunir de manera racional el derecho existente sin modificarlo³, como atestigua el ejemplo francés que constituye sin duda el más característico.

Desde principios del siglo XX, los códigos reúnen textos promulgados con anterioridad, tal como el Código del trabajo, publicado por libros entre 1912 y 1927. Con la Liberación, el gobierno da comienzo a la codificación de textos ya existentes mediante decreto. De allí proviene el nombre de codificación administrativa, que a veces recibe este tipo de codificación, que consta de modificaciones puramente formales y sin intervención del Parlamento. Un decreto de 10 de mayo de 1948 crea, para este efecto, la Comisión encargada de estudiar la codificación y la simplificación de los textos legislativos y reglamentarios⁴. Esta comisión, si bien no realiza el ambicioso programa fijado bajo la dirección de Gabriel Ardant, su presidente de 1948 a 1964, cumple una labor considerable hasta 1988. Numerosos códigos son elaborados en variadas áreas, estos comprenden una sección legislativa y una

¹. Cf. N. Charbit, L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, *JCP*, 2002, I, 100.

². Méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *Joce*, n° C 43/41, 20 de febrero de 1995, art. 1°. *Adde*: S. Magnin, La codification du droit communautaire, *AJDA*, 1997, p. 678 y ss.

³. Acerca de este método, cf. *infra*.

⁴. G. Ardant, La codification permanente des lois, règlements et circulaires, *Rev. dr. pub.*, 1951, p. 35 y ss.

sección reglamentaria, ambas establecidas dentro de la misma estructura, y que son promulgados por decreto tras el informe del Consejo de Estado¹. Pero este procedimiento de codificación por decreto presenta un inconveniente mayor, deja subsistir junto al nuevo código las antiguas disposiciones legislativas, que un decreto naturalmente no puede derogar, haciendo necesaria la intervención ulterior del legislador.

El gobierno pretendió reactivar la codificación mediante un decreto de 12 de septiembre de 1989, instituyendo una *Commission supérieure de codification* que, «sucesora de la anterior», «está encargada de obrar por la simplificación y clarificación del derecho». Consolidado el principio de codificación del derecho constante, se resuelve abandonar la codificación por decreto de textos legislativos y asociar al Parlamento en la elaboración de códigos, sometiendo a su aprobación los proyectos de ley respecto de su sección legislativa. La codificación de derecho constante es objeto de particular atención por parte de los poderes públicos, como prueba una importante circular de 30 de mayo de 1996 que pretende ser una especie de *Discours préliminaire* de las nuevas codificaciones²; mientras que una ley de 14 de junio de 1996 crea una oficina parlamentaria de evaluación de la legislación³ que tiene como función evaluar la «adecuación de la legislación a las situaciones que regula», manifestación del deseo de simplificación y racionalización del derecho. Más reciente aún es una ley de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos y sus relaciones con la administración, que curiosamente consagra la codificación de derecho constante, que no tiene en lo absoluto relación ni con su objeto ni con la función tradicional de la ley⁴. Esta

¹. Económico (C. de seguros; C. de aviación civil; C. de agricultura; C. de correos y telecomunicaciones), administrativo (C. de comunas; C. de dominios; C. de elecciones; C. de expropiación; C. de urbanismo; C. de mercados públicos), social (C. de familia y de ayuda social; C. de la seguridad social; C. de salud pública)...

². Circular de 30 de mayo de 1996 relativa a la codificación de textos legislativos y reglamentarios, *JO* 5 de junio de 1996, p. 8263, *RTD civ.*, 1996, obs. C. Jamin.

³. Ley n° 96-516 de 14 de junio de 1996 tendiente a crear una Oficina parlamentaria de evaluación de la legislación, *JO* 15 de junio de 1996, p. 8911; *RTD civ.* 1996, obs. C. Jamin.

⁴. Cf. N. Molfessis, *RTD civ.*, 2000, p. 664: «La definición de la codificación, esencial en la ley que autorizaba al gobierno a codificar vía ordenanzas, evidentemente no tiene utilidad en un texto que se limita a explicar lo que es la

consagración legislativa, desprovista de todo efecto normativo, sin duda traduce la necesidad de fortalecer simbólicamente un método controvertido de codificación¹. El Parlamento vota igualmente el 16 de diciembre de 1999 una ley de habilitación declarada conforme a la Constitución², que permite al gobierno adoptar por vía de ordenanzas la parte legislativa de nueve códigos. Finalmente la *Commission supérieure de codification* se ve directamente fortalecida por un decreto de 16 de junio de 2000 que modifica aquel de 12 de septiembre de 1989, el que establece definitivamente sus atribuciones y le concede la facultad de ser consultada sobre los proyectos de texto que modifican los códigos existentes.

Varios códigos adoptados estos últimos años constituyen el fruto de los trabajos de esta *Commission*. Son así adoptadas las secciones legislativas de: Código de la propiedad intelectual (1º de julio de 1992), Código de consumo (26 de julio de 1993), Código de jurisdicciones financieras (2 y 27 de diciembre de 1994), Código general de colectividades territoriales (21 de febrero 1996) y varios libros del Código rural³. Durante este período, las secciones reglamentarias del Código de consumo (27 de marzo de 1997) y una fracción del Código rural (11 de diciembre de 1992, 15 de marzo de 1996, 26 de abril de 1996) son igualmente adoptadas. La ambición desmedida del programa de codificación 1996-2000, que preveía la elaboración de más de cuarenta códigos⁴, está lejos de ser cumplida y el plazo se prorroga por una decena de años⁵. La instauración de nuevos códigos es reactivada gracias a la, ya

codificación legislativa sin generar ninguna consecuencia». *Adde*: J. Chevallier, La transformation de la relation administrative: mythe ou réalité?, *D*, 2000, p. 577.

¹. Ley n° 2000-321 del 12 de abril de 2000, art. 3: «La codificación legislativa reúne y clasifica en códigos temáticos el conjunto de leyes en vigor a la fecha de adopción de dichos códigos». Esta codificación del derecho constante se hace, con reserva a las modificaciones necesarias para mejorar la coherencia en la redacción de los textos reunidos, asegurar el respeto a la jerarquía de las normas y armonizar el estado del derecho. (*RTD civ.*, 2000, p. 658, obs. J. Rochfeld).

². Ley n° 99-1071 de 16 de diciembre de 1999 y decisión n° 99-421 del *Conseil constitutionnel* de 16 de diciembre de 1999.

³. Leyes de 18 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993, 8 de julio de 1998.

⁴. Estos códigos están clasificados en cuatro áreas: Vida pública (ejemplo: Código de profesiones jurídicas y judiciales); Actividades económicas (ejemplo: Código de medio ambiente); Actividades sociales (ejemplo: Código de asociaciones y fundaciones); Cultura (ejemplo: Código de educación).

⁵. Cf. G. Braibant, *Dixième Rapport Annuel de la Commission supérieure de la codification*, prefacio, p. 3: «Si el esfuerzo actual se mantiene, la codificación podrá estar en vías de concluir en unos diez años, respetando el ritmo no excesivo de tres o cuatro códigos por año».

evocada, posibilidad de codificar por ordenanzas: es así que acaban de entrar en vigor la sección legislativa: del Código de justicia administrativa (Ordenanza de 4 de mayo de 2000)¹, del Código de salud pública, del Código de educación, de los libros VII y IX del Código rural (Ordenanza de 15 de junio de 2000)², del Código de comercio y del Código de medio ambiente (Ordenanza de 18 de septiembre de 2000)³, del Código de carreteras (Ordenanza de 22 de septiembre de 2000)⁴, del Código monetario y financiero (Ordenanza de 14 de diciembre de 2000)⁵, del Código de la acción social y de familia (Ordenanza de 21 de diciembre 2000)⁶. Paralelamente, las secciones reglamentarias de los códigos cuya área legislativa ya está en vigor, son igualmente adoptadas: Código de jurisdicciones financieras⁷, Código general de colectividades territoriales⁸, Código de justicia administrativa⁹, Código de carreteras¹⁰... Un nuevo Código de mercados públicos fue adoptado el 7 de marzo de 2001¹¹, al margen de este movimiento codificador de derecho constante.

Este panorama de códigos y codificaciones en el mundo sería ciertamente incompleto si se omitiera señalar que a lo largo de los siglos los códigos han fascinado al profano, que con frecuencia ha intentado imitarlos, como si un escrupuloso respeto de la forma permitiera al fondo tomar prestada la fuerza obligatoria de la regla de derecho. Y creer o aparentar creer...

¹. JO, 7 de mayo 2000, p. 6904.

². JO, 22 de junio 2000, p. 9340 para el primero, p. 9346 para el segundo, p. 9358 para el tercero.

³. JO, 21 de septiembre 2000, p. 14783 para el primero, 14793 para el segundo.

⁴. JO, 24 de septiembre 2000, p. 15056.

⁵. JO, 14 de diciembre 2000, p. 19760.

⁶. JO, 23 de diciembre 2000, p. 20471.

⁷. Decreto de 4 de abril 2000, JO, 16 de abril 2000, p. 5837.

⁸. Decreto de 7 de abril 2000, JO, 9 de abril 2000, p. 5649.

⁹. Decreto de 4 de mayo 2000, JO, 7 de mayo 2000, p. 6906.

¹⁰. Decreto de 22 de marzo 2001.

¹¹. Decreto de 7 de marzo 2001, JO, 8 de marzo, anexos.

Los códigos de amor de la Edad Media¹, los códigos de las fraternidades de fols² durante el Antiguo Régimen son ejemplos suficientes. En el siglo XIX, el éxito del Código civil francés alienta a escritores y trovadores a apropiarse de su estilo para intentar aprovecharse de su esplendor, publicando códigos por simple juego, incluso para burlarse de su ilustre modelo. Así por ejemplo, Désaugiers publica durante el siglo XIX un *Code épicurien en chansons* que tendrá un gran éxito³. Durante la Restauración, cuando es de buen tono mostrar cierta ironía respecto del Código Napoleón, un taller dirigido por el editor Horace-Napoléon Raisson, en el que colabora Balzac, publica un *Code civil, manuel complet de la politesse*, luego un *Code de la conversation*, un *Code de la toilette*, un *Code conjugal*, un *Code Gourmand*, un *Code de la chasse*, un *Code des gens honnêtes, ou l'art de ne pas être dupe des fripons...*

Más allá de la simple parodia, las fronteras entre lo normativo y lo no normativo a veces parecen muy vagas.

Así, el Código de caballería, basado en la obligación de fidelidad absoluta del vasallo hacía su señor, que rige la casta militar que gobierna en Japón medieval, constituye una regla de honor tanto como una regla de derecho⁴. Al igual que los *cpap'*, códigos de conducta elaborados por eruditos camboyanos, para ofrecer a cada persona una especie de guía de la condición humana⁵.

Los códigos de buenas prácticas que se desarrollan hoy bajo la influencia de organizaciones internacionales, en particular respecto de relaciones comerciales, son concebidos como un conjunto de recomendaciones más o menos provistas de

¹. Cf. Stendhal, *Des cours d'amour*, apéndice de *De l'amour*, donde son citados varios códigos de amor del siglo XII (Código de amor de las damas de Vasconia, de Ermengarde y Narbonna, de la condesa de Flandes...).

². M. Lever, *Le sceptre et la marotte*, Points-Seuil, p. 79 y ss.

³. Artículo 2: «ordre à tout épicurien

De ne s'affliger de rien ;
Fils heureux de la folie,
Rien n'aura droit dans la vie
De le chagriner,
Qu'un mauvais dîner».

Citado en *Grand dictionnaire universel du XIX siècle*, Larousse, que concluye: «Nosotros la reproducimos a causa de su gran notoriedad, pero francamente, según nuestra opinión, ésta no merece para nada este honor...».

⁴. G. Appert, Un code de la féodalité japonaise au XIII^e siècle, *Nouv. Rev. hist. du droit*, 1900, p. 1 y ss.

⁵. S. Pou y P.-E. Jenner, Les Cpap' ou codes de conduite khmers, *Bull de l'EFEO*, 1981, VI, p. 135 y ss.

fuerza obligatoria, que coquetean con lo jurídico¹. Un nivel superior parece alcanzado por los códigos de ética o deontología que se multiplican en los más diversos sectores de la actividad profesional, traduciendo la aspiración de éstos por una ética independiente². Su autoridad jurídica parece todavía incierta, sin embargo indudablemente ésta tiende a consolidarse, tal como lo anhelan sus creadores, cuya elección del vocablo código traiciona un incuestionable deseo de normatividad³. Finalmente, se acercan aún más a los códigos las cartas que florecen actualmente en los más variados campos. Es por esto, que con justicia se puede aproximar la *Charte du patient hospitalisé*⁴, que debe ser entregada a cada paciente en virtud de una circular de 6 de mayo de 1995⁵, al movimiento contemporáneo de codificación de derecho constante⁶. Asimismo, la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea es expresamente concebida como una codificación de esos derechos fundamentales⁷.

Este fresco histórico, tan amplio y tan breve a la vez, no tiene más pretensión científica que demostrar la necesidad de mayor rigor... científico. Voluntariamente hemos presentado un abanico muy amplio de todas las manifestaciones del fenómeno de la codificación, pero ¿pueden ser todas ellas realmente reunidas bajo el mismo estandarte? ¿Pueden ser ellas incluidas en el seno de una noción suficientemente precisa que permita despejar las características comunes pertinentes? La búsqueda de una definición de código y de codificación se impone.

¹. G. Farjat, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 47 y ss.; *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés*, in *Les transformations de la régulation juridique*, *Droits et société*, LGDJ, 1998, p. 151 y ss.

². Cf. entre otros ejemplos, Código mundial de conducta ética del turismo adoptado el 1° de octubre de 1999 por la Organización mundial del turismo (*Le Monde*, 7 oct. 1999). *Adde*: F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, *RTD civ.*, 1995, p. 509 y ss.

³. B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 271.

⁴. N. del T.: Carta del paciente hospitalizado.

⁵. Circular Ggs/DH n° 95-22 de 6 de mayo de 1995.

⁶. J.-B. Seube, *Charte du patient hospitalisé: le remède serait-il pire que le mal?*, *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 1, p. 31: «Carta y codificación de derecho constante se inspiran entonces de la misma preocupación por reunir textos dispersos y así dar una mejor información a los justiciables y a los pacientes».

⁷. Cf. *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Documentation française, 2000, específicamente p. 39 y ss.: La codification des droits.

II – EN BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN

Códigos y codificación son términos bien conocidos en el lenguaje común. *El Petit Robert de la langue française*, por ejemplo, propone las definiciones siguientes:

Código: «1. Selección de leyes. – Conjunto de leyes y disposiciones legales relativas a una materia en especial. Por ext., toda edición de un código. Fam., el código: las leyes. Conocer el código, el derecho. Está en el código: es legal»;

Codificación: «Acción de codificar; resultado de esta acción».

Es necesario agregar que a mediados del siglo XX aparecen el término «*codificar*»¹ y sus derivados², en particular «*decodificar*», que viene del inglés *to decode*³. *Codificar* -que puede definirse como «transcribir un mensaje, una información cambiando la escritura corriente por los signos convencionales de un código»⁴ al igual que sus derivados, no tiene un significado jurídico preciso, aunque el derecho no haya podido escapar a este fenómeno de «*codificación*»⁵. Es por esto, que con ánimo burlón, un autor exclamó respecto del actual movimiento de codificación de derecho constante: « ¡Paren de *recodificar!* »⁶...

Finalmente, la práctica editorial ha creado el neologismo «codista», que sirve para designar a la persona encargada de la redacción de un código en una casa editorial⁷.

¹. N. del T.: En francés existen dos términos *codifier* (codificar en su acepción jurídica clásica) y *coder* (codificar como transcripción de un mensaje, derivación del inglés *to decode*). Para evitar confusiones esta segunda acepción (*coder*) al igual que sus derivados están escritos en letras cursivas.

². *Décodage, décodeur, encoder, encodage, encodeur...* (cf. *Dictionnaire historique de la langue française Robert*, v. Code).

³. *Dictionnaire historique de la langue française Robert*, v. Code.

⁴. *Trésor de la langue française*, www.inalf.fr/tlfi, v. *Coder*. *Decodificar* es presentado por el mismo diccionario como antónimo de *codificar*.

⁵. Cf. Y. Chaput, *La communication par codes du droit des affaires*, *Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, *Juris-Class.*, 1999, p. 251 y ss.

⁶. G. B., *Le Code de commerce nouveau est arrivé! («Arrêtez de recoder!»)*, Bull. Joly, octubre 2000, p. 883.

⁷. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, bajo la dir. de A. Francon, *La Documentation française*, 1999, p. 29, n° 35.

Los conceptos de código y de codificación son igualmente conocidos en otras ciencias. En lenguaje científico, código designa «un sistema de concordancias entre dos conjuntos de signos»¹, particularmente en lingüística², en genética³, en cibernética y en informática, pero el empleo del término «código» en esas ciencias sigue siendo reciente porque sólo comienza en el siglo XX y parece derivar por analogía del sentido jurídico⁴.

El uso de los términos «código» y «codificación» dado por las ciencias sociales parece igualmente derivar del sentido jurídico⁵. Para los sociólogos, la codificación es la puesta en forma de hábitos de conducta social o *habitus*: «Codificar es a la vez poner en forma y poner formas», decía Pierre Bourdieu⁶.

Dada la anterioridad de la noción jurídica, es ésta la que ha servido de matriz; aunque luego fuese ampliamente deformada por las especificidades de cada ciencia. Sin duda estas deformaciones han contribuido a fracturar la unidad conceptual, detrás de la aparente unidad terminológica⁷. El aporte de la utilización de los términos «código» y «codificación», dado por estas otras ciencias es, para nuestra búsqueda de una definición jurídica, tan poco significativo como su uso en el lenguaje común. Por tanto, limitémonos a las definiciones propuestas por juristas.

¹. *Dictionnaire historique de la langue française Robert, v. Code.*

². Cf. Mounin, La notion de code en linguistique, in *Introduction à la sémiologie*, Éd. de minuit, 1970, p. 77 y ss. : «Código se definiría por la combinación de un léxico (conjunto de términos, elementos) y una sintaxis (conjunto de reglas de manejo de esos elementos)». *Adde*: O. Ducroux y J.-M. Schaeffer, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Ponts-Seuil, 1999, p. 262, los diferentes tipos de códigos como instrumento de clasificación de sistemas de signos.

³. B. Dujon, Le Code génétique, in *Le temps des savoirs, op. cit.*, p. 83 y ss.

⁴. *Dictionnaire historique de la langue française Robert, v. Code.*

⁵. Cf. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, bajo la dir. de A.-J. Arnaud, LGDJ, 2^o ed., 1993, Vis Código, Codificación, que evoca los usos de la palabra código en lingüística, sociolingüística, antropología, semiótica.

⁶. P. Bourdieu, Habitus, code et codification, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, p. 41. Para una brillante y puntual ilustración, ver, por ejemplo, N. Le Roux, Codes sociaux et culture de cour à la Renaissance, in *Le Temps des savoirs, op. cit.*, p. 131 y ss.

⁷. Cf. La tentative d'approche pluridisciplinaire, in *Le Temps des savoirs, op. cit.*, y el prefacio de D. Rousseau y M. Morvan.

Desde un punto de vista jurídico, un *Vocabulaire juridique* contemporáneo, de reconocida autoridad, propone dos entradas para el término «codificación»¹:

I (sentido gen.): «Acción de codificar y, por extensión, resultado de esta acción...»

II (int. pub. y europ.): «Empresa concertada de redacción de normas hasta entonces consuetudinarias...»

«— de textos legislativos (eur.): especie de codificación puramente formal que consiste en reunir en un solo acto, sin alterar la sustancia, un acto de base y los actos modificatorios que le afectan, mediante la publicación del nuevo acto y la derogación de todos los otros; operación exclusiva de toda modificación de fondo por op. a una reforma, pero constitutiva y oficial en relación a una simple consolidación».

La primera de estas entradas, reservada al sentido general, reenvía al término «codificar», ausente de este mismo *Vocabulaire*. Al remitirse al término «código», cuatro entradas le son consagradas:

1/ «Cuerpo coherente de textos que abarca según un plan sistemático un conjunto de normas relativas a una materia que surge del trabajo legislativo (Código civil, Código penal), de una elaboración reglamentaria (Nuevo Código de procedimiento civil), o de una codificación formal (por decreto) de textos preexistentes y reclasificados según su origen (sección legislativa, sección reglamentaria, etc.) Ej. Código de la organización judicial, Código de la construcción y de la habitación, Código de administración comunal».

2/ «Conjunto (supuesto) de normas consuetudinarias no escritas, consideradas respecto de una materia, como esenciales. Ej. referencia a un código de honor».

3/ «Nombre dado a compilaciones de textos publicados por un editor».

4/ «Antigua selección o compilación de leyes, Ej.: Código de Justiniano».

Esta multiplicidad de definiciones propuestas constituye innegablemente el fruto de la Historia. Etimológicamente, el término «código» viene del latín *codex*, y

¹. *Vocabulaire juridique*, bajo la dir. de G. Cornu, PUF, «Quadrige», 2000.

este mismo viene de *caudex*, tronco de un árbol¹. *Codex*, deviene por metonimia tablilla de madera para escribir²; luego, con el progreso de la escritura, cuadernos que reúnen varias hojas de pergamino escrito, por oposición al *volumen*, que reúne estos escritos en rollo, la mayoría de la veces en papyrus. Se cuenta que un tal Tolomeo, deseoso de favorecer a la biblioteca de Alejandría, prohíbe revelar el secreto de fabricación del papyrus, lo que lleva a la invención del pergamino en Pérgamo, dos siglos antes de Cristo. Cuando Marco-Antonio dona las obras de la biblioteca de Pérgamo a la de Alejandría, los intelectuales egipcios acostumbrados al volumen no pudieron esconder su admiración ante las enormes ventajas prácticas del *codex*. El paso del *volumen* al *codex*, permitió un progreso para la lectura casi comparable a aquel producido, algunos siglos más tarde, por la aparición de la imprenta³. En el plano político, el desarrollo del *codex* en detrimento del *volumen* se inscribe dentro del marco de fortalecimiento del poder central que anhela, por esto, mejorar la difusión y conservación de los textos jurídicos que elabora⁴. De hecho, la administración romana da un enorme uso a este nuevo soporte para la promulgación o archivo de sus actos jurídicos.

De esta manera, el término *codex* es utilizado por primera vez para referirse a los códigos gregoriano y hermogeniano⁵. Aplicado a compilaciones de constituciones imperiales de origen privado, el término se amplía a toda yuxtaposición de textos jurídicos, de origen público o privado, este sentido perdurará durante todo el imperio e incluso más tarde.

Durante la Edad Media, el término codificación vive un eclipse incluso más largo que las propias manifestaciones del fenómeno de codificación. Los pocos códigos que poseen tal nombre lo han recibido posteriormente gracias a los historiadores del derecho, y si el término *codex* y sus derivados existen en lengua

¹. *Dictionnaire historique de la langue française Robert*, v. *Code*.

². Que da origen a *codicillus*, tablilla de escribir, de donde viene el término francés *codicillo* (*ibíd.*).

³. A. Manguel, *Une histoire de la lecture*, Actes Sud, 1998, p. 156. *Adde*: igual F. Barbier, *Histoire du livre*, A. Colin, 2001, p. 26.

⁴. Cf. J.-P. Coriat, Consolidation et précodification du droit impérial à la fin de Principat, in *La codification des lois dans l'Antiquité*, Actes du Colloque de Strasbourg 27-29 de novembre de 1997, *op. cit.*, p. 282.

⁵. Este calificativo les es precisamente atribuido, un poco más tarde, por el Código Teodosiano (I, 1, 5).

vulgar¹, sólo sirven para designar la obra de Justiniano o algunas otras pocas obras sin que la palabra tenga un significado particular².

El término código reaparece verdaderamente casi en el siglo XVI y parece mantenerse fiel a la concepción romana. La primera denominación de código parece encontrarse en el *Codex statutorum*, código urbano elaborado por Curtius, prefecto de Alejandría, publicado en 1547.

En Francia, el término código se aplica a varias compilaciones de origen privado de ordenanzas reales: *Code Henri III*, *Code Louis XIII*, o *Code Michault*, para evocar el sobrenombre dado por el Parlamento al texto de Michel de Marillac. El fenómeno no es exclusivamente francés, y el nombre de código se aplica igualmente en Europa a varias compilaciones privadas: el *Codex Fabrianus* de 1605 en Saboya, el *Codex belgicus* de 1649 en los Países Bajos, el *Codex Leopoldinus* de 1670, el *Codex ferdinandeo-leopoldinus* de 1701 y el *Codex austriacus* de 1703 en Austria. Tapia sueña para su obra de compilación de las normas reales de Nápoles la denominación oficial de *Codice Filipino*. De hecho, el término código no se reserva para las compilaciones de ordenanzas: el *Code des Décisions Forenses* publicado en 1612 por el presidente de Brosses, consiste en una codificación estrictamente privada de decisiones judiciales, dictadas por tribunales superiores franceses o extranjeros.

Pero esta reaparición del término código es aún tímida. Es sintomático que la codificación de derecho canónico, concluida oficialmente en 1580, se dé a conocer bajo el nombre de *Corpus juris canonici*, mientras que la codificación de 1917 llevará el nombre de *Codex juris canonici*. El término *corpus* que, surge a partir de la alta Edad Media, designa un conjunto de disposiciones normativas articuladas entre sí, diferenciándose así del *codex*, concebido más bien como una simple yuxtaposición. Asimismo, el deseo de un derecho unificado, que se desarrolla en Europa occidental en los siglos XVI y XVII, se traduce en una terminología muy variada³. La

¹. En particular: code (francés), codice (italiano), código (español), codul (rumano)...

². Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 47.

³. *Ibíd.*, p. 69 y ss.

compilación de normas jurídicas elaboradas por los soberanos castellanos, bajo el impulso de las Cortes, es publicada en 1583 bajo la denominación de *Nueva Recopilación*. En Francia los autores aspiran a una sola ley¹, una sola compilación², una sola costumbre³, un solo volumen⁴ o un solo cuerpo⁵, en referencia al *Corpus juris civilis* o al *Corpus juris canonici*...

La reaparición del término código es asimismo poco racional. Jaques Vanderlinden, en su destacable estudio *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle, essai de définition*, observa, según su terminología, numerosas ideas innominadas de código en esa época, es decir obras que pueden emparentarse a los códigos pero que no son denominadas de esa manera.

Las ordenanzas adoptadas en Francia a fines del siglo XVII no llevan sistemáticamente el nombre «código», cuya definición se mantiene influenciada por la tradición romana como lo refleja el *Répertoire Guyot*, el primer diccionario jurídico que consagra al término código una sección: «Las leyes promulgadas siguiendo las circunstancias, acumuladas con el tiempo, dispersadas en depósitos o monumentos públicos, se hicieron difíciles de conocer y con frecuencia se presentaron contradicciones imposibles de conciliar. Se creyó un deber reunir las en una compilación y formar un solo todo. De ahí los códigos». Por lo tanto, la concepción de código no parece para nada rigurosa, de hecho el *Répertoire* agrega: «Se dio la denominación de código a las recopilaciones de leyes, hayan sido éstas reunidas por la autoridad pública del legislador o sólo gracias al celo de algunos jurisconsultos particulares»⁶; el artículo aclara que la denominación de código es dada por el uso a las ordenanzas reales, sin un significado particular: «En Palacio, al citar estas

¹. Por ejemplo, *Mémoire de Gobelín*, dirigida a Luis XIV, F 149: «Una ley clara y cierta».

². Por ejemplo, C. Dumoulin, *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, p. 690, citado por J.-Vanderlinden, *Le concept de code, op. cit.*, p. 307.

³. Por ejemplo, Raoul Spifame, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, *op. cit.*, p. 51: «Un derecho y una costumbre que serán redactadas en un pequeño volumen» (1556).

⁴. Por ejemplo, *Mémoire de Pussort*, dirigida a Luis XIV, F 453-454.

⁵. Por ejemplo, *Second Mémoire* de De Gomont dirigida a Luis XIV, F. 168: «Un cuerpo general de todas las ordenanzas».

⁶. *Répertoire universel de jurisprudence*, t. III, v. Code, por Henry.

diferentes leyes, no se les da el título de códigos, sólo el de ordenanzas»¹. La Enciclopedia de Diderot y d'Alembert realiza la misma observación, viendo en el término código una denominación dada por los libreros y editores más que un término oficial o usual en la práctica². Es en realidad *a posteriori*, a fines del siglo XVIII, que el término código es utilizado a su respecto³.

Estos textos anuncian, en efecto, una nueva definición del concepto de código, que madura a partir del siglo XVIII para magistralmente florecer en la obra napoleónica. Esta nueva definición emana de la Filosofía de la Ilustración y del iusnaturalismo, que magnifica la ley, expresión de la voluntad general y manifestación de la razón humana. El código, es entonces concebido como un cuerpo coherente de normas que reforma el derecho existente. Y, esta nueva concepción, rápidamente se generaliza.

El término código aparece expresamente con este sentido bajo la pluma del propio legislador en 1728, el canciller d'Aguesseau alude a «el gran y vasto deseo de hacer un cuerpo completo de legislación, en el que se recopilarán, como en un solo código, las leyes que deben ser la regla en los juicios»⁴. Las obras reformadoras adoptadas por monarcas ilustrados, influidos por la Filosofía de la Ilustración, también llevan el nombre de código durante todo el siglo XVIII en Europa. Los códigos napoleónicos van a consagrar definitivamente el término en su nuevo sentido... y preparar así una nueva etapa.

Como magistralmente se demostró, el iusnaturalismo inevitablemente es seguido por el positivismo, cuya consagración se inscribe en la evolución del sistema jurídico. La materialización de la codificación privó a las teorías de la Escuela de derecho natural de sustancia y generó su decadencia: «Los códigos queridos por los

¹. *Ibíd*

². *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, bajo la dir. de Diderot y d'Alembert, París, 1753, t. 3, ver Código, a propósito del *Code des aides*: «Al hablar de esta ordenanza y sobre todo al citarla en audiencia, nunca se dice *Code des aides*, pero sí *ordonnance des aides*: es necesario realizar la misma observación respecto de otras ordenanzas, que forman cada una por separado pequeños volúmenes que libreros y encuadernadores titulan código».

³. F. Zénati, Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit), *Mélanges C. Mouly*, t. 1 Litec, 1998, p. 232.

⁴. *Mémoires pour parvenir à concilier les diversités de jurisprudence*, *Oeuvres*, t. XIII, p. 229 y 230.

teóricos del derecho natural produjeron una generación de positivistas, que vieron no sólo en la ley, pero en el derecho mismo, la creación del legislador»¹. Desde entonces, la reforma del derecho existente ya no es un elemento fundamental de la definición de código: el código ya no es el derecho tal como debería ser pero el derecho tal como es². «Una actitud del positivismo legislativo, agravada por el nacionalismo, fue engendrada por los códigos, en contradicción a la idea que los había inspirado»³.

Testigo de esta evolución, el *Grand dictionnaire universel* del siglo XIX define código como «el conjunto de leyes que rigen el derecho público y el derecho privado de un país». Mientras, Beudant afirma que «se da el nombre de Código a algunas leyes que contienen un sistema legislativo para una determinada materia. Un Código es una ley que no difiere de otras más que por su extensión e importancia»⁴. Glasson también define la codificación como «un conjunto de leyes que se remite a una rama importante de la legislación, o a veces, incluso abarca el conjunto del derecho»⁵. No se puede ser más claro: la ley y el código tienen una misma naturaleza, a lo más se diferencian por su tamaño. Jeremy Bentham, poeta de esta nueva concepción positivista del código, introduce a la lengua inglesa⁶ el término «codificación»; concepto que figura en la mayoría de los títulos de sus obras⁷ y que luego será ampliamente adoptado⁸. El término «codificación» será directamente exportado a muchos otros idiomas mediante traducciones, en particular del francés⁹, tal como sus derivados «codificar» y «codificador».

¹. R. David, *Le droit français*, t. 1, LGDJ, 1960, p. 15. *Adde*: en el mismo sentido, F. Zénati, *Les notions de code...*, art. citado, p. 237.

². F. Zénati, *Les notions de code...*, art. citado, p. 239.

³. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 47 y ss.

⁴. C. Beudant, *Cours de droit civil français*, París, 1896, n° 32.

⁵. E. Glasson, V° Codificación, *Grande Encyclopédie*, t. XI, p. 812.

⁶. De *codicem facere* = hacer un código, empleado por primera vez en una carta al Zar de Rusia Alejandro 1°.

⁷. *Papers relative to Codification* (1817), *Codification Proposal* (1822), y *Justice and Codification Petitions* (1829).

⁸. Cf. *Dahl's Law Dictionary*, diccionario de francés-inglés, inglés-francés, Dalloz, 1995, que registra las palabras *code*, *codification* y *codify*.

⁹. El término *kodifikation* es también adoptado por el idioma alemán, luego el de *kodex*; pese a que ésta tiene otro término para designar código, *gesetzbuch*, literalmente, libro de leyes.

Hoy, esta concepción positivista es ampliamente dominante y, la mayoría de las veces, es en este sentido que el término código es utilizado. El código tiende así a representar al conjunto del derecho legislativo, incluso al conjunto del derecho positivo, tanto para profanos como para juristas. Cuando la heroína de *L'ennemi des lois* de Barrès exclama «Adiós a las leyes, adiós a los códigos», es al conjunto del derecho que ella rechaza con anárquica utopía¹. De manera similar, entre otros ejemplos, cuando ciertos autores se preguntan: «¿Debemos quemar el Código del trabajo?²», o «¿El Código del trabajo a la basura?³», es del conjunto de normas de derecho laboral, que designa sintéticamente y simbólicamente la expresión de código, respecto del cual éstos se preguntan si son suficientemente flexibles. Las definiciones de «código» y de «codificación» que recoge el lenguaje corriente son ejemplares, ilustrando esta aproximación e incluso asimilación entre código y ley⁴.

Esta breve historia de las palabras, y a través de las palabras de los conceptos de «código» y de «codificación», demuestra de forma inmediata que ninguna definición clara se impone por sí misma. Las fluctuaciones de la terminología, incluso la falta de racionalidad en su utilización, la evolución de los conceptos en contrapunto con la historia de las ideas y del hombre, ilustran que la dificultad de la tarea es, al menos, doble.

La primera consiste en precisar los vínculos entre código y codificación. Si se debe admitir, mediante una simplificación imprescindible, que la codificación se entiende como la operación de elaboración de un código, incluyendo el proceso y el resultado, el propio código; es necesario tener en cuenta que la realidad resulta un tanto deformada por el prisma de este vínculo ajeno a la Historia, ya que como hemos visto, el término de codificación surge muy posteriormente al de código y está cargado de una connotación filosófica propia⁵.

¹. M. Barrès, *L'ennemi des lois*, Plon, 1927, p. 249.

². *Droit social*, 1986, p. 559 y ss. (Colloque de Montpellier, 1986).

³. *Le Nouvel Observateur*, 12-18 de diciembre de 1996.

⁴. Cf. *supra*, p. 53.

⁵. Cf. también en este sentido, F. Zénati, *Les notions de code...* art. citado, p. 218.

Resuelta esta primera dificultad, resta la definición de código.

El jurista actualmente, por exceso de pereza o de positivismo, puede verse tentado de retener sólo la concepción contemporánea de código, debido a la preeminencia de ésta. Sin embargo, la historia de los códigos parece haberse construido por estratificación más que por substitución: las diferentes concepciones de código se han ido agregando las unas a las otras sin que ninguna desaparezca realmente. Concepciones que se podrían haber considerado desaparecidas han resurgido con éxito; mientras que otras, que parecían hegemónicas, se han desvanecido. Sería un error, como han observado algunos historiadores¹, ver en la concepción positivista contemporánea la única definición de código, olvidando todas las otras irremediable y definitivamente. De esta manera, los códigos publicados por editores privados, aún designados como tal, sólo son una versión contemporánea de los códigos privados de Roma antigua o del Antiguo derecho: de origen privado como ellos, reúnen igualmente, sin modificarlas, normas jurídicas existentes. Del mismo modo, la codificación contemporánea de derecho constante, emprendida por los poderes públicos, se inscribe dentro de la prolongación de los códigos públicos del Antiguo derecho, siendo señalados sus vínculos de filiación² incluso con los Códigos Teodosiano o Justiniano.

Una definición de código sólo puede ser esbozada desde una perspectiva histórica, capaz de considerar las diversas utilidades de la palabra y acepciones del concepto, a fin de extraer el denominador común más básico.

Los historiadores confrontan desde hace mucho tiempo la necesidad de calificar una determinada manifestación de la codificación, la que deben estudiar, para saber si se trata o no de un código. Así, autores se han preguntado, por

¹. Cf. En este sentido, por ejemplo, J.-P. Coriat, Consolidation et précodification du droit impérial à la fin du Principat, in *La codification des lois dans l'Antiquité*, Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 de noviembre de 1997, *op. cit.*, 2000, p. 283: «Más que negar a las compilaciones antiguas la calidad de códigos por referencia a un modelo exclusivo, aquel de los códigos de la época contemporánea, conviene apreciar los códigos romanos de la época imperial como un jalón esencial de la historia de la codificación...».

². M. Suel, *op. cit.*, cuyo título y subtítulo son evocadores: *Essai sur la codification à droit constant*, precedentes – comienzos – realización (el subrayado es nuestro).

ejemplo, si la codificación de Hammurabi¹, las leyes de Gortyna², la Ley de las XII Tablas³, la codificación del Edicto de Juliano⁴, la codificación justiniana⁵ o la redacción de las costumbres de Francia⁶, son o no codificaciones. Pero el objeto limitado de su estudio los obliga a dar su propia definición de codificación sin justificarla, o a suscribir, sin un análisis crítico profundizado, con la definición que les resulte más convincente. La mayoría de las veces, estos autores, deseosos de relacionar el fenómeno estudiado con la gran familia de los códigos, se apoyan en la concepción positivista contemporánea, más o menos deformada por las necesidades de la causa.

El último estudio de conjunto consagrado al concepto de código dentro de una perspectiva histórica, sigue siendo el de Jacques Vanderlinden en su obra ya evocada, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle*. El autor analiza numerosas manifestaciones de la idea nominada e innominada de código en el periodo que estudia, es decir, códigos designados bajo esta apelación y otros que no lo son expresamente. Intenta desprender el concepto de código de las manifestaciones de las ideas nominadas, y luego lo enriquece con el aporte de las manifestaciones de las ideas innominadas. El concepto de código se caracteriza así por tres elementos esenciales relativos a la forma, el contenido y los atributos del código. Por su forma, el código sería «un conjunto, es decir, el resultado de la unión de varias partes, respecto de las cuales, se debe suponer, estuvieron anteriormente dispersas»⁷. El «contenido del código está constituido ya sea por el derecho en su

¹. J. Bottéro, *op. cit.*, p. 292: «Le Code d'Hammourabi en est-il bien un?» *Adde: La codification des lois dans l'Antiquité*, in Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 de noviembre de 1997, *op. cit.*, y las diferentes contribuciones, que llegan a distintas conclusiones sobre este tema, al igual que la bibliografía propuesta.

². M. Lemosse, Les lois de Gortyne et la notion de codification, *RIDA*, 1957, p. 131 y ss.; H. y M. Van Eferterre, *La codification Gortynienne, mythe ou réalité?*, in Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 de noviembre de 1997, *op. cit.*, p. 175 y ss.

³. M. Humbert, Les XII Tables, une codification? *Droits*, n° 27, 1998. 87 y ss.

⁴. D. Mantovani, *L'édit comme code*, in Actes du Colloque de Strasbourg, 27-29 de noviembre de 1997, *op. cit.*, p. 257 y ss.

⁵. H. Ankum, *La «codification» justinienne était-elle une véritable codification? Liber amicorum J. Gilissen*, Anvers, 1984, p. 1 y ss.

⁶. J.-L. Gazzaniga, Rédaction des coutumes et codification, *Droits*, n° 26, 1997, p. 71 y ss.

⁷. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 237.

totalidad, ya sea por una parte importante de sus fuentes o de sus ramas»¹. Finalmente, los atributos de un código «facilitan el conocimiento de su contenido», pero según el mismo Vanderlinden, estos «presentan una gran diversidad y la proporción en la que cada uno de ellos se encuentra en el pensamiento de un determinado autor es muy variable»². Los atributos, por tanto, no pueden ser considerados en un intento de definición.

De esta manera, apoyándose en los trabajos realizados por los historiadores a partir de numerosas manifestaciones del fenómeno de código, en particular sobre los de Vanderlinden, proponemos definir el núcleo duro del concepto de código como un conjunto de reglas jurídicas puestas en forma, la codificación es entonces esa operación de puesta en forma de reglas jurídicas en un conjunto.

Entonces, ¿es este núcleo duro demasiado vago como para presentar algún tipo interés o permite desprender los rasgos característicos de las codificaciones? Esta segunda posibilidad parece confirmada por el estudio tanto del fenómeno (Título II) como de las técnicas (Título II) de las codificaciones.

¹. *Ibíd.*, p. 238.

². *Ibíd.*, p. 239.

Título primero El fenómeno de las codificaciones

El fenómeno¹ de las codificaciones está irrefutablemente ligado a la Historia.

No puede, de este modo, escapar a las preocupaciones fundamentales que la dominan. Desde Heráclito o Parménides hasta Hegel, la pregunta sobre si la Historia tiene un carácter lineal o cíclico ha dividido por mucho tiempo a historiadores y filósofos, dando lugar a debates apasionados y apasionantes. Para referirse a las controversias relativas a las sociedades contemporáneas, disputas directamente vinculadas al sistema jurídico que les es consubstancial, Arnold Toynbee intentó demostrar hace algunos años que nuestra civilización occidental, como las demás seguiría una evolución cíclica algo antropomórfica, naciendo para desarrollarse antes de morir², sin embargo no pudo convencer a toda la comunidad de historiadores³. Más recientemente, en una obra polémica⁴ y exitosa de Francis Fukuyama⁵, la hipótesis del fin de la Historia fue planteada en el momento de la caída del comunismo en Europa del Este. Sin embargo, el

¹. Cf. *Le Trésor de la langue française*, www.inalf.fr/tlfi, v. Fenómeno: «Lo que aparece, lo que se manifiesta a los sentidos o a la conciencia, tanto en el orden físico como en el psíquico, y que puede convertirse en el objeto de un saber».

². A. Toynbee, *L'Histoire*, Payot, reimpr. 1996.

³. Cf. Por ejemplo, P. Chaunu, *Histoire et décadence*, Perrin, 1981, p. 14: «No creo en los ciclos de las civilizaciones».

⁴. Cf. Por ejemplo, las opiniones expuestas en *Le Monde des débats*, Flammarion, n°5, agosto 2000.

⁵. F. Fukuyama, *La fin de l'Histoire et le dernier Homme*, Flammarion, 1994.

candente escenario actual podría llegar a ponerla en duda, pese a las convicciones de su iniciador¹.

¿Constituye la codificación el último estadio de una evolución lineal de la historia del derecho de las sociedades humanas, u obedece más bien a una evolución cíclica, compuesta de eclipses y renacimientos? La pregunta es fundamental y se vincula al progreso del derecho, respecto del que se podría decir, parafraseando a Camus del Mito de Sísifo², que es la única pregunta jurídicamente seria. Intentaremos demostrar que la historia de las codificaciones obedece ciertamente a una evolución cíclica (cap.1: «Ciclo de las codificaciones»).

La Historia ilustra igualmente la riqueza y la diversidad de las codificaciones a lo largo de los siglos, lo que naturalmente suscita la pregunta sobre las razones de su eterno vigor. ¿Por qué codificar? Trataremos de responder explorando las finalidades perseguidas por las codificaciones (cap.2: «Finalidades de las codificaciones»).

¹. Cf. F. Fukuyama. Seguimos en el fin de la Historia, *Le Monde*, 18 de octubre de 2001.

². «No hay sino un problema filosófico realmente serio: el suicidio» (primera frase de la obra).

1- Ciclo de las codificaciones

La teoría sobre una evolución lineal del derecho parece tener el apoyo de la mayoría de los autores¹ y ha sido defendida a través de teorías tan seductoras como diversas. Para Summer Maine por ejemplo, las sociedades pasan progresivamente del estatuto al contrato²; sin embargo, para Gabriel de Tarde, la evolución del derecho se caracteriza por una simplificación creciente³; mientras que para Max Weber, el progreso del derecho se realiza en el sentido de una racionalización creciente, que conlleva la especialización y la burocratización de las que la codificación constituiría el resultado⁴.

A la inversa, el carácter cíclico de ciertos mecanismos e instituciones ya fue observado por la doctrina⁵. En lo que concierne a las fuentes del derecho, se esbozó una historia de la evolución cíclica del rol y de la forma de las

¹. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, «Quadrige», 1994, p. 351: «Muchos sostienen un progreso lineal del derecho (más seguridad, más justicia, más verdad, etc.). Esta presentación optimista predomina desde la Ilustración».

². H. S. Maine, *Ancient Law*, Londres, 1861, p. 26-29 y 123-173: «Puede decirse que el movimiento de las sociedades progresistas (o dinámicas) en relación al de las sociedades estáticas, ha sido hasta ahora un movimiento del estatuto al contrato» (p. 170) Sobre esta «ley de Maine», cf. Por ejemplo, J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 89.

³. Cf. *Les transformations du droit*, 1894, reed. 1994, p. 118: la evolución del derecho se caracterizaría por un fenómeno de «búsqueda universal y constante de un máximo de utilidad con un mínimo esfuerzo», agrega el autor, «las antiguas formas de tradición de la cosa vendida, tan molestas y agotadoras, se simplifican gradualmente, al punto que se han convertido en un simple apretón de manos».

⁴. M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, trad. por J. Grosclaude, p. 194 y ss.

⁵. Cf. *supra*, p. 9.

costumbres¹. Así mismo, una evolución cíclica del pensamiento jurídico fue bellamente sugerida a través de «la ley general del pensamiento jurídico: después de las mareas altas, las aguas bajas; después del día, la noche, atravesada solamente por oscuras claridades»². El carácter cíclico de la propia codificación, ha sido percibido empíricamente por algunos autores: «Su influencia, en el tiempo como en el espacio, no excluye la alternancia de fases de expansión y de letargo, de favor y de indiferencia... Ella expresa un derecho en devenir, no una etapa última y estática de su evolución, quedando por lo tanto expuesta, a alternancias de avance y retroceso»³.

Al parecer, esta intuición es confirmada por la Historia y las codificaciones obedecerían a un ciclo cuya lógica propia intentaremos descifrar. Tal ciclo se divide en nuestra opinión en 4 etapas: tiempo de códigos (I), tiempo de glosas (II), tiempo de crisis (III) y tiempo de reformas (IV).

I – TIEMPO DE CÓDIGOS

Para que una codificación pueda nacer y desarrollarse, parece indispensable la alquimia de dos elementos, el encuentro de una necesidad social de seguridad jurídica (1) y de una fuerte voluntad política de codificar (2).

1- Necesidad social de seguridad jurídica

¹. A. Leca, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, PUAM, 2000, n° 27.

². P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2 ed., 2001, p. 37 (a propósito de los glosadores).

³. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, p. 7 y p. 61. Adde: J.- L. Baudouin, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit, Mélanges J.- G. Sauveplane*, Kluwer p. 18: «La historia demuestra claramente que existen, en la vida del pueblo, momentos en que la codificación de reglas de derecho se siente como una necesidad, y otros en que al contrario, la sociedad prefiere dejar a los tribunales o a otras formas de expresión legislativa, la tarea de formular el derecho».

Toda codificación es, en su origen, una respuesta técnica a una necesidad social de seguridad jurídica; surgida, a su vez, de una crisis de las fuentes del derecho producida por una explosión desordenada de estas fuentes, una dificultad de conocimiento de reglas orales o dispersas, o una inflación legislativa galopante. Esta necesidad de seguridad jurídica se traduce concretamente en la búsqueda de racionalización del derecho¹, cuya forma más elaborada es precisamente la codificación. Puede ser tentador investigar aún más el encadenamiento de causalidades para explicar el advenimiento de estas crisis de las fuentes del derecho, y así, indirectamente, explicar el origen de las codificaciones. La aparición, o al menos el hecho de tomar conciencia de la aparición, de esta necesidad de seguridad jurídica parece, muchas veces, estar ligada a fases de expansión económica; al desarrollo de intercambios que ponen de manifiesto las insuficiencias del sistema jurídico que las enmarca; o, a momentos de fortalecimiento del poder político. El crecimiento de la legislación que se deriva favorece la complejización de las fuentes del derecho. Aún si en la Historia abundan este tipo de correlaciones, tal búsqueda resultaría evidentemente azarosa, por tanto nos limitaremos a establecer el vínculo existente entre crisis de las fuentes del derecho y génesis de la codificación.

Este vínculo entre crisis de las fuentes del derecho y codificación, concebida como el mejor medio para remediarla, es observado frecuentemente por los autores, a propósito de tal o cual crisis de las fuentes del derecho, y podrían multiplicarse los ejemplos. Así, en el siglo XVII, Leibniz en su *Préface d'un nouveau code*, después de realizar un cuadro bastante negro del estado del derecho existente en el Santo Imperio, concluye: «La fuente del mal debe ser obstruida por la mano de un superior, cuestión que parece, desde hace tiempo, para las personas prudentes, no poder hacerse de mejor manera que

¹. Cf. N. Molfessis, *RTD civ.*, 2000, p. 661: el principio de seguridad jurídica «representa el alpha y omega de la racionalización formal del derecho».

por el establecimiento de un nuevo código»¹. Hoy, G. Braibant declara igualmente en este sentido que: «En un momento me pregunté con un poco de temor si en realidad no se codifica mas que en períodos de decadencia. Espero que así no sea. Pero es cierto que se codifica en períodos en que el derecho ha llegado a niveles de dispersión y proliferación tales, que se torna insoportable»². Como observa Frédéric Portalis, de manera más general, «cuando los progresos han aumentado las necesidades, diversificado las transacciones y multiplicado los intereses, siempre llega un momento en una nación en que la gran cantidad de leyes otorgadas para satisfacerse, se presenta sólo como un inextricable laberinto, donde el espíritu del juez se extravía en medio de un número infinito de disposiciones en desorden, y que a menudo se contradicen. Entonces, de acuerdo a la forma de gobierno del pueblo sometido a esta necesidad, surgen ya sea un príncipe o magistrados que ordenan la recopilación de la legislación»³.

Parece que este vínculo, a veces reconocido por los autores, puede ser sistematizado y explicado.

La imposibilidad de acceder a las reglas, por tanto de probarlas, la multiplicación de textos, e inclusive el desorden de normas de diferentes naturalezas, suscita una inseguridad jurídica resentida en primer lugar y de manera concreta por quienes serán víctimas de una injusticia, o quienes se dedican al derecho, en particular magistrados y abogados, que ya no logran desenredar las reglas para determinar aquella que es aplicable al litigio que les es sometido. Como observa el decano Roubier: «Allí donde este valor esencial que es la seguridad jurídica ha desaparecido, no hay ningún valor que pueda subsistir; el concepto mismo de progreso se transforma en una burla y las

¹. APD, 1986, t. 31, trad. por R. Seve, p. 362.

². G. Braibant, *Utilité et difficultés de la codification*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 63.

³. F. Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, 1838, Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1989, p. 11.

peores injusticias se multiplican con el desorden»¹. La necesidad de seguridad, «necesidad jurídica elemental y aún animal me atrevo a decir»², es rápidamente resentida por la propia sociedad.

De esta manera se explica el que esta necesidad social de seguridad jurídica encuentre primero un remedio social: las primeras codificaciones son de origen privado, elaboradas comúnmente por un magistrado, un abogado o un alto funcionario que intenta agrupar estas reglas para facilitar su difusión o su aplicación.

La aparición de códigos privados puede, de este modo, ser constatada tras cinco crisis mayores de las fuentes del derecho que han impulsado la Historia.

Ya en Roma, es una crisis de las fuentes del derecho la que suscita las primeras codificaciones elaboradas por particulares. La Codificación del edicto es emprendida, por el gran jurista Juliano en el siglo II, para hacer frente a la proliferación de disposiciones edictales. Cuando el desarrollo de los poderes imperiales acarrea una multiplicación desordenada de constituciones imperiales, algunos abogados intentan reunir estas constituciones que, conservadas en archivos imperiales, son de difícil acceso e incierta difusión. De esta manera, surgen las obras de los jurisconsultos Papirius Justus o Paul en el siglo II, pero sobre todo los códigos privados de Hermogeniano y de Gregorio del siglo III, probablemente funcionarios imperiales que intentaron poner las reglas al alcance de los abogados, ordenándolas de acuerdo a un plan metódico. Tal como constatan los historiadores, su deseo pareciera ser el de

¹. *Théorie générale du droit*, Sirey, ed., 1951, p. 334, precisa que es «el primer valor social a alcanzar» (p. 323).

². J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^o ed. 2001, p. 194. Comp. P. Maertens, La sécurité juridique, rapport de synthèse, in *La sécurité juridique*, Actes du Colloque organisé par la Conférence libre du jeune Barreau de Liège, 1993, p. 258: la seguridad jurídica ne sería sino un «sueño nostálgico de antiguas sociedades».

presentar un gran número de textos de una forma accesible: «Se trataba de hacer una obra útil para quienes se dedicaban al derecho»¹.

Otra ilustración puede encontrarse en las crisis de las fuentes que han soportado los derechos religiosos.

Cuando la prodigiosa expansión del cristianismo, en los primeros siglos de nuestra era, transforma el derecho canónico en un montón de reglas intrincadas de autoridades, orígenes geográficos y épocas diferentes, una «necesidad de seguridad jurídica se resiente»²: «¿Cómo puede un desdichado sacerdote de campo, incluso un obispo, arreglárselas para regular una cuestión de impedimentos para el matrimonio?»³. Las compilaciones privadas se multiplican en búsqueda de respuestas, desde el siglo IV hasta la de Graciano en el siglo XII. Estas compilaciones elaboradas por obispos, como la de Yves, obispo de Chartres, la de Burchard, obispo de Worms, o por monjes, como el decreto de Graciano, monje de Bolonia, se esfuerzan por agrupar los cánones en una estructura racional para facilitar su difusión y su aplicación. Testimonio de la inflación legislativa, origen de estas compilaciones privadas, es el aumento del número de fragmentos que las componen con el paso del tiempo: menos de 500 en las primeras compilaciones del siglo IV, 1785 en aquella de Burchard a principios del siglo XI y 3760 en la de Yves de Chartres a finales del siglo XI. Unas mismas causas producen unos mismos efectos, de hecho es posible observar que cuando una nueva crisis de las fuentes en el derecho canónico surge en el siglo XIX, nuevamente debido a una inflación legislativa galopante, son las codificaciones privadas las que primero intentan darle remedio⁴.

¹. J. Gaudemet, Codes, collections, compilations, *Droits*, n° 24, 1996, p. 5.

². A. Sériaux, *Droit canonique*, PUF, 1996, n° 20.

³. J. Gaudemet, *La codification, ses formes, ses fins, revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1986, p. 270.

⁴. P. Toxé, La codification en droit canonique, *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1982, 1997, p. 209, n. 5.

Esta necesidad de reunir racionalmente reglas múltiples y dispersas se hace sentir igualmente en otro cuerpo de reglas religiosas, el derecho hebraico medieval¹; constituido «por un corpus jurídico desmesurado, difícil de conocer e inmanejable salvo para un pequeño número de especialistas que le consagran la vida entera»². Es en un intento por ordenar estas reglas y por dar remedio a la crisis de las fuentes del derecho hebreo, que Maimónides emprende en el siglo XII, la redacción de su obra *Michnech Torah*, obra que intenta proporcionar una presentación sintética del derecho judío.

Tercer ejemplo, cuando a fines de la Edad Media el conocimiento, y por tanto la prueba, de las costumbres se torna extremadamente difícil, son particulares los primeros que intentan remediar esa crisis, de manera un tanto folclórica en un comienzo. El derecho consuetudinario es en sus orígenes oral, y su primera sistematización lo es de igual forma: en algunos países, un anciano aprendía el derecho y lo recitaba. Esta institución del «orador del derecho» fue muy difundida en los países escandinavos³. Luego de una forma más sistemática: el movimiento de redacción de costumbres emprendido en diferentes Estados de Europa, surge primero como un movimiento de origen privado por iniciativa de abogados⁴: el *Conseil à un ami* por ejemplo, es escrito por el caballero Pierre de Fontaines, *bailli*⁵ de Vernandois bajo el reinado de Saint-Louis. Incluso autores que se niegan a reconocerle a estos *coutumiers*⁶ la calidad de códigos, constatan que constituyen «la obra de un abogado, a menudo para su propio uso o para poner en orden un derecho diverso y disparatado»⁷. El *coutumier* de Philippe de Beaumanoir representa sin lugar a dudas la mejor ilustración de este tipo de codificaciones privadas, realizadas

¹. Cf. C. Leben, Maïmonide et la codification du droit hebraique, *Droits*, 1998, n° 27, p. 113 y ss.

². *Ibid.*, p. 116 y el esquema de p. 114 presentan la complejidad de las fuentes del derecho hebreo.

³. A. Leca, *La genèse du droit*, op. cit., n° 27.

⁴. *Ibid.*

⁵. N. del T.: Agente legislativo del rey.

⁶. N. del T.: *Coutumiers* es un término que alude a recopilaciones privadas de costumbres de aquella época.

⁷. J. -L. Gazzaniga, Rédaction des coutumes et codification, *Droits*, n° 26 p. 73, n. 2.

con la finalidad de remediar la inseguridad jurídica creada por la diversidad de costumbres: «Las costumbres son tan diversas, que no podríamos encontrar en el reino de Francia, dos villas que, en cualquier caso, empleasen la misma costumbre», suspira su autor¹.

Algunos siglos más tarde, el desarrollo del poder central, en correlato con su legislación, contribuye a una proliferación anárquica de las fuentes del derecho, suscitando en toda Europa codificaciones de carácter privado por iniciativa de abogados. En Dinamarca, es un erudito, Eric Krabbe, quién concibe el proyecto de una ley única aplicable al conjunto del país. Sin embargo, en la mayoría de los casos, estas codificaciones son obra de altos funcionarios, como Montalvo en Castilla² o Tapia en el reino de Nápoles³, magistrados, como Faber en Saboya⁴, o abogados, como Anselmo en los Países Bajos⁵. En Francia, el *Code Henri III*, es establecido por un magistrado, Barnabé Brisson, presidente del Parlamento de París y consejero de Estado, para remediar «la sobreabundancia y desorden» de las reglas de derecho⁶. Es también un magistrado, Thomas Cormier, Presidente del *Échiquier d'Alençon*⁷, quién establece el *Code Henri IV*; mientras que el *Code Louis XIII* es la obra de un abogado del Parlamento de París, Jacques Corbin; y, el *Code des décisions forenses*, publicado en 1612, es elaborado por el magistrado de Brosses. La aparición de codificaciones privadas, concebidas como remedio a una crisis de las fuentes del derecho, incluso llega a Inglaterra, como lo prueban las proposiciones de sir Francis Bacon, abogado de formación, a su soberano para remediar las imperfecciones de un derecho demasiado complejo: «Las leyes, por su acumulación las unas sobre las otras, han adquirido un volumen tan

¹. Citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification en France*, París, 1929, p. 8.

². J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale au XIII siècle*, Bruselas, 1967, p. 288.

³. *Ibid.*, p. 34.

⁴. *Ibid.*, p. 335.

⁵. *Ibid.*, p. 336.

⁶. M. Suel, *Le président Brisson et la codification*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 31 y ss.

⁷. N. del T.: Asamblea de comisarios, delegados para enmendar las sentencias de jueces inferiores dentro de una provincia. El término *échiquier* que comúnmente significa tablero, se da a estas asambleas porque la primera vez que se reunió una de éstas lo hizo en una sala cuyo suelo estaba hecho de piedras cuadradas negras y blancas.

enorme y han caído en una confusión tan grande, que se ha hecho necesario modificarlas por completo y reorganizarlas para formar un solo cuerpo más sano y ágil. Es de esta labor de la que es preciso ocuparse primeramente; tened una obra por heroica y creed que aquellos que la ejecuten merecen un lugar entre los legisladores o los reformadores»¹.

Las codificaciones privadas siguen floreciendo, a lo largo de todo el siglo XVIII, en todos aquellos Estados europeos que aún no habían recurrido a ellas, para remediar la proliferación desordenada de fuentes del derecho. El esquema de códigos elaborados por abogados o funcionarios para intentar luchar contra la inseguridad jurídica, se mantiene idéntico. Aunque, su contenido es aún más influenciado por la Escuela de Derecho natural y la Filosofía de la Ilustración: *Codex ferdinandeo-leopoldinus* en Austria, redactado por el magistrado von Weingarten, o el *Codex austriacus* elaborado por otro abogado, von Guarient. Mientras, bajo el mismo espíritu son concebidos varios códigos privados alemanes, tal como el *Codex augusteus* del alto funcionario y editor von Lünig; el Código militar del abogado Clérin; o códigos más generales publicados por los abogados van Zurck, luego Schrassert en los Países Bajos; el *Codex carolino* elaborado por un funcionario, el bibliotecario del duque de Modena, Ludovico Antonio Muratori². En Francia, como respuesta a la letanía repetida durante de todo el siglo XVIII respecto de las imperfecciones de un derecho demasiado fragmentado, los códigos privados se multiplican en los últimos años del Antiguo Régimen para tratar de ordenar materias en particular: le *Code de la librairie de Saugrain*, síndico del Cuerpo de la Librería y la Imprenta, el *Code pénal* de Laverdry, consejero en el Parlamento, el *Code de la Police* del lugarteniente general Duchesne, el *Code matrimonial* del abogado Le Ridant o el de otro abogado, Camus.

¹. *De Dignitate et augmentis scientiarum*, libro 8, cap. 3, 1623, trad. Lassale y Buchon, París, 1836, in *APD*, p. 356. Adde: J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 342.

². Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 37 y ss. Adde: Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, De Boeck, 1996, p. 100 y ss.

Último ejemplo, la crisis contemporánea de las fuentes del derecho, que se presenta como «un paisaje trastocado en el que las reglas de derecho parecen surgir de todas partes, en todo momento y en todo sentido»¹, es periódicamente denunciada por las autoridades políticas² o judiciales³, e incluso por la opinión pública: un autor recientemente publicó un panfleto que denuncia este fenómeno con un título al menos evocador: «Hay demasiadas leyes idiotas en este país. Paren de joder a los franceses»⁴. Esta crisis, caracterizada por la inflación legislativa -constatación banal hoy en día⁵-, por las imperfecciones de los textos que al proliferar se contraponen o entreveran⁶, y por el trastorno del principio de jerarquía de las normas⁷, afecta en primer lugar a los particulares, «consumidores» del derecho. Si tomamos como ejemplo los intercambios económicos, Braibant observa que este enmarañamiento de textos puede concretamente constituir una causa de reubicación de empresas o de decisiones de inversión en el extranjero⁸. Mientras que algunos autores señalan que al remediar estas imperfecciones, la codificación constituiría un indiscutible «factor de crecimiento económico», favoreciendo el desarrollo de la competencia y del comercio internacional, contribuyendo a reducir el costo que

¹. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 52.

². E. Balladur, *Caractère de la France*, Plon, 1997, p. 193: «Proliferación de textos, cada vez más complejos, en materias cada vez más numerosas; inestabilidad de las reglas que se quieren adaptar a todas las situaciones, a todos los cambios; degradación de la pureza, de la calidad de la legislación; oscuridad y a veces contradicciones entre los fines perseguidos: esa es la situación actual del derecho francés, sin embargo, durante más de un siglo, fue modelo de estabilidad, simplicidad y fuerza».

³. Cf. los términos voluntariamente provocadores del *Rapport du Conseil d'État* de 1991 (La Documentation française, 1992, p. 15 a 66): «La verborrea legislativa y reglamentaria... llamada inflación, llamada devaluación... cuando el derecho divaga, el ciudadano ya no le presta más que una oreja distraída...».

⁴. T. Desjardins, Plon, 2000.

⁵. Cf. N. Nitsch, *L'inflation juridique et ses conséquences*, APD, 1982, p. 167 y ss., y sobre todo las espléndidas páginas de J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrenois, 2^o éd., 1995, p. 307 y ss.

⁶. Por citar sólo un ejemplo, pero particularmente autorizado por que vivió en compañía de la ley toda su vida profesional de profesor, abogado, ministro, juez constitucional y luego senador, cf. Badinter, *Les désillusions du ministre-législateur*, *Le Monde des débats*, n^o 27, agosto 2000, p. 25: «la bella planificación de las codificaciones, desde hace mucho tiempo, sucumbió bajo el peso de textos muy numerosos. El *jardin à la française*, con el que soñaba antaño el legislador, le sigue una jungla de textos donde se confunden disposiciones disparatadas y, a veces, contradictorias».

⁷. Cf. la bella demostración de P. Puig, *Hiérarchie des normes: du système au principe*, *RTD civ.*, 2001, p. 749 y ss.

⁸. G. Braibant, *La problématique de la codification*, art. citado, p. 177.

para las empresas significa una reglamentación muy compleja¹. Igualmente, los abogados se ven directamente afectados por esta crisis de las fuentes del derecho, como demuestra, con crudeza, un parlamentario: «Nos encontramos ante un glorioso desorden en el cual ya nadie se haya, quizás a excepción de los profesores de derecho, es un cajón de sastre, en el cual ni siquiera los magistrados logran ubicarse...»².

De esta manera, la crisis ha generado una necesidad social de racionalización de las fuentes del derecho, a fin de asegurar un mejor acceso a las reglas. Esto ha tenido una respuesta inmediata de parte de los editores, cuyas colecciones de código, originalmente limitadas a los códigos civil, comercial o penal, se han enriquecido de una multitud de títulos, eventualmente versiones comentadas, o versiones anotadas y comentadas (Juris-Codes Litec), o versiones «*Méga*» (Daloz) o «*Plus*» (Litec), mientras que la competencia arceca y la oferta se diversifica con el desarrollo de CD-ROM e Internet³. La creatividad de los editores privados parece manifestarse, sobre todo, con la publicación de «*codes sauvages*»⁴, es decir códigos dedicados a materias no codificadas por los poderes públicos⁵; o, con versiones más libres en relación a la presentación de los códigos oficiales⁶. Este fenómeno no se observa sólo en Francia. En Italia, por ejemplo, se constató que frente a la inflación legislativa, en ausencia de codificaciones oficiales completas de derecho, la necesidad de racionalización también fue satisfecha por compilaciones privadas⁷. En los países del *Common Law*, el desarrollo de la codificación se explica por la

¹. M.S. Jacobs, La codification, facteur de croissance économique, *Rev. fr. d'adm. pub.* n° 82, abril-junio 1997, p. 291 y ss.

². F. Colcombet, Joan, séance du 23 novembre 1999, p. 10005.

³. Cf. P. Malaurie, Rapport de synthèse, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, Daloz, 1996, p. 203: «¿Cuáles son, hoy en día, entre nosotros, los códigos vivos? Son los códigos Daloz y Litec, códigos privados, hechos por una editorial privada. A comienzos de siglo, fue la genialidad de Rigny que hizo editar por Daloz “*petits codes*” que integran el derecho no codificado (jurisprudencial, legislativo y reglamentario) a los códigos existentes, e incluso realizó un código de derecho no codificado, el código administrativo».

⁴. El término es tomado de A. Dunes, *La documentation juridique*, Daloz, 1977, p. 107.

⁵. Ejemplo, el *Code administratif* publicado por la editorial Daloz.

⁶. Ejemplo: el Código de propiedad intelectual publicado por Litec bajo la dir. del decano Michel Vivant contiene el plan del código oficial dentro de una estructura más amplia.

⁷. B. G. Mattarella, Codification et État de droit: l'expérience italienne, *AJDA*, 1997, p. 668.

complejidad creciente de un derecho en que precedentes y legislación se multiplican e intentan, para bien y para mal, coexistir¹. Asimismo, en el seno de la Unión Europea, a la inflación, tantas veces descrita, de reglamentos y directivas que ha llevado a hablar de «gigantismo legislativo»², se agrega la diversidad de derechos que, indudablemente, complica los intercambios y crea importantes distorsiones en la competencia. Tantos factores destacables de inseguridad jurídica³ han permitido hablar de la «necesidad de un derecho uniforme»⁴. Además, la codificación europea posee hoy un ámbito relativamente restringido, por esto códigos de editores privados abundan para tratar de remediar esta inseguridad jurídica⁵. Un último ejemplo, la emergencia y el desarrollo contemporáneo de los derechos del hombre, su consagración en múltiples fuentes nacionales o internacionales, acarrea una confusión, una superposición de normas; origen de un reciente florecimiento de códigos de origen privado de derecho internacional de derechos del hombre⁶, o de un código de la Convención europea de derechos del hombre⁷.

Más allá de estas publicaciones comerciales, proyectos de codificaciones privadas son considerados por la doctrina, que juega un rol activo⁸ en el intento por satisfacer este objetivo de disminución de la inseguridad jurídica. Se escuchan voces que reclaman una recodificación privada: «Que la doctrina se dedique, entonces, a la fabricación de un Código no estatal de derecho privado, un *restatement*, que tendrá la autoridad de la razón»⁹. Un bosquejo de código

¹. D. Tallon, La codification dans la système de Common Law, *Droits*, n° 27, 1998, p. 39 y ss.

². B. Oppetit, L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D*, 1990, p. 73 y ss.

³. Cf. Las razones que justifican la unificación del derecho de contratos en el seno de la Unión europea adelantadas por O. Lando y H. Beale, *Principles of European of Contract Law*, 1995, p. XV a XIX.

⁴. *Ibid.*, que hablan de «need of uniform rule».

⁵. S. Peruzzeto, *La codification du droit communautaire*, in *La codifiacion*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 151.

⁶. O. de Schutter, F. Tulkens, S. van Droghenbroech, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2000.

⁷. Bajo la dir. de J.-L. Charrier, Litec, 1° ed. 2000.

⁸. Sobre la importancia del rol de la doctrina en las codificaciones pasadas o presentes, cf. F. Zénati, L'évolution des sources du droit dans las pays de droit civil, *D*, 2002, p. 15 y ss.

⁹. P. Rémy, La recodification civile, *Droits*, n° 26, 1998, p. 18. Comp. C. Atias, Le Code civil nouveau, *D*, 1999, p. 252.

de derecho de contratos, con el propósito de aplicarlo en numerosos países, fue realizado dentro del marco del Instituto internacional para la unificación del derecho privado (Unidroit), organización intergubernamental independiente¹. La doctrina, particularmente en Alemania, Italia, o en los Países Bajos, se apasiona ya sea a favor o en contra de un código europeo² y participa activamente en la elaboración de proyectos; como aquel del Grupo de estudios sobre un Código civil europeo, o aquel de la Comisión sobre derecho europeo de contratos, llamada Comisión Lando³. Ciertos autores militan por la creación de un Instituto europeo de derecho, que reúna universitarios y abogados, bajo el modelo de la *American Law Institute*, que permita conducir a un acercamiento de los derechos de los distintos países europeos, de hacer renacer un *us commune*, antesala indispensable de toda codificación europea, incluso elaborar *Restatements* que tengan en consideración las especificidades europeas⁴.

En efecto, en los Estados-Unidos fue la *American Law Institute*, sociedad científica privada, la que presidió la elaboración del *Uniform commercial code*, adoptado en los años sesenta por el conjunto de Estados de ese país, exceptuando Louisiana; además de otros códigos posteriores cuyo fin era unificar y mejorar las reglas aplicables en los diferentes Estados⁵. Los *Restatements of the law* también fueron desarrollados por la *American Law Institute* para remediar una crisis de las fuentes del derecho, evitar «que el volumen creciente de decisiones de justicias que establecen nuevas reglas o precedentes, y los numerosos casos en que estas decisiones son irreconciliables entre ellas -considerando la complejidad siempre creciente de las condiciones económicas, y de la vida moderna- aumenten la incertidumbre y

¹. Les principes relatifs aux contrats du commerce international, Unidroit, Roma, 1994 (cf. G. Rouhette, Les codifications du droit des contrats, *Droits*, 1996, n° 24, p. 111).

². Ante una bibliografía inmensa, cf. por ejemplo la luminosa, aunque, ya antigua síntesis de opiniones presentadas por C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D*, 2000, p. 79.

³. Acerca de estas entidades, cf. *supra*, p. 48.

⁴. A. Chamboredon y C. U. Schmid, Pour la création d'un «Institut européen du droit», *RID comp.*, 2001, p. 685 y ss.

⁵. D. Tallon, La codification dans le système... art. citado, p. 44.

la falta de claridad del derecho»¹. Incluso en China se observa la aparición de codificaciones privadas, a fin de remediar el «desorden normativo», incluso la edición y publicación de compilaciones privadas son objeto de un reglamento del Consejo de Asuntos de Estado desde 1990².

Estas codificaciones privadas constituyen, indudablemente, el mantillo sin el cual las codificaciones oficiales no podrían desarrollarse. Por la efervescencia doctrinal que éstas suscitan, por la preparación psicológica de la población a la que concierne esta idea de codificación y por los méritos que ésta puede encerrar, las codificaciones privadas abren la vía a las codificaciones impulsadas por el poder político. El Código civil francés, por ejemplo, debe mucho a las codificaciones privadas del Antiguo Régimen, a los trabajos doctrinales que obran por la unificación del derecho que le precede. Estas codificaciones privadas no deben ser desatendidas. De hecho, algunas de éstas tuvieron gran repercusión, sin duda, a la altura de sus cualidades y de las necesidades que ellas intentaban satisfacer, como el decreto de Graciano, la *Michneh Torah* de Maimónides, o el *Code Henri III* de Barnabé Brisson. Pero, estas codificaciones privadas preparan el avenimiento de las codificaciones oficiales con las limitaciones que les son inherentes.

En primer lugar, la iniciativa individual que da origen a estas codificaciones privadas, en la mayoría de los casos, hace dudar de su legitimidad³.

Además, cada codificador tiene su propio método para remediar el desorden de las fuentes del derecho: reagrupación por orden cronológico o según un plan metódico que varía de una codificación a otra. La multiplicación

¹. *American Law Institute*, citado por P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1950, n° 715.

². X.-Y. Kotovtchikhine, La réforme du droit chinois par la codification, *RID comp.*, 2000, p. 527 y ss., espec. p. 539 y ss.

³. Cf. Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar, *D*, 2002, p. 2202 y ss.

de codificaciones privadas para un mismo corpus de textos, muchas veces no aporta ninguna simplificación satisfactoria del derecho existente¹. Además, estas codificaciones de origen privado, por definición sólo son compilaciones de derecho constante, sin posibles modificaciones de los textos existentes: las contradicciones, al igual que las reglas obsoletas, se mantienen. Pero es sobre todo su falta de fuerza obligatoria lo que constituye su principal debilidad: su aplicación está subordinada a la buena voluntad de los abogados, en particular de los jueces, y muchos códigos privados no son reeditados o actualizados. Como lo observa Frédéric Portalis, «quizás la ciencia sería mejor hecha, pero esos progresos serían más o menos infructuosos, puesto que las reglas declaradas no serían nada obligatorias... Para que las ventajas de una buena clasificación, de una reforma clara y de una reformulación crítica beneficien a la sociedad, es necesario que estas sean consagradas por la autoridad irrefutable de la ley»². Las codificaciones privadas están condenadas a la ineffectividad si ellas no son seguidas por codificaciones oficiales.

Prueban esta insuficiencia de las codificaciones privadas los deseos de la población dirigidos directamente al soberano para que remedie la inseguridad jurídica. En Francia, por ejemplo, el deseo de un derecho más unificado surge en los *cahiers des doléances*³ redactados por los Estados generales de Orleáns en 1560, para ser desarrollados en aquellos que preceden los Estados generales de Blois en 1576, de París en 1614 y en 1789.⁴

Igualmente prueban la insuficiencia de las codificaciones privadas las observaciones de la doctrina. Así, en una obra de gran autoridad, un jurista del *Common Law*, Farnsworth, observa: «Era cada vez más difícil para un jurista, que trabajaba en un caso, encontrar, leer y digerir los casos pertinentes de los

¹. Acerca de esta dificultad respecto de las codificaciones privadas de derecho canónico en la Edad Media, cf. A Sériaux, *Droit canonique*, op. cit., n° 20.

². F. Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, Centro de filosofía política y jurídica de Caen, 1989, p. V.

³. N. del T.: Registros en los que las asambleas encargadas de elegir diputados en los Estados Generales anotaban peticiones y quejas.

⁴. J. Van Kan, *Les efforts de codification...* op. cit., p. 56 y ss., Adde: J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 46.

tribunales de su propio Estado y, cuando su búsqueda no conducía a un precedente firmemente establecido, se enfrentaba a la reserva *cuasi* inagotable de decisiones tomadas por las cortes de otros Estados, así como por las cortes federales. Era necesario introducir en las esferas del derecho, que no habían sido tocadas por la legislación, una autoridad superior a aquella del simple tratado doctrinal, para poner orden en el caos del derecho jurisprudencial»¹.

Finalmente, prueban la insuficiencia de las codificaciones privadas las múltiples intervenciones, muchas veces en vano, de sus autores para asociar el poder central a su obra. Barnabé Brisson, que espera una consagración oficial para su *Code Henri III*, sólo recibe una aprobación ciertamente elogiosa, pero que no da fuerza obligatoria a su proyecto: primero es necesario someterlo al Parlamento antes de estampar «nuestra autoridad y aprobación»². Tapia sueña con llamar a su obra *Ius Codice Filipino*, para lo que pide en vano la sanción real³. Las Ordenanzas reales de Castilla de Montalvo, pese a los deseos de su autor, no son promulgadas por los reyes católicos⁴. Estas reticencias del poder central son, en la mayoría de los casos, incomprensibles para los historiadores⁵: ¿Ausencia de clarividencia? ¿Debilidad de un poder que se sabe demasiado frágil como para perturbar las costumbres jurídicas de sus súbditos? Esta segunda explicación, que a veces fue mencionada respecto de codificaciones en particular⁶, parece de manera general más convincente; por tanto una fuerte voluntad política parece esencial para el desarrollo de la codificación.

¹. E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of United States*, Oceana, 1963, p. 84.

². *Lettre de privilège du roy*, insertada en la edición de 1587 (citada por M. Suel, art. citado, p. 43).

³. Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code... op. cit.*, p. 332.

⁴. *Ibid.*, p. 288.

⁵. Cf. por ejemplo, para el *Code Henri III*, cf. M. Suel, art. citado, p. 42: «Por razones desconocidas, el Código no fue sancionado».

⁶. Cf. a propósito del *Code Henri III*, G. Braibant, *Utilité et difficultés de la codification*, *Droits*, n° 24, 1997, p. 68: «Entonces, se mantuvo como una especie de compilación doctrinal sin efectos jurídicos, porque el rey que había tenido la suficiente voluntad política para encargar la elaboración de este Código, no tuvo la suficiente voluntad política para transformarlo en un texto de valor jurídico».

2. Fuerte voluntad política de codificar

Como ya lo había percibido Max Weber, «la intrusión del imperium, especialmente la intrusión del imperium del príncipe –por tanto aún más importante si su poder es fuerte y estable– en la vida jurídica contribuye, por doquier, a la unificación y sistematización del derecho, es decir a la codificación»¹.

El poder no sólo se contenta con avalar las codificaciones privadas, acapara la codificación en su provecho. Puede, entonces, responder más perfectamente que los simples particulares a la necesidad de seguridad jurídica, proponiendo un solo código, oficial, auténtico, con fuerza obligatoria, eventualmente desprovisto de reglas anticuadas o contradictorias, compuesto fundamentalmente de nuevas reglas. Satisfaciendo así a sus súbditos, el poder contribuye a asentar más aún su autoridad, y es tanto mejor que la codificación pública pueda dar protagonismo a las reglas que dicta, en detrimento de fuentes de otro origen. Finalmente, al codificar, el poder puede también satisfacer objetivos más políticos².

Este vínculo entre poder y codificación, se trasluce claramente si se examina el marco político en el que se inscriben las codificaciones oficiales. En las postrimerías de la Edad Media, las codificaciones oficiales que siguen a las codificaciones privadas se desarrollan sólo en centros de poder, es decir, en las ciudades, como lo prueban los códigos urbanos del siglo XVI³. Cuando se desarrolla el Estado-nación, a partir del Renacimiento, surge el marco en el que se desarrollarán las codificaciones, y esto es aún así. Excluyendo las particulares codificaciones que son las codificaciones de derecho religioso, escasas son las codificaciones que no son concebidas dentro del marco del

¹. M. Weber, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 195.

². Cf. *infra*, p. 160 y ss.

³. Cf. *supra*, p. 19.

Estado-nación, y aquellas que son esbozadas se limitan, generalmente, a simples tentativas. Un ejemplo es el proyecto de código franco-italiano de obligaciones, elaborado por comités privados de profesores italianos y franceses a partir de 1920 bajo la dirección de Scialoja, decano de la Facultad de derecho de Roma y de Larnaude, decano de la Facultad de derecho de París, fue terminado en 1927, pero será letra muerta¹. Hoy, la eventual adopción de un código europeo parece, entre otros factores, ligada al nacimiento de una estructura de poder que constituiría, por ejemplo, un Estado federal.

La importancia de una voluntad política determinada, para el relevo de las codificaciones privadas, puede ser observada en las cinco crisis de las fuentes del derecho evocadas precedentemente a modo de ilustración.

En Roma, las codificaciones decididas por el poder imperial suceden los códigos gregoriano y hermogeniano del siglo III, incapaces de remediar eficazmente la crisis de las fuentes del derecho que golpea el Imperio. Mediante la constitución imperial de 26 de marzo de 429, Teodosio II decide codificar la legislación de sus predecesores desde el código hermogeniano. Las constituciones así reunidas, cualquiera haya sido su alcance original, reciben en lo sucesivo, una fuerza obligatoria única, aquella de una norma impuesta por el emperador. El objetivo de esta codificación es esencialmente práctico, como lo recuerda la constitución de 15 de febrero de 438 que promulga el código Teodosiano: remediar un exceso de libros de derecho, una masa enorme de constituciones imperiales, una aterradora complejidad del derecho². La obra codificadora de Justiniano, símbolo de un poder en la cima de su gloria, constituye la consagración de esta «recuperación» de la codificación por el

¹. Cf. Travaux Association Capitant, 1953 y 1955.

². J. Gaudemet, *La codification...* art. citado, p. 248.

poder, agregando a la voluntad de remediar la crisis de las fuentes del derecho una dimensión política.

En la Edad Media, las redacciones oficiales de costumbres aparecen en las ciudades, cuando los ediles adquieren la suficiente autoridad como para imponerlas. En el norte de Italia o en el sur de Francia, a partir del siglo XIII, los burgueses de las grandes ciudades piden a las autoridades municipales que su derecho sea puesto por escrito, y luego este movimiento conquista ciudades y pueblos. Como los historiadores constataron, los *coutumiers*¹ se presentan como textos oficiales, sancionados por una autoridad pública, la ciudad, un señor o el rey². La redacción de costumbres conoce un nuevo impulso en las postrimerías de la Edad Media, dentro de un marco nacional, cuando el poder de los soberanos se impone definitivamente sobre los últimos grandes feudos. En Francia, el movimiento de redacción de costumbres es iniciado directamente por el rey Carlos VII en la Ordenanza de Montils-lez-Tours en 1453; y su sucesor Louis XI, obra activamente porque «todas las costumbres sean puestas en francés, en un bello libro, para evitar la astucia y pillería de los embaucadores»³. En otros países de Europa, la redacción de costumbres es igualmente decidida bajo el impulso de monarcas de poder sólidamente implantado: Alfonso V en Portugal, Matias Corvin en Hungría o Carlos Quinto en los Países Bajos. Los ejemplos españoles demuestran la importancia de la estabilidad y de la autoridad del poder en la obra de codificación oficial⁴. En Castilla, las Siete Partidas se imponen en el siglo XIII gracias al aura de su promotor, Alfonso X el Sabio, no obstante desaparecen con él, víctima de las resistencias de los fueros y de las particularidades locales; mientras que el Código de Huesca, *los Fueros de Aragón*, adoptado por el rey Jaime I en la

¹. N. del T.: *Coutumiers* es un término que alude a recopilaciones privadas de costumbres de aquella época.

². J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 3^o ed., 2002, n^o 67.

³. Citado por E. Caillemer, Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVI^e siècle, à quelques essais d'unification du Droit civil, *Livre du centenaire*, op. cit., t. 2, p. 1077.

⁴. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, op. cit., p. 24.

misma época, se impone con mayor facilidad porque el soberano logra adquirir el control real y total de sus posesiones.

Los sistemas de derecho religioso conocieron una evolución similar. La poca utilidad de la muchas iniciativas privadas de compilación del derecho canónico, a fin de remediar la crisis de fuentes del derecho, conducen al *Corpus juris canonici*, adoptado bajo el impulso de Gregorio XIII en 1562. Asimismo, a fines del siglo XIX, las codificaciones privadas no impiden la dispersión de la legislación canónica «en tantos volúmenes que una caravana de camellos no bastarían para llevarla»¹: Pío X decide una codificación oficial que culmina con el Código de derecho canónico de 1917. Ejemplo *a contrario*, es la ausencia de toda autoridad política fuerte, debido a la ausencia de toda estructura estatal, que impidió una codificación pública que siguiera la codificación de derecho hebraico emprendida por Maimónides.

A partir del Renacimiento, cuando la proliferación de textos de origen real torna indispensable una ordenación de las fuentes del derecho, las iniciativas públicas siguen las iniciativas privadas. En España, son esencialmente las Cortes, cuyo poder compite fuertemente con el de los soberanos, las que obran en favor de una codificación oficial, exigiendo al soberano que haga cesar «los misterios del derecho»². En Dinamarca, el rey Cristian V realiza el sueño de Krabbe promulgando en 1683 una ley general para todo el reino³. En el siglo XVIII, en toda Europa, en Bavaria, pero sobre todo en Austria y en Prusia, monarcas ilustrados como Maximiliano-José, José II o Federico II, gozan de un poder indiscutible para imponer una codificación a sus súbditos, poniendo así, fin a las codificaciones privadas abundantes durante los siglos precedentes⁴. El caso de Francia es revelador. Después de los códigos *Henri III*, *Henri IV*, o *Louis XIII*, en respuesta a las quejas sobre los inconvenientes de un derecho

¹. P. Toxé, La codification en droit canonique, *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1997, n° 82, p. 208, que atribuye esta fórmula a los obispos napolitanos.

². J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 30.

³. *Ibíd.*, p. 366.

⁴. Cf. *supra*, p. 72.

desmembrado, manifestadas durante los Estados Generales, Louis XIV, gracias al poder monárquico, inicia las grandes ordenanzas del siglo XVII, en cuya adopción juega un rol preponderante: siempre le correspondía la última palabra al término del proceso de adopción. De hecho, es sintomático que el Parlamento de París, contra-poder bastante debilitado, sea relegado a un rol marginal¹. Pero la debilidad del poder real en los primeros años del Antiguo Régimen impide a una codificación oficial de mayor amplitud, ver la luz del día, pese a la obra del canciller d'Aguesseau cuyas intenciones, de hecho, son frenadas². Los pocos proyectos esbozados³ son rápidamente abortados: ni Louis XV ni Louis XVI tienen la fuerza para enfrentar la hostilidad de las clases privilegiadas o de las provincias e imponer un código único a sus súbditos. La ausencia de codificación oficial explica la supervivencia e incluso la proliferación de codificaciones privadas en Francia a fines del siglo XVIII, sin duda, también fomentada por la nueva concepción de la ley, producto de la influencia de la Filosofía de la Ilustración. Pese a los deseos de la población y a los distintos proyectos propuestos, la adopción de un código es paralizada igualmente durante el período revolucionario, debido a la inestabilidad política y la ausencia de una voluntad política fuerte de codificar.

Actualmente, la codificación parece sostenida igualmente por una fuerte voluntad política de reducir la inflación legislativa y la crisis de las fuentes del derecho que le sigue.

En Francia, sólo el fuerte apoyo del general De Gaulle permitió la recodificación del derecho de familia emprendida desde 1960⁴. Asimismo, algunos años más tarde, se pudo observar a propósito del Nuevo Código penal

¹. Cf. J.-M. Carbasse, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 113.

². Cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, p. 101 y ss.

³. Cf. *supra*, p. 27.

⁴. Cf. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 24: «Modernizar este código no era, a fin de cuentas, para disgustar a de Gaulle.» *Adde*: J. Foyer, *Le code après le code, la réforme du Code civil sous la V^e République*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 65. .

de 1994, que no habría sido nunca adoptado «sin la determinación de R. Badinter y la intervención favorable de F. Mitterrand»¹.

La importancia de una fuerte voluntad política de codificar, se revela sobre todo en el apoyo certero dado al vasto movimiento de codificación de derecho constante, emprendido hace unos quince años. Las periódicas reactivaciones del proceso de codificación, cuyas últimas manifestaciones pueden ser encontradas en el decreto de 12 de septiembre de 1989 –que instituye una *Commission supérieure de codification*–, la circular de 30 de mayo de 1996, la ley de habilitación de 19 de diciembre de 1999, o la ley de 12 de abril del año 2000, son la prueba, al igual que el tono de todos los discursos oficiales, de esta voluntad política. Mientras que Michel Rocard al establecer la nueva comisión el 7 de noviembre de 1989 declara: «Considero la codificación esencial»²; uno de sus sucesores, Édouard Balladur, afirma por su lado que «la misión de simplificación de leyes y reglamentos debe ser una prioridad del Estado»³; Lionel Jospin finalmente, destaca que: «Los objetivos de la codificación son de gran importancia»⁴. Jacques Chirac, en un mensaje dirigido al Parlamento, comenzado su período en 1995, al constatar que «la inflación normativa se ha tornado paralizante», observa que: «una ordenación se impone mediante un ejercicio general de codificación y de simplificación de los textos, a fin de que estos se hagan más accesibles»⁵. Bastó que la codificación de derecho constante se aletargase un tiempo, para que los responsables políticos notaran inmediatamente que «la cantera de la codificación debe proseguir»⁶. El reciente reconocimiento por el Consejo constitucional del principio de seguridad

¹. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer la Code pénal, où est passé l'architecte?* PUF, 1998, p. 13, citando un discurso de F. Mitterrand de 6 de enero de 1990: «Este código dotará a Francia de un instrumento jurídico digno de una democracia moderna. Les confesaré sin tapujos que ésta era una de mis ambiciones, puesto que la oportunidad me fue concedida por los franceses».

². Rev. fr. d'adm. pub., 1990, p. 303.

³. *Le Monde*, 17 de noviembre de 1994.

⁴. Discurso de 13 de octubre de 1997, luego de la instalación de la *Commission supérieure de codification*, in 8^o rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. *JO*, 1997, p. 21.

⁵. Mensaje de 19 de mayo de 1995, Doc. Ass. nat. 1994-1995, n° 21.

⁶. P. Gélard, *JO*, Sénat, 13 de octubre de 1999, p. 5090.

jurídica¹, precisamente a propósito de la ley de habilitación precedentemente invocada², ilustra perfectamente que los poderes públicos han tomado conciencia de la inseguridad jurídica, y de la importancia acordada a la codificación concebida como un medio para remediarla. Como concretamente constató un parlamentario, un código no tiene posibilidades de llegar a buen término si no es apoyado por el ministro responsable del área del derecho a codificar o éste no emplea todos los medios necesarios³. No deja de ser interesante observar, a este respecto, una evolución característica en este movimiento de codificación de derecho constante emprendido desde la Liberación: si en su origen se trataba sobre todo de racionalizar la producción de la norma, hoy, su «accesibilidad» se ha transformado en la palabra clave para los poderes públicos; inversión que traduce la preocupación prioritaria de reducir para los justiciables los inconvenientes prácticos de la crisis de las fuentes del derecho. El presidente Braibant resume de esta manera la utilidad y la importancia de la codificación para los poderes públicos hoy: «Este derecho más ordenado y más accesible es hoy un elemento fundamental de la seguridad jurídica, indispensable, en un Estado de derecho, para los ciudadanos, las empresas y las colectividades públicas»⁴.

Los mismos imperativos parecen habitar los poderes públicos de otros países afectados por una crisis de las fuentes del derecho, y en particular, por

¹. Decisión n° 99-422 de 16 de diciembre 1999, *JO*, 22 de diciembre de 1999, p. 19041; *RTD civ.*, 2000, p. 186, obs. N. Molfessis, que considera que adoptar los nueve códigos «responde en buenas cuentas al objetivo de valor constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley; en efecto, la igualdad ante la ley, enunciada por el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, y la «garantía de derechos» requerida por su artículo 16 podrían no ser efectivas si los ciudadanos no dispusieran de conocimiento suficiente de las normas que les son aplicables; tal reconocimiento es además necesario para el ejercicio de los derechos y libertades garantizados tanto por el artículo 4 de la Declaración, en virtud del cual ese ejercicio no tiene más límites que los determinados por la ley; como por el artículo 5, según el cual todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no le ordena».

². Ley de 16 de diciembre de 1999 y decisión de 16 de diciembre de 1999, *JO*, 22 de diciembre de 1999, p. 1904. Cf.: B. Mathieu, La sécurité juridique: un produit d'importation dorénavant «made in France» (a propósito de las decisiones 99-422 del Consejo constitucional), *D*, 2000, n° 4, VII; M.-A. Frisson-Roche y W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *D*, 2000, p. 368.

³. M. Ruffin, La codification: un témoignage parlementaire, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1997, p. 811 y ss., específicamente p. 820.

⁴. La problématique de la codification, *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1997, p. 166.

una inflación legislativa crónica. Por ejemplo, en Italia se inició un vasto movimiento estatal de codificación de derecho constante similar al emprendido en Francia¹; en China, el Comité permanente de la Asamblea Popular Nacional creó en 1979 una Comisión de redacción de Código civil; y, el interés de los poderes públicos por la codificación acaba de manifestarse mediante una importante «ley sobre la elaboración de leyes y reglamentos» de 15 de marzo de 2000². En el seno de la Unión europea, el anhelo de una codificación a fin de simplificar y clarificar una legislación excesivamente compleja y estratificada, cuyas numerosas modificaciones están dispersas en textos sucesivos, ya fue formulado hace mucho tiempo por los poderes públicos. Así lo prueba la puesta en marcha de un método acelerado de codificación oficial, mediante un acuerdo interinstitucional de 20 de diciembre de 1994, establecido entre las tres instituciones más importantes de la Unión: Comisión, Parlamento y Consejo³. Paralelamente, hemos visto que el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión se pronunciaron muy explícitamente sobre la adopción de un Código civil europeo⁴; y la Comisión realizó recientemente una importante comunicación concerniente al derecho europeo de contratos, proyectando una codificación de la materia⁵. La necesidad de un código de derechos y libertades fundamentales es igualmente manifestada a nivel europeo por los poderes públicos, a través de la elaboración de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada tras el Consejo europeo de Niza; sin embargo el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, le niega toda fuerza obligatoria vinculante.

¹. B. G. Mattarella, art. citado, p. 665 y ss.

². X.-Y. Li-Kotovtchikhine, La réforme du droit chinois par la codification, *RID comp.*, 2000, p. 529 y ss., específicamente p. 547 y ss.

³. Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs, *Joce*, n° C 293/2 del 8 de noviembre de 1995.

⁴. Cf. *supra*, p. 48.

⁵. Cf. *supra*, p. 49.

Este esquema de codificaciones privadas, nacidas de una necesidad social de seguridad jurídica en un período de crisis de las fuentes del derecho, seguida por codificaciones oficiales cuando el poder público es suficientemente fuerte como para imponerlas, nos parece confirmado por la Historia; pese a los análisis de otros autores. En este esquema el paso de un código privado a un código público no es un fenómeno habitual del ciclo de elaboración de códigos, sino un momento preciso y único de la historia del concepto de código: la evolución de una concepción clásica a una concepción moderna jusnaturalista y racionalista¹. No obstante, este esquema general merece ser matizado: no es posible absorber de manera sistemática las particularidades históricas, geográficas o culturales propias de cada caso, que pueden alterar estas reglas. Por ejemplo, los historiadores pudieron observar que, en los países en que las ciencias del derecho y la doctrina son poco vigorosas, las compilaciones oficiales pueden intervenir en ausencia de compilaciones privadas, como lo muestran los ejemplos de la redacción de costumbres, en el efímero reino franco de Jerusalén o en los principados escandinavos².

Esta alquimia de necesidad social y voluntad política parece entonces indispensable para el nacimiento de toda codificación. De hecho, es con frecuencia constatada por los propios codificadores. Así, entre otros ejemplos, a propósito del Nuevo Código civil de Québec de 1994, uno de sus autores observa que su éxito se debe a «la conjunción de una voluntad política tenaz y un acuerdo previo de la sociedad civil»³. Sin alguno de estos factores, la codificación no puede llegar a buen término.

No hay código sin necesidad social: un código impuesto sólo por el poder político, que no responda a ninguna necesidad social de seguridad jurídica

¹. Cf. F. Zénati, Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit), *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. 1 p. 232: «El código había sido hasta ese entonces esencialmente una obra privada, pese a la imagen de los grandes códigos públicos de la historia, el código tiende a ser percibido en adelante como un acto legislativo».

². A. Leca, *La genèse du droit*, op. cit., n° 27.

³. J.-L. Baudouin, Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification, in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Yvon Blais, 1992.

parece destinado a la ineffectividad. Podemos considerar, a modo de ejemplo, los códigos adoptados por los países de Europa oriental después de la Segunda Guerra mundial con el sólo objeto de promover un nuevo orden social y político, sin que una crisis de las fuentes del derecho los haya suscitado. El ejemplo es aún más pertinente cuando el código adoptado es directamente importado desde un país extranjero, pues las dificultades de recepción se unen a la ausencia de necesidad social para incrementar su efectividad. Como prueban los códigos de numerosos países africanos, posteriores a su independencia, queridos como símbolo de soberanía y modernidad, serán letra muerta por la falta de una necesidad social de codificación y de adaptación de los textos a las poblaciones que querían regir¹. A la inversa, una necesidad social es garantía de éxito de una codificación. Por dar sólo un ejemplo, la codificación francesa de 1804 «fue emprendida en gran parte, y fue un éxito, porque correspondía a una necesidad práctica»².

No hay código sin una fuerte voluntad política. Como observó Jean Foyer a propósito del Nuevo Código de procedimiento civil francés, «las obras legislativas más geniales no tienen ninguna posibilidad de éxito, si ellas no son apoyadas por un poder político que vele por hacerlas llegar a buen término»³. La historia está llena de proyectos abandonados por debilidad o indiferencia, de códigos impuestos a la fuerza por un poder determinado y seguro de sí mismo. Para contentarse sólo con una ilustración, la comparación entre el fracaso de los proyectos de Código civil propuestos por Cambacérès durante la Revolución, debido a su indecisión⁴, y la adopción del Código civil de 1804,

¹. Sobre las finalidades perseguidas por los codificadores africanos, cf. *infra*, p. 177; sobre la ineffectividad de estos códigos, cf. *infra*, p. 296.

². R. David, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales*, LGDJ, 1960, p. 12.

³. Rapport de synthèse, in *Le Nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 331.

⁴. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 293: «Sin duda, Cambacérès tiene una cuota de responsabilidad en la postergación de sus tres códigos: su falta de ascendente, su excesiva prudencia y su indecisión le impidieron dedicarse verdaderamente a fondo a obtener el apoyo de asambleas que votaron, a veces sin discusión, otros códigos. En tres ocasiones, Cambacérès buscó dejarse llevar por las circunstancias y tres veces se encontró a destiempo...».

impuesto por la insistencia -es un eufemismo- de Napoleón Bonaparte, destaca con claridad el rol fundamental de una fuerte voluntad política.

La importancia de este último factor en el proceso de codificación se explica por las resistencias que debe vencer toda codificación. Hay que triunfar sobre las oposiciones ideológicas de los adversarios de la codificación¹, al igual que sobre las diferentes fuerzas conservadoras que se oponen al cambio del derecho existente².

El apego muchas veces visceral a los privilegios que otorgaba el derecho antiguo, las diversas resistencias a la unificación del derecho que conoció Francia durante el Antiguo Régimen, son un ejemplo sobresaliente³. Pero hoy, la fuerza de los grupos de presión para mantener ventajas adquiridas, o el peso de la burocracia apegada a sus hábitos o sus poderes, pueden hacer retroceder gobiernos⁴.

La inercia de los juristas a continuación, la que es indispensable derrotar debido al rol determinante que estos juegan en la aplicación del código, contribuyendo a su éxito o ineffectividad⁵, y que se muestran tradicionalmente, quizás debido a su temperamento, reticentes al cambio⁶: «la costumbre, dice la sabiduría popular, es una segunda naturaleza, y se necesitan muy buenas razones para cambiarla. Uno de los frenos más temibles para el éxito de una codificación es, precisamente, el peso considerable de nuestras costumbres mentales»⁷. Es cierto que «un código nuevo es una herramienta incomoda»⁸,

¹. Cf. *infra*.

². Sobre estas fuerzas y su lucha con las fuerzas reformadoras, que intentan transformar el derecho existente, cf. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2º ed., 1995, específicamente n° 31 y ss.

³. Cf. J.-L. Gazzaniga, Le code avant le code, art. citado, p. 31. *Adde*: E. Caillemer, art. citado, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 1077 y ss.

⁴. Cf. J. Fourré, Les codifications récentes et l'unité du droit en France, *Revue, jurid. et polit., Indépendance et coopération*, 1986, p. 727: «Los intereses particulares refuerzan la inercia administrativa y transforman la indiferencia gubernamental en discreta hostilidad».

⁵. Cf. *infra*

⁶. Cf., Ya, Aristóteles para quién, la ley sólo tiene «para ser obedecida la fuerza de la costumbre, la que sólo se manifiesta después de mucho tiempo..., pasar fácilmente de leyes existentes a otras nuevas leyes, es debilitar el poder de la ley». (*Politique*, livre II, trad. por J. Aubonnet y M.-L. Desclos, Paris, Les Belles Lettres, 1998, p. 63).

⁷. P. Malaurie, *Les enjeux de la codification*, art. citado, p. 645.

⁸. M. Planiol, Inutilité d'une révision générale du Code civil, *Livre du centenaire*, t. 2, *op. cit.*, p. 961.

en las primeras etapas hace surgir dificultades más que resolverlas. Tocqueville aludía maliciosamente al debate sobre la codificación en Estados Unidos en el siglo XIX: «Los legistas americanos, en general, hacen elogios enfáticos al derecho consuetudinario. Se oponen con todas sus fuerzas a la codificación, lo que se explica de esta manera:

«1/ Si la codificación tuviera lugar, tendrían que rehacer sus estudios.

«2/ Haciéndose la ley accesible al vulgo, ellos perderían una parte de su importancia. Ya no serían, como los sacerdotes egipcios, los únicos intérpretes de una ciencia oculta»¹. La doctrina americana de fines del siglo XIX, principalmente formada en el *Common Law*, contribuyó ampliamente al rechazo de la codificación en los Estados-Unidos, que habría trastornado sus costumbres intelectuales². Los juristas son primero abogados que oponen a las reformas la dulce quietud de sus hábitos: «Toda reforma, en efecto, primero asusta al abogado (y no sin razón) por que ella cambia sus hábitos, introduce inseguridad y elimina lo adquirido, por tanto, la experiencia obtenida a lo largo de los años»³. Muy concretamente, muchas codificaciones contemporáneas se han tropezado con una reticencia inquieta de un buen número de abogados, ya se trate del Nuevo Código civil de Québec⁴, del Nuevo Código de procedimiento civil francés⁵, o de codificaciones francesas contemporáneas de derecho constante⁶. Los juristas son también los universitarios, y Planiol observa con

¹. A. Tocqueville, *Journey to America*, 1835, citado por S. Herman, *Historique et destinée de la codification américaine*, *RID comp.* 1995, p. 717.

². R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 263.

³. J.-L. Badouin, *Réflexions sur le processus de recodification du Code civil*, *Les cahiers de droit*, 1989, p. 818 (à propos du Nouveau Code civil du Québec). Cf. ya G. Ripert, *Les formes créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 5: «Ellos (los abogados) hacen una sorda oposición a toda reforma que los obligue a cambiar su actuar profesional».

⁴. Cf. J.-F. Niort, *Le Code civil du Québec*, art. citado, p. 852.

⁵. Cf. J. Foyer, *Rapport de synthèse*, in *Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, la Documentation française, 1998, p. 325: «De cierta manera, los nuevos textos adquieren su legitimidad al envejecer, una vez que la práctica se asienta. En ese momento la práctica se hace reticente al cambio de los textos nuevos. Eso es lo que le ocurrió al nuevo Código de procedimiento civil... hubo una reacción, una ruidosa y agresiva oposición de parte de los auxiliares de la administración de justicia y en particular de los abogados».

⁶. Cf. A. Lienhard y C. Rondey, *Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (a propósito del Nuevo Código de comercio)*, *D*, 2000, p. 521 y ss., específicamente p. 525.

malicia la perezosa preocupación por tener que refundir sus cursos en caso de codificación¹. Así, sin ni siquiera evocar la resistencia a transformaciones de fondo, abogados o universitarios siguen, por ejemplo, citando hoy en día las grandes leyes codificadas, no los artículos de los códigos en las cuales ellas fueron fundidas (ley Scrivener de 10 de enero de 1978 sobre la protección del crédito mueble, ley de 13 de marzo de 1957 sobre la propiedad literaria y artística...)².

Los codificadores contemporáneos no desatienden estas resistencias psicológicas a la codificación, intentando por diversos medios remediarlas. Muy modestamente, los codificadores franceses contemporáneos de derecho constante, arguyen que las modificaciones realizadas son puramente formales y que una subsistencia temporal de las antiguas referencias no es dirimente³, de hecho aconsejan, mantener en lo posible «la unidad de las grandes leyes fundadoras de áreas del derecho, que los lectores usan de larga data bajo dicha forma»⁴. Diferir la entrada en vigor de un código promulgado, como fue, por ejemplo, el caso del Nuevo Código penal francés promulgado el 22 de julio de 1992 y que entró en vigor el 1º de marzo de 1994, tal como recomienda de manera general la propia *Commission supérieure de codification* para dar un tiempo de adaptación a las nuevas reglas⁵, no es más que un último recurso. De manera más fundamental, los codificadores quebequeses, por ejemplo, instauraron un programa de formación profesional para todos los abogados,

¹. *Préface du traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 5º ed., Pichon, 1908.

². Cf. por ejemplo, G. Paisant, n. sous Cass. civ., 1, 26 de mayo de 1993, *D*, 1993, p. 568: «Para facilitar la lectura del fallo, seguiremos usando la antigua numeración en el presente comentario». Comp. G. Braibant, *La problématique de la codification*, art. citado, p. 166, a propósito del código de colectividades locales: «Mala suerte para las grandes leyes de 1871 o para las de 1884, respecto de las que aprovecho de decir, éstas se transformaron, al mismo tiempo, en mito y textos apolillados».

³. C. Arrigui de Casanova y O. Douvreur, *La codification par ordonnance*, JCP, 2001, I, 285: la nulidad de los actos de procedimiento que visan textos derogados no es inevitable (cf. infra, sobre la posición de la jurisprudencia).

⁴. Circular de 30 de mayo de 1996, art. 2.1.3.

⁵. Cf. *Onzième rapport annuel*, 2000, *La Documentation française*, 2001, p. 14: «La entrada diferida permite informar a los usuarios de los cambios realizados en la numeración. Evita toda sorpresa y permite preparar el cambio. En el futuro, será necesario preocuparse de prever sistemáticamente una entrada en vigor diferida de los códigos. Este desfase debe ser aprovechado para informar al público a fin de que se familiarice con la nueva presentación de los textos».

durante el año previo a la entrada en vigor del código de 1994, a fin de familiarizarlos con el nuevo código.

Como muy bien escribió M. Alain Sériaux, una vez adoptado, «por el espacio de un instante, el código está solo en el mundo»¹; esta soledad es breve: al tiempo de los códigos le sigue el tiempo de las glosas.

II- TIEMPO DE GLOSAS

La codificación produce por sí misma varios efectos notables que permiten, incluso en la perspectiva positivista hoy dominante², distinguir con claridad un código de un simple múltiplo de la ley: efecto de ruptura (1), de cristalización (2), de contenido (3) y de completitud (4).

1. Efecto de ruptura

Ilustración del célebre propósito de Jhéring, para quien «el derecho es Saturno devorando a sus hijos, no le es posible rejuvenecer sin romper con su pasado»³; toda codificación produce un efecto de ruptura, cierra un mundo jurídico antiguo y hace nacer un mundo jurídico nuevo. Desde su entrada en vigor, el código borra de golpe aquello que le precede, «generando una novación del derecho anterior», según la fórmula de Géný⁴. La derogación de disposiciones anteriores –que acompaña toda codificación– constituye la

¹. A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 100. Adde: F. Terré, *La codification*, *European Review of Private Law*, art. citado, p. 39: «Querámoslo o no, un código es una ruptura. Aunque se pretenda empírica y concreta, ordena al tiempo –en un instante de razón jurídica– suspender su curso».

². Cf. *supra*, p. 60.

³. R. Ihering, *Le combat pour le droit*, trad. Meydieux, Durand, 1875, p. 6.

⁴. F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privés positif*, LGDJ, 1954, t. 1, n° 52.

traducción técnica del efecto de ruptura, la que no es atenuada en lo absoluto por la inclusión de disposiciones transitorias. De esta manera, la derogación juega a la vez un rol político, subrayando la ruptura con el pasado y afirmando la autoridad del nuevo poder; como técnico, al tratar de evitar las dificultades que, inevitablemente, genera la superposición de dos cuerpos de reglas diferentes.

Este efecto de ruptura es especialmente sensible respecto de una codificación-modificación que rompe con el fondo del derecho que le precede. «A quien quisiera ir más lejos, la propia ley parece responderle: ¡Para qué! Puesto que hubo una eliminación de todo lo pasado y una especie de nuevo comienzo»¹. Esta ruptura constituye la prolongación de las funciones sociales y políticas de la codificación: ruptura porque ella crea un nuevo orden al término de una crisis de la sociedad², ruptura porque está al servicio de un poder con la obligación de parecer renovador³. En la antigua China, por ejemplo, el primer acto de cada nueva dinastía consiste en abolir las codificaciones adoptadas por sus predecesores para realizar una propia⁴. Los códigos adoptados en Baviera en el siglo XVIII, precursores de una nueva era de codificación⁵, osan derogar el derecho romano; sintiéndose obligado a justificar una audacia tan impensable como indispensable, el canciller von Kreittmayr expresa: «Antes, habríamos considerado como un sacrilegio atacar radicalmente el texto sagrado de las Pandectas, al derogarlas en forma total o parcial. Pero la práctica actual ya no comparte esas ideas supersticiosas: ya no hay ninguna duda de que cada Estado puede, en su territorio, modificar, siguiendo sus deseos, las leyes romanas u otras leyes del Imperio cuando estas últimas no afectan la constitución imperial»⁶. La enumeración del artículo 7 de la ley de 30 ventoso,

¹. E. Boutmy, *Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques*, *RI enseign.*, 1889, p. 222, citado por B. Oppetit, *Essai sur la codification*, *op. cit.*, p. 21.

². Cf. *infra* p. 150 y ss.

³. Cf. *infra* p. 160 y ss.

⁴. J. Tao, *Le droit chinois contemporain*, PUF, «Que sais-je», 1991, p. 19.

⁵. Cf. *supra*, p. 32.

⁶. Citado por Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, *op. cit.*, p. 127.

año XII¹, que promulga el Código civil francés es demasiado cautivadora como para no ser simbólica²: «A partir del día en que estas leyes sean ejecutorias, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos y reglamentos dejarán de tener fuerza de ley, general o particular, en las materias que son el objeto de las leyes que componen el presente código». Como escribió Portalis: «Esta disposición nos recuerda lo que fuimos y nos hace apreciar lo que somos»³. Los artículos de la ley de introducción del BGB, conllevan la derogación de todas las disposiciones anteriores dictadas por los Länder y tienden, igualmente, a destacar la voluntad de los codificadores 11alemanes de romper con el pasado⁴. Hoy en día, ante la eventual adopción de un Código civil europeo, el efecto de ruptura de la codificación constituye, indudablemente, un factor paralizante: ¿No sería necesario que, antes de ser adoptado, éste posea las mismas características de tecnicidad y de sofisticación que los derechos nacionales, a fin de que su entrada en vigor pueda acompañarse de su derogación?

El efecto de ruptura parece estar igualmente presente -aunque quizás de manera menos notoria- en las codificaciones-compilación, puesto que, desde su entrada en vigor, los códigos adoptados derogan numerosas disposiciones anteriores, aunque su contenido sea recogido con la misma forma en la nueva estructura⁵. Como dijo el propio Guy Braibant: «La derogación es un aspecto importante de la codificación»⁶. El código borra entonces la marca del tiempo: los textos codificados pierden su fecha de elaboración, para fundirse en artículos sin fecha, acercando sin reparos las disposiciones más viejas y

¹. N. del T.: Esta fecha corresponde en el calendario gregoriano al 24 de marzo de 1804.

². Cf. J. Carbonnier, V. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, PUF, 1996: «No es una cláusula derogatoria, como las que incluyen todas las leyes: es una prohibición, prohibición de suponer los antecedentes del nuevo derecho».

³. J. E-M. Portalis, Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil français, presentado el 26 ventoso, año XII (17 de marzo de 1804), in Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 174.

⁴. § 3, 55 y 218 (cf. M. Pédamon, *Le droit allemand*, op. cit., p. 31).

⁵. La codificación llamada de derecho constante, de hecho no es, como intentamos demostrarlo, nunca verdaderamente de derecho constante (cf. *infra*, p. 194 y ss.).

⁶. *Rev. fr. dr. adm.*, 2000, p. 497.

aquellas varias décadas más jóvenes; salvo por la mantención expresa de una referencia al menos cronológica, tal como las codificaciones romanas¹. El codificador francés contemporáneo ha intentado, todo lo bien que ha podido, poner en práctica esta modalidad al proponer que todo nuevo código lleve tablas de concordancia que indiquen para cada artículo adoptado su texto de origen². Asimismo, el código borra la marca de los hombres: textos conocidos por el nombre de su ideólogo, aquel que inevitablemente influenció el texto, se funden a partir de ese momento dentro de una numeración anónima. El código borra el recuerdo de las circunstancias: el origen de un texto, los eventos que pudieron presidir su adopción, desaparecen en una masa uniforme. Finalmente, el código borra los vínculos entre los diferentes artículos de una misma ley, de ahí viene la sugerencia del codificador francés contemporáneo: buscar, en la medida de lo posible, «una presentación que mantenga la unidad de las grandes leyes fundadoras de una materia»³. Esta amnesia, generada por el efecto de ruptura de la codificación, ha sido denunciada porque perjudica tanto la comprensión de un texto como su interpretación⁴.

La realidad de este efecto de ruptura generado por toda codificación fue cuestionado por la Escuela histórica, y en particular por Savigny, quién por ejemplo observa a propósito del Código civil francés, que⁵: «Los redactores del

¹. Los códigos teodosianos o justinianos conservan una clasificación cronológica de las constituciones imperiales censadas al interior de cada título (cf. *infra*).

². Circular de 30 mayo de 1996, art. 2. 3. La justificación es clara: evitar esta «pérdida de referencia a la disposición codificada», la fecha de voto o de promulgación de una disposición era un «elemento de interpretación para el que debía aplicarla». *Adde*: Onzième rapport annuel, 2000, ed. JO, 2001, p. 14: «las tablas de concordancia son herramientas indispensables para todos los profesionales del derecho, y su publicación, concomitante a aquellas de los códigos también es indispensable».

³. Circular de 30 mayo de 1996, art. 2. 1. 3.

⁴. Cf. por ejemplo, Y. Guyon, *Le Nouveau Code de commerce et le droit de sociétés*, *Rev. des soc.*, octubre-diciembre de 2000, p. 652: «El conocimiento de las sucesivas modificaciones de un texto es necesario para la comprensión de su redacción actual... Por la misma razón será más difícil saber si tal o cual regla tiene un origen interno o es fruto de la transposición de una directiva comunitaria. Por lo tanto, las unas y las otras no se interpretan de la misma manera». (De manera general, ad. G. Timsit, art. citado, p. 88).

⁵. *Traité du droit romain*, trad. Guenoux, t. 1, p. 195. *Adde*: A. Vigie, *De la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 1, p. 27: «El Código no fue una obra revolucionaria ni el producto de una voluntad arbitraria o de un sistema filosófico: fue más bien el resultado del desarrollo progresivo del Derecho, que se manifestó bajo una nueva forma».

Código no quisieron abolir la antigua jurisprudencia y, sin duda, confiaban en su permanencia, cuando trataban muy brevemente muchas materias tan importantes del derecho. Sus expectativas no fueron equivocadas: la nueva literatura se vincula tanto a la antigua, que cuesta creer que ellas estén separadas por el gran evento de la promulgación de un Código». Un código sólo puede inscribirse en la prolongación del derecho anterior. Manifestación de esta continuidad, la Escuela histórica postula una interpretación de los códigos en referencia al pasado: «Es evidente que nuestros Códigos hunden en el pasado todas sus raíces. No examino si ahí está su fuerza o su debilidad, me basta decir que no conoceremos nunca el verdadero espíritu de nuestros Códigos, si no nos remontamos mucho más allá de las discusiones del *Consejo de Estado*»¹. En este sentido, tras el centenario del Código civil francés, se propuso la publicación de una edición histórica del código, indicando respecto de cada artículo el texto de origen y las modificaciones ulteriores, eventualmente realizadas a fin de facilitar su interpretación².

Esta continuidad entre un código y el derecho que le precede no puede ser cuestionada, sin embargo, ésta no excluye el efecto de ruptura; su complementariedad constituye, al contrario, la garantía de una codificación exitosa gracias a «la realización de una cierta armonía, establecida por el sentido del presente, por la relación con el pasado, por la previsión del futuro³».

La aparente paradoja, fue destacada por el propio Portalis: «Si es posible decir que no hay nada nuevo, ya que el presente siempre tiende más o menos al pasado; también es posible decir que no hay nada antiguo, porque las instituciones o las costumbres más antiguas son, desde sus orígenes, constantemente modificadas por las instituciones o por las costumbres

¹. E. Laboulaye, «Introduction», *Revue de législation ancienne & moderne, française et étrangère*, año 1870-1871, p. 9.

². A. Vigie, art. citado.

³. F. Terré, *La codification, European Review of Private Law*, 1993, p. 39

presentes»¹. Se debe mantener «la ilusión, a menudo atesorada, de que existe un corte radical con el pasado»²: con un código aparece un mundo nuevo, un sistema nuevo, pero que se alimenta de las ruinas de aquel que reemplaza. Como lo había señalado el Decano Vedel: «Toda revolución es, a la vez, ruptura con la tradición y utilización de esta tradición»³.

Las codificaciones-compilación constituyen evidentemente el modelo más pertinente; en el caso inglés, por ejemplo, las codificaciones son interpretadas a la luz de la jurisprudencia anterior que subsiste, constituyendo el fundamento mayormente citado por los magistrados de esas nuevas reglas: «En lugar de marcar una ruptura o un nuevo comienzo, la ley de codificación inglesa se inscribe en la trama del desarrollo jurisprudencial»⁴. Numerosas codificaciones-compilaciones no cortan el cordón umbilical con el origen de los textos compilados. Por ejemplo, el *Corpus juris canonici* tuvo cuidado de conservar la individualidad de cada una de sus fuentes.

Incluso los códigos que deliberadamente buscan romper con el pasado, se inspiran y se inscriben en su continuidad. Por ejemplo en *Le Livre du centenaire*, Adhémar Esmein demuestra que existen pocas innovaciones aportadas por el Código civil francés: «Casi todo lo que contiene fue proporcionado por el derecho pasado -el Antiguo derecho francés- o por el derecho de la víspera -el de la Revolución; los elementos nuevos se reducen a pocas cosas»⁵. René David profundiza en este sentido al ver el código civil como algo mucho más cercano a una «conclusión natural, prácticamente obligada, del estado de cosas anterior» y «de ninguna manera, como una ruptura total con la tradición que deja de subsistir»⁶. Además extiende su observación a otros códigos napoleónicos: el Código de procedimiento civil «no

¹. Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil, in J. E. M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1989, p. 75.

². F. Terré, *La codification...*, art. citado, p. 40.

³. G. Vedel, *Droit constitutionnel*, 1949, p. 51, citado por G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 7.

⁴. Cf. O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 718.

⁵. A. Esmein, L'originalité du Code civil, *Livre du centenaire*, op. cit., p. 5.

⁶. R. David, *Le droit français*, t. 1: *Les données fondamentales*, LGDJ, 1960, p. 12.

es más que una nueva edición, apenas refrescada y modernizada de la Ordenanza de 1667 sobre el procedimiento civil de Colbert»; el Código de comercio reproduce igualmente las ordenanzas de Colbert sobre el comercio y la marina¹. Asimismo, se ha podido constatar a propósito del Nuevo Código penal francés de 1994, que pese a ser adoptado, luego de un cambio político fundamental en la V República, «en sus estructuras y en gran parte de su contenido, existe una continuidad con aquel que reemplaza»; las repeticiones de textos anteriores son, finalmente, más importantes que las innovaciones².

Ejemplos extremos sirven para ilustrar el vigor de esta continuidad: algunos autores observaron lazos innegables entre los códigos adoptados por el régimen soviético y el derecho ruso anterior³, incluso entre el Código de la República democrática alemana de 1975 y el derecho romano⁴; y de manera más general, la instauración del derecho socialista en Europa central y oriental no hizo del pasado tabla rasa, no dudando en mantener ciertas instituciones del derecho capitalista que le había precedido⁵... ¡Tal como los códigos adoptados con la caída del comunismo, se inspiraron parcialmente de codificaciones elaboradas por los regímenes que acababan de ser derribados⁶! El Código penal ruso de 1996 no constituye más que la extensión del Código de 1960, del

¹. *Ibid.*, p. 14.

². P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 13, citando a los parlamentarios para quienes, «este código, no es la revolución». En el mismo sentido, M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal*, Avant-propos, *Rev. sc. Crim.*, 1993, p. 436.

³. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 3, n° 890.

⁴. Cf. J. Gaudemet, La codification. Ses formes et ses fins, in *Sociologie historique du droit*, *op. cit.*, p. 127, n. 1: por ejemplo, este código no admite el acto de alienación abstracta, y exige el pago del precio para que la propiedad de la cosa vendida, sea adquirida por el adquirente.

⁵. Cf. Y. Eminsecu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, LGDJ, 1980, pref. D. Tallon, p. 29, que citan la exposición de motivos del código civil húngaro de 1959, revelador de este estado de hecho: «La comisión examinó con cuidado si ciertas instituciones arraigadas en el derecho húngaro y debidamente transformadas en la mayoría de los casos -eran adecuadas o no para favorecer la evolución social; o si su exclusión o reemplazo por instituciones enteramente nuevas no conllevaría desventajas que convendría evitar». Tal fue por ejemplo el caso para numerosas normas de derecho sucesorio.

⁶. Cf. G. Ajani, La circulation des modèles juridiques dans le droit postsocialiste, *RID comp.*, 1994, p. 1087 y ss.

que se inspira tanto en el fondo como en la forma¹, y su homólogo civil del mismo año no se aleja de la tradición del derecho socialista². En la misma línea, el *jasaq* adoptado por Gengis Khan, pese a no ser sospechoso de excesivo conservadurismo, sólo confirma los usos mongoles anteriores³.

Efecto de ruptura, pero también efecto de cristalización: la codificación tiende a fijar, a petrificar el derecho que ella promulga.

2. Efecto de cristalización

El Código parece un «símbolo del tiempo detenido», según los términos del decano Carbonnier⁴. Los años que siguen a la adopción de un código son escasos en reformas, como si la codificación hubiese agotado toda la energía legislativa. Autores observaron, por ejemplo, que el conjunto de diarios oficiales publicados entre 1804 y 1850, contenían menos leyes de las que son publicadas hoy, en un solo año⁵, aunque se haya escrito que «si, durante un siglo, el derecho civil cambió poco en Francia, esto se debe a la estabilidad de la sociedad más que a una puerta de bronce cerrada por el Código»⁶. La misma constatación fue realizada respecto de otros códigos: el Código civil Suizo fue poco reformado hasta 1960⁷; la actividad legislativa en los años que siguieron la adopción del Código de derecho canónico de 1917 fue muy reducida;⁸ el Código civil griego fue levemente retocado en sus treinta primeros años⁹... Las

¹. L. Golovko, *Le Nouveau Code pénal de Russie*, *Rev. sc crim.*, 1997, p. 577: «El nuevo Código no destruye totalmente el edificio del derecho penal soviético, de ello proviene la gran influencia del sistema anterior, y por tanto la continuidad del derecho penal».

². D. Tallon, *Le point de vue d'un expert étranger pour la codification du Code civil en Russie*, *RID comp.*, 1997, p. 540.

³. M. Hoang, *Gengis Khan*, Fayard, 1998, p. 197.

⁴. J. Carbonnier, *Le Code civil*, in *Les lieux de mémoire*, bajo la dir. de P. Nora, II, *La Nation*, 2: *Le territoire, l'État, le patrimoine*, Gallimard, 1986, p. 308, a propósito del código civil francés.

⁵. J. Ghestin, Goubeaux, y Fabre Magnan, *Introduction générale*, 4^o ed., LGDJ, 1994, n^o 150.

⁶. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, *op. cit.*, p. 215.

⁷. Cf. *Juris- Class.*, *Droit comparé Suisse*, n^o 15.

⁸. P. Toxé, *La codification en droit canonique*, art. citado, p. 212.

⁹. Cf. *Juris- Class.*, *Droit comparé, Grèce*, n^o 7.

incesantes reformas del derecho de familia en Francia, que siguieron de cerca su recodificación, no pueden ser consideradas como un ejemplo *a contrario*, puesto que estas reformas intentan inscribirse en la continuidad de esa recodificación; constituyendo más bien, una prolongación¹.

Este efecto de cristalización parece ciertamente menor respecto de las codificaciones-compilación, una simple recopilación del derecho existente no agota la necesidad de adaptación de los textos: un autor observó que en 1996, 1500 disposiciones de códigos fueron modificadas², y otro autor señalaba que en dos años, el Código de consumo experimentó 21 modificaciones substanciales³. Sin embargo, la voluntad de los codificadores de derecho constante de paralizar el derecho existente o al menos de frenar su evolución es evidente: «Fijando el estado presente del derecho, en una especie de instantánea codificada, se espera limitar una carrera descontrolada»⁴. Los comentaristas de los códigos de derecho constante, recientemente adoptados, no se equivocaron al observar de manera crítica que estos corrían el riesgo de «petrificar las disposiciones legislativas que no siempre corresponden a las necesidades de una economía moderna»⁵.

El efecto de cristalización es particularmente cuestionado por Savigny; para éste el Código de Napoleón impuesto en Alemania, impide la evolución natural del derecho, determinada por la voluntad del soberano; quién actúa según su honor y convicción, es decir, siguiendo la voluntad general⁶. Esta crítica de Savigny es bastante influyente: luego del centenario del Código civil francés, varios opositores a la revisión de la codificación napoleónica, como

¹. En este sentido, H. Lécuyer, *Le devenir de la recodification du droit de la famille*, *Droit de la famille*, junio, 1997, p. 10: «... las leyes contemporáneas no son "leyes de segunda generación" que participan de un movimiento tendiente a cuestionar los cimientos y la armadura del edificio originario. Substancialmente, son, en sus aspectos fundamentales, leyes de conclusión, de clausura, que obran en la continuidad».

². G. Braibant, *La problématique de la codification*, art. citado, p. 166.

³. S. Guy, *Une utopie: la codification*, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1996, n° 26, p. 289.

⁴. F. Ost, *Le temps du droit*, O. Jacob, 2000, p. 236.

⁵. Y. Guyon: *Le Nouveau Code de commerce...* art. citado, p. 648.

⁶. Cf. Z. Krystufek, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, 1996, p. 65. Cf. *supra*.

Eugène Gaudemet o Marcel Planiol, retoman este argumento, que se encuentra aún más claramente bajo la pluma de Thaller, quien afirma que «la codificación inmoviliza el derecho» y que ella «lo haría alejarse de su economía histórica»¹. Hoy todavía algunos autores rechazan esta «funesta empresa» que sería la codificación, que conlleva la «esclerosis» del derecho². La cristalización impide la adaptación progresiva del derecho a sus costumbres. Como observaba Salleilles: «El peligro de los códigos es... establecer una separación artificial y funesta, a veces incluso una auténtica oposición entre el derecho y las costumbres, entre la ley y la equidad, entre los textos que expresan el derecho y las nuevas necesidades que lo crean»³.

Tales argumentos son esgrimidos para oponerse a una eventual codificación del derecho internacional privado: la codificación constituiría una prisión para los jueces⁴ y frenaría el movimiento de unificación de la materia⁵. Asimismo, los opositores a la codificación de derecho administrativo señalan que el carácter evolutivo de la materia constituye un obstáculo dirimente para la elaboración de un código. Letourneur observa así: «Por su esencia misma, el derecho administrativo es un derecho de transformación continua... que no toleraría ser coartado sin peligro grave, tanto para el poder público como para los individuos, lo que se opone a toda idea de codificación»⁶. Con frecuencia, este argumento es también utilizado por defensores del *Common law*, a fin de criticar más efectivamente el *Civil law*. «¿Cómo se puede formar de antemano un código destinado a regular las transacciones futuras de un pueblo? ¿No

¹. E. Thaller, Rapport préliminaire sur la question de la révision du Code civil, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 497.

². M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, ed. 2001, n° 237.

³. R. Salleilles, *Introduction à l'étude du droit allemand*, op. cit., p. 89.

⁴. Éste fue el argumento de un tercio de los miembros del comité francés de derecho internacional privado, luego de la votación del proyecto Niboyet de 1954 (cf. D. Bureau, La codification du droit international privé, art. citado, n° 37).

⁵. Cf. D. Bureau, La codification du droit international privé, art. citado, n° 45: «Los países que recién han introducido una ley de derecho internacional privado, tenderán a insistir en las soluciones que acaban de consagrar y no querrán abandonarlas por soluciones convencionales».

⁶. M. Letourneur, Réflexions sur la codification en droit administratif, *Mélanges J. de la Morandiere*, 1964, p. 281.

sería acaso necesario derogar cada año una parte considerable de leyes, y sustituirlas por otras más adecuadas a los cambios continuos que ocurren?», se pregunta por ejemplo, Charles Cooper, un abogado inglés del siglo XIX¹. Este argumento alimenta, incluso en la actualidad, las dudas sobre la utilidad de la codificación² y las reservas de ciertos «*codigoescépticos*»³ frente a las codificaciones contemporáneas⁴. Igualmente, es invocado para oponerse a una codificación europea. Según el Prof. Philippe Malaurie, «la codificación europea de las obligaciones arrastraría, probablemente, como toda codificación, una rigidez y una abstracción del derecho: Europa no tiene necesidad de ser estática y conceptual»⁵.

Este efecto de cristalización no pareciera, sin embargo, estar desprovisto de ventajas: una codificación instaura una pausa indispensable, que da seguridad en la evolución del derecho. El aura conferida a un código le da vocación para ser aplicado durante mucho tiempo: como se ha bellamente observado, «estaría en su vocación conocer la quinta generación, sino 100.000 soles, y si se comprueba después de un gran postergación, ellas abren una nueva era de realización, la seguridad jurídica ganaría, después de la renovación»⁶.

Igualmente se ironizó sobre este efecto de cristalización: «Si fuese verdad, después de todo, sería tanto mejor; en efecto, uno de los grandes reproches que se le hace actualmente al derecho es su muy rápida evolución»⁷.

¹. Lettres sur la Cour de la chancellerie et quelques points de la jurisprudence anglaise, citado por P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, «Que sais je», 1999, p. 45.

². Cf. *La codification forme dépassée de législation?*, XI et XII Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Milan y Caracas, 1982.

³. N. del T.: Neologismo que alude a aquellas personas escépticas de todo código.

⁴. Cf. por ejemplo, para la codificación de derecho canónico, los autores citados por P. Toxé, *La codification en droit canonique*, *Rev. fr. d'adm. pub.*, n° 82, 1997, p. 210.

⁵. P. Malaurie, *Le Code civil européen des obligations et des contrats*, *JCP*, 2002, I, 110, n° 11, que agrega: «La codificación es una idea tradicional que devino antigua y arcaica, que ya no corresponde a las necesidades de Europa... El codificador europeo sería posiblemente un excelente codificador, y un buen modificador, que arriesga ser un peligroso petrificador».

⁶. G. Cornu, *Codification contemporaine: valeurs et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 365.

⁷. G. Braibant, *Utilité et difficulté de la codification*, art. citado, p. 65.

Aún más, la codificación, cristaliza el derecho existente, pero no lo paraliza por siempre: facilita su conocimiento, permite descubrir sus imperfecciones, punto de partida de una nueva reforma¹.

Las consecuencias de la cristalización son acentuadas por el efecto de contenido y, aún más, por el efecto de completitud que acompañan la codificación.

3. Efecto de contenido

Las funciones de la codificación pueden fundirse en el código realizado: por ejemplo, el afán de simplificar y racionalizar el derecho, perseguido por el legislador del Código de pensiones y jubilaciones civiles y militares, se confunde con él. El código no nos hace entonces ni soñar ni llorar, no es nada más que la fría y matemática suma de los artículos que lo componen. El caso es raro, con frecuencia actúa el efecto de contenido²: la inclusión de un texto en un código le da mayor autoridad. Como se constató: «una gran parte del prestigio del Código se basa no sólo en el contenido de sus disposiciones, sino también en el simple hecho de que se presenta como un Código»³. El código es entonces más grande que el conjunto de artículos que contiene. El continente trasciende, supera la suma de lo contenido. Este fenómeno no sorprende, no constituye más que la ilustración de una regla más general, propia de todo sistema en ciencias sociales o en ciencias exactas, es decir, todo conjunto organizado y poseedor de cierta unidad: «La racionalidad que se desprende de esta forma de codificación traduce, de manera ejemplar, la propiedad esencial de todo sistema, según la cual el conjunto presenta un valor más importante que la

¹. *Ibid.*, p. 66: «Es mucho más fácil hacer reformas útiles, verdaderas reformas, a partir de un código que sin un código».

². El decano Carbonnier habla más bien, a propósito del Código civil francés, «de efecto de joyero» ligado a la «majestad del título» (*Droit et passion du droit... op. cit.*, p. 8).

³. N. Rouland, *Antropologie juridique*, PUF, «Droit fondamental», 1998, n° 210.

suma de sus elementos; la sistematización misma hace surgir propiedades emergentes que cada elemento aislado, no presentaría»¹.

Este efecto de contenido es ostensible cuando la codificación trata una nueva materia, consagrando oficialmente su surgimiento y confiriéndole una cierta autonomía². A lo largo del siglo XIX, el desarrollo del derecho administrativo incitó a numerosos especialistas a reclamar una codificación de la materia, lo que permitiría, según ellos, consagrar oficialmente su importancia; y, no es anodino bajo este título que el primer tratado de derecho administrativo se haya presentado como un proyecto de código³. Hoy, los ejemplos abundan: aparecen más codificaciones debido al surgimiento de nuevas ramas del derecho. De esta manera, por ejemplo, se ha señalado que «Aunque imperfecta, la forma “Código del trabajo” demostró la existencia de un nuevo subconjunto del derecho de la República. Así como también alimenta su legitimidad, estableciendo ciertos valores de justicia, sugiriendo la imagen de un cuerpo coherente que perdurará mucho tiempo»⁴. Observaciones similares fueron realizadas a propósito del Código de consumo: «El derecho del consumo es de esta manera reconocido: mediante el toque mágico del codificador adquiere legitimidad allí donde no vivía hasta entonces, más que en una relativa penumbra»⁵. Asimismo, «la alquimia codificadora» habría permitido al Código de propiedad intelectual dar unidad, a una materia cuyas fronteras generan

¹. M. Van de Kerchove y F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1998, p. 114 (acerca de la noción de sistema, cf. p. 22 de su obra).

². F. Grua, *RTD civ.*, 1993, p. 71: «Con cada nuevo código, es una materia más que avanza hacia la autonomía, ya que toda codificación supone que las fuentes de la materia no deben ser buscadas en otro lado; sino de que serviría».

³. J.-M. Gérando, *Institut du droit administratif français ou Éléments du Code administratif réunis et mis en ordre*, Nève, 1829 (cf. G.-J. Guglielmi, L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX siècle, *Annuaire d'Histoire administrative européenne*, 1996, n° 8, p. 109 y ss.).

⁴. A. Jeammaud, La codification du droit du travail, *Droits*, n° 27, 1998, p. 168.

⁵. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1994, p. 291. *Adde*: J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 22ª ed., 2000, n° 6: «Por la promulgación de su Código, bien o mal armado, el derecho del consumo realizó políticamente una acción magistral. Se constituyó en cuerpo autónomo del derecho».

importantes controversias doctrinales¹. La adopción de un Código de medio ambiente permitiría reconocer «El valor social de los objetivos medioambientales, de inscribirlos como dimensión del bien común»². Por último, las codificaciones de derechos fundamentales que se desarrollan bajo diversas formas, hoy³ tienden, indiscutiblemente, a consagrar el surgimiento de esta nueva rama.

Una simple institución, un simple mecanismo, que se encuentra codificado, igualmente ve su autoridad reforzada. Así, la consagración de la “región” en el Código de colectividades territoriales de 1996, indiscutiblemente refuerza su existencia y su rol⁴; ésta había entrado en el campo de las colectividades locales por la puerta estrecha, la ley de 2 de marzo de 1982 sólo trataba por referencia a la “comuna” o el “departamento”. La fuerza simbólica de la codificación parece ser percibida por la opinión pública, y favorece una carrera por formar parte de un código de reconocido prestigio: luego de los debates precedentes a la adopción del PACS⁵, se apreció claramente que los grupos de presión homosexuales no podían satisfacerse con una ley especial, que les habría asegurado los mismos derechos: les hacía falta «la pompa del Código civil»⁶ que sólo podía consagrar, simbólicamente, el reconocimiento del concubinato homosexual.

El efecto de contenido adquiere un vigor aún mayor respecto de ciertas codificaciones que alcanzan una verdadera dimensión simbólica⁷. Ésta puede

¹. V.-. L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, bajo la dir. del *Procureur Général de la République*, A. Francon, La Documentation française, 1999, p. 9.

². P. Lascoumes, G. Martin, Des droits éparés au code de l'environnement, *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 326.

³. Cf, por ejemplo, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOCE*, C 364, 18 de diciembre de 2000, p. 1.

⁴. E. Catta. Codification et changement, *Les Petites Affiches*, 15 de abril de 1999.

⁵. N. del T.: Pacto civil de solidaridad, contrato celebrado entre dos personas mayores de edad, cualquiera sea su sexo, para organizar su vida en común. Institución incorporada al Código civil francés en 1999.

⁶. P. Catala, Critique de la raison médiatique, *Droit de la famille*, diciembre, 1999, p. 60.

⁷. Cf. J. Carbonnier, *Le Code civil*, in P. Nora, *Les lieux de mémoire*, *op. cit.*, p. 305: «Pueden encontrarse disposiciones de naturaleza bien distinta: se les dice "simbólicas", ya que ellas están destinadas a llevar la imaginación

provenir de un vínculo de filiación con un poder sobrenatural: los primeros códigos del Medio Oriente se someten a la autoridad de los Dioses, y esta inspiración divina es aún evidente en el *Corpus juris civilis*. Esta sacralización del código no es ajena a, por ejemplo, la dimensión simbólica adquirida por el Código de Hammurabi o la Ley de las XII Tablas durante toda la Antigüedad¹, incluso aquella del *Corpus juris civilis* durante la Edad Media y el Renacimiento. Pero la referencia divina no es capaz de explicar todo. La dimensión simbólica puede derivarse, más prosaicamente, de su propio éxito. Como un autor constató, «existe un efecto multiplicador que es inherente a las codificaciones exitosas: la ley se populariza; la conciencia jurídica difusa es substituida por la convicción de poder sostener el derecho entre las manos. Poco importan entonces las banalidades comprendidas en el molde: ellas adquieren, por el prestigio del continente, un poder de acción, de fascinación, que es como un segundo nacimiento²; el éxito del código entonces es medido por su capacidad de adaptación, por su vida útil³. Estas observaciones, realizadas por el decano Carbonnier, a propósito del Código civil francés, ciertamente tienen un alcance general⁴.

El aura del *Corpus juris civilis* -por mucho tiempo erigido en modelo para los codificadores de los siglos siguientes⁵ y cuyo prestigio ha sobrevivido hasta nuestros días, como lo demuestra la iconografía⁶-, se explica por su éxito e influencia sobre el derecho de la mayoría de los países europeos.

de los sujetos más allá de los resultados precisos que ellas prescriben». Adde: R. Cabrillac, *Le symbolisme des codes, Mélanges F. Terré*, PUF, Dalloz, *Juris-Class.*, 1999, p. 211 y ss.

¹. Cf. *supra*.

². J. Carbonnier, *Le Code civil des Français a-t-il changé la société européenne?*, *D*, 1975, 172.

³. J. Carbonnier, v. *Codification* in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, PUF, 1996: «Cuando un código ha vencido el desgaste de la evolución por una resistencia secular, adquiere quizás estatus de libro canónico, una suerte de nobleza que lo deja fuera del paso del tiempo».

⁴. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 84: «Es posible reconocer, toda vez, que se consideren los códigos más antiguos y los más venerados, que su valor en la práctica es superior a aquel de otras leyes: los juristas tienen una tendencia natural a otorgar un mayor valor a los principios establecidos en estos códigos, por que ellos los han especialmente estudiado, y les parecen por esta razón, más justos en su inspiración que las leyes particulares».

⁵. Cf. *infra*, p. 162.

⁶. Cf. *infra*, p. 167.

Asimismo, la dimensión mística adquirida por el Código civil francés - «símbolo en sí, incluso antes de que fuese abierto... a la vez libro-símbolo y libro de símbolos»¹, también erigido en modelo para el futuro² y cuya aura es igualmente perpetuada por la iconografía³- «no proviene únicamente del vigor técnico de sus artículos»⁴, sino que también de sus cualidades, que le aseguraron su permanencia y difusión en el mundo.

Un ejemplo más reciente, y por tanto menos característico al no haber adquirido aún la consagración de los siglos, un autor observó un «proceso de idealización doctrinal» del Nuevo Código de procedimiento civil francés⁵.

El código devenido símbolo exagera las pasiones. Entonces, no es sorprendente encontrar el Código civil francés en el corazón de la intriga de un gran número de obras románticas durante todo el siglo XIX: es banal constatar su omnipresencia en la *Comédie humaine* por ejemplo⁶, puesto que es posible observar que, en las novelas de Alexandre Dumas, «la mayoría de los personajes han leído el Código, y poseen una pequeña edición de bolsillo a la que siempre recurren en el momento psicológico...»⁷.

Pasiones odiosas a veces: el Código civil francés, por ejemplo, no escapa del odio⁸. Así en 1904, luego del centenario, Hubertine Auclert, una militante feminista acostumbrada a perturbar la lectura del Código durante la celebración de los matrimonios en los ayuntamientos, quema un ejemplar a los pies de la columna *Vendôme*. Odio que, en este caso, se apacigua a lo largo

¹. J. Carbonnier, Le Code civil, in P. Nora, Les lieux de mémoire, art. citado, p. 305. Adde: M.-A. Frison-Roche, L'amour intéressé des lois particulières, in *L'amour des lois*, p. 345: «Unió, ... el derecho romano, en el aura mística de la ley perfecta...».

². Cf. *infra* p. 164.

³. Cf. *infra* p. 167.

⁴. N. Rouland, *Antropologie juridique*, PUF, «Que sais-je?» 2ª ed., 1995, p. 67.

⁵. L. Cadiet, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, Le code, in *Le Nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 56, y la clara comparación entre los comentarios doctrinales de los códigos luego de su adaptación y hoy.

⁶. Cf. entre otros, G. Gengembre, Honoré de Balzac: roman du droit, droit du roman, *Droit et littérature*, bajo la dir. de C. Biet, París, Honoré Champion, 2000. p. 389.

⁷. L. Frérot, *Le Code civil et les auteurs dramatiques contemporaines*, Lyon, Mougins-Russand, p. 9.

⁸. Cf. *infra*, p. 167, 179.

del siglo XX, el Código civil comparte con otros símbolos de la Nación, como el castillo de Versalles, la Marsellesa o la bandera tricolor, el extraño destino de concentrar pasiones violentas y contradictorias, antes de devenir una figura incuestionable y consensual del patrimonio nacional.

Aunque pasiones amorosas la mayoría de las veces: la historia del culto consagrada por los juristas al Código civil francés, a lo largo del siglo XIX e incluso en nuestros días, no necesita ser descrita¹. Esta pasión rebasa de antemano las fronteras del pequeño mundo del derecho, puesto que, historiadores, como Adolphe Thiers en su *Histoire du Consulat et de l'Empire* (1849), Edgar Quinet, o incluso Hyppolite Taine en *Les Origines de la France contemporaine* (1892), son partícipes durante todo el siglo XIX² de esta sacralización del Código.

Estas pasiones que suscita el código conducen a consecuencias técnicas opuestas. Así, pueden contribuir a frenar toda reforma que sea capaz de atentar contra el símbolo; o al contrario, permitir su supervivencia, obligando a incorporar toda modificación en su estructura³. La dimensión simbólica que adquiere un código, por lo general influye en las codificaciones de otros sectores del derecho. Por ejemplo, el prestigio de las codificaciones napoleónicas contribuyó a la identificación del código con el derecho privado en Francia en siglo XIX, explicando la hostilidad de ciertos publicistas respecto de una eventual codificación del derecho administrativo; esto significaría, según ellos, fundir su autonomía en una técnica de derecho privado puro⁴. Así mismo, el código que se convierte en símbolo, puede transformarse en el único modelo posible, explicando así, en parte, la hostilidad generada para con otros métodos

¹. Cf. *infra*.

². Cf. por ejemplo, A. Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. 3, p. 344: «El Código civil sería “el Código del mundo civilizado moderno”, agregando “era imposible hacerlo de otro modo o mejor”».

³. Cf. *infra*. p. 126 y ss.

⁴. Cf. T. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes de droit public*, París, Fontemoig, 1897, p. XXVIII: «El derecho público, del que el derecho administrativo es parte, tiene principios que le son propios, distintos de aquellos del derecho privado. Por su objeto y su naturaleza, sus principios son refractarios a los contornos del derecho civil».

de codificación; como por ejemplo, las críticas formuladas por la doctrina francesa contemporánea, marcadas por el modelo napoleónico, contra las codificaciones contemporáneas de derecho constante¹.

Más allá de esto, este efecto de contenido sólo puede conducir a otra interrogante de orden más técnico: ¿Es necesario reconocer a los códigos una autoridad superior a aquella de las leyes ordinarias? ¿Tienen los códigos una posición privilegiada en la jerarquía de las normas? ¿Deben ellos, por su generalidad, en oposición a las leyes ordinarias de ámbito más limitado, recibir una interpretación extensiva? ¿Acaso no escribió el decano Carbonnier que el Código civil es «la verdadera constitución»² de Francia? La pregunta puede ser alterada por las interferencias entre los códigos y ciertos principios generales que estos consagran y que tiene una autoridad supra-legislativa. Un código puede tener una autoridad moral, política o sociológica equivalente a una constitución, sin embargo una respuesta negativa se impone en el plano estrictamente jurídico. El propio decano Carbonnier observa respecto del Código civil francés, aunque a algunos de sus artículos se les reconoce valor constitucional³, su observación tiene alcance general: el efecto de contenido no modifica nada la autoridad jurídica de los códigos⁴. El nuevo Código civil de Québec así lo reconoce expresamente: su artículo primero precisa que el Código establece el «derecho común» y «constituye el fundamento de otras leyes»; sin embargo agrega que éstas otras leyes «pueden agregar o derogar en el código», poniéndolas en un pie de igualdad con éste.

¹. Cf. infra, p. 190 y ss., específicamente p. 191.

². Le Code civil, in *Les lieux de mémoire*, artículo citado, p. 309: «Materialmente, sociológicamente si se prefiere, tiene el sentido de una constitución, ya que en él se recopilan las ideas a través de las cuales la sociedad francesa se constituyó al terminar la Revolución y continúa constituyéndose hasta nuestros días incluso, desarrollando sus ideas, quizás transformándolas, sin jamás haberlas renegado».

³. *Ibid.*, «Nadie pretende que, en la jerarquía actual de las normas escritas, el Código civil tenga formalmente naturaleza constitucional».

⁴. En este sentido, R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., n° 84.

Parece entonces que la única consecuencia técnica directa de este efecto de contenido, es el poder de infundir el espíritu general del código a los textos que le son incorporados posteriormente. De este modo, por ejemplo, los textos incluidos en el Código civil francés desde 1804, al imbuirse de su espíritu, no han perjudicado su unidad. Igualmente se observó que mediante el *Corpus juris civilis* Justiniano habría «transformado a las *prudentes* y a los emperadores del pasado en portavoces de su política legislativa¹».

Los efectos de ruptura, de cristalización y de contenido inherentes a la codificación incitan un efecto de completitud.

4. Efecto de completitud

Los codificadores persuadidos que su «niño» -el psicoanálisis sin duda no les sería inútil- ha alcanzado la perfección, tienden a considerarlo como un universo autónomo que se bastaba a sí mismo. El código constituye un conjunto completo y por lo tanto cerrado, excluyendo todo llamado a reglas exteriores. Quien ha visto el orgullo del estudiante de primer año, estrechando fervorosamente su pequeño libro azul o rojo, afirmando con aire perentorio: «¡No tengo necesidad de revisar, todo está en el código!», puede calcular que este efecto de completitud pareciera ser ampliamente compartido por los utilizadores de los códigos. Se ha escrito²: «El código es un libro», es el Libro del derecho, y ¿el Libro no acaso simboliza la revelación³?, ¿la única clave que permite descifrar el Universo?; de hecho, éste último es representado con

¹. J. Carbonier, v. *Codification*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, PUF, 1996.

². G. Cornu, *Codification contemporaine: valeur et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 368.

³. Cf. la elocuente metáfora religiosa de Portalis: «El descubrimiento de la Compilación de Justiniano que hicieron nuestros antepasados, fue para ellos una suerte de revelación» (Discurso preliminar pronunciado luego de la presentación del proyecto de la comisión de gobierno, in *Naissance du Code civil*, *op. cit.*, p. 51).

frecuencia como un libro, con la forma de un cuadrado, imagen de plenitud¹, y cuyo valor se mide por los inmensos esfuerzos que requiere su adquisición²? El código es igualmente concebido como un mundo cerrado, como señalaba Max Weber: «La codificación pretende ser exhaustiva y cree poder serlo»³. El código parece la más idónea traducción de la idea de sistema en el ámbito jurídico: «El código constituye un sistema, es un conjunto, que contiene otros conjuntos que se subordinan y se coordinan»⁴.

Sin siquiera evocar la utopía de códigos que pretenden abarcar la totalidad del derecho⁵, todo código intenta ser más o menos exhaustivo en su ámbito: entre otros ejemplos, el Código de Hammurabi considera dos hipótesis fantásticas e imposibles, a fin de prever todo, por el afán de ser lo más completo posible⁶; ambición incluso más flagrante en el *ALR* prusiano de 1794, que pretende circunscribir todo el derecho civil en sus 19.000 artículos. La «casuística abstracta»⁷ que caracteriza muchas codificaciones, en particular en la tradición germánica⁸, traduce claramente la voluntad de sus redactores de regular mediante disposiciones abstractas todas las situaciones que podrían presentarse, a fin de evitar la iniciativa excesiva de los jueces. Asimismo, si los redactores del Código civil francés, cautelosos respecto del papel de la jurisprudencia, incluyen el artículo 4, que proclama que el juez no puede negarse a juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o de insuficiencia de ley, es porque conciben al código como un sistema completo, suficiente para resolver el conjunto de situaciones que se presentan a los magistrados. Como

¹. *Le monde de symboles*, Zodiaque, 3^o ed., 1981 p. 101.

². Cf. A. Maalouf, *Le périple de Baldassare*, Grasset, 2000, p. 117: «deberíamos doblar nuestros esfuerzos, estar listos para soportar otros sufrimientos, otras decepciones, a fin de merecer nuevamente la recompensa suprema, el libro salvador».

³. M. Weber, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 204.

⁴. J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Alcan, 1926, p. 12. Adde: J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, PUF, Thémis, 24 ed., 1999, n^o 113: «La codificación es más que un múltiplo de la ley. En ella existe espíritu de sistema y de totalidad». Cf. igualmente R. Sève, *Système et code*, *APD*, 1985, t. 30, p. 78 y ss.

⁵. Cf. *infra*, p. 255.

⁶. J. Bottéro, *Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Folio-Histoire, 1998, p. 319.

⁷. Formule de Gierke à propos du BGB, citado por M. Pedamon, *op. cit.*, p. 37.

⁸. Cf. *infra*, p. 267.

señala Christian Atias: «el sueño se habría convertido en mito cuando los contemporáneos del código civil creyeron que éste (el código) era el derecho civil y lo contenía por completo»¹. Incluso las codificaciones contemporáneas de derecho constante persiguen este ideal de completitud. Tal es por ejemplo, el caso del Código de justicia administrativa de 4 de mayo de 2000, queriendo bastarse a sí mismo², suprime todos los reenvíos al Código de procedimiento civil, del que procedían los textos anteriores. Como se escribió, «el Código cierra el espacio del derecho»³. El libro de la selva ya lo señalaba: «La ley de la selva -que es por lejos la más antigua del mundo- previó casi todos los accidentes que podían ocurrir al Pueblo de la selva; y ahora su código es tan perfecto como lo han permitido el tiempo y la práctica »⁴.

El código es todo el derecho, así lo demuestran las prohibiciones de recurrir a otros textos, o a textos recién derogados, los que con frecuencia son eliminados por los codificadores. Justiniano amenaza con las penas previstas para el crimen de falsificación, a aquellos que se basaran en textos derogados⁵ en el curso de un juicio; y Teodosio, antes que él consideraba estos textos como falsos desde el momento en que no están contenidos en su *Codex*⁶. Pussort, jefe de obra de las ordenanzas de Colbert, considera «prohibir citar toda ley u ordenanza que no sea la vigente después de su publicación»⁷. Al margen del código, el resto no interesa: los codificadores franceses

¹. C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 1999, p. 255.

². R. Chapus, *Lecture du Code de justice administrative*, *Rev. fr. dr. adm.*, 2000, p. 938.

³. D. de Béchillon, *L'imaginaire d'un code*, *Droits*, 1998, n° 27, p. 175, que señala: «Las líneas cúbicas del Código Dalloz, al igual que las aristas de una pirámide, dejan ver la última demarcación de la parte interior y de la exterior, absoluta, definitiva y sin espacio intersticial».

⁴. Citado por P. Malaurie, *Les enjeux de la codification*, *AJDA*, 1997, p. 642. *Adde*: A. Sériaux, *Un code pour l'univers*, *Droits*, 1997, n° 24, p. 126: «Todo código descansa sobre una totalización: codificar es a la vez una obra totalizadora y totalitaria».

⁵. «Nosotros prohibimos expresamente a los jurisperitos tener la osadía de agregar sus comentarios, y de difundir, por su palabrería, la confusión en esta recopilación... aquellos que osen efectuar semejantes comentarios, serán culpables del crimen de falsificación, y sus obras serán quemadas» (prefacios del Digesto, citado por N. Rouland, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 29).

⁶. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 191.

⁷. Citado por H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant le Code civil*, París, 1910, p. 22.

contemporáneos consideran como indispensable que toda modificación opere en el código y no fuera de éste.¹

De esta manera, se explica la desconfianza, incluso la hostilidad de los codificadores para con los intérpretes, el decano Carbonnier ve la marca «de un subconsciente celoso»². Enterándose Napoleón que Maleville acababa de publicar, en 1807, su *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*³, exclamó: «¡Mi Código está perdido!»⁴. Así, Montesquieu enunciaba que «Los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor»⁵. La fórmula de Le Chapelier sobre el rol de la jurisprudencia se volvió famosa por su brutalidad: «El tribunal de casación no debe tener jurisprudencia propia. Si esta jurisprudencia de los tribunales, la más detestable de las instituciones, existiera en el Tribunal de casación, debiera ser destruida»⁶.

Esta hostilidad se traduce concretamente en la instauración de límites a los poderes de los intérpretes, lo que se encuentra a lo largo de toda la Historia: se prohíbe todo comentario o interpretación al código, a menos que sea sometida al mismo codificador.

Justiniano afirma ya en los prefacios del Digesto que «cuando se encuentre algún problema en nuestras leyes, los jueces harán... su informe al Príncipe, y el sentido de las leyes será fijado por el soberano, ya que sólo él tiene el derecho de hacer las leyes y de interpretarlas»⁷. Pussort al proponer a Luis XIV la adopción de un código completo de legislación, prevé la prohibición «de hacer cualquiera nota, comentario, o recopilación de sentencias bajo pena

¹. Circular de 30 de mayo de 1996, art. 4. Este deseo no siempre es realizado en la práctica (cf. *infra*).

². J. Carbonnier, v. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y s. Rials, *op. cit.*: «Hay en las codificaciones un subconsciente celoso. Se traduce en una rabia hereditaria que algunas manifiestan respecto de algunos comentaristas que anticipan les rondarán».

³. Garnery y Laporte, París, 3 t.

⁴. Citado por J.-M. Carbasse, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 203. Las inquietudes del emperador son parcialmente justificadas; Maleville no vacila en hacer un amplio análisis del Antiguo derecho y agregar a su comentario algunos de los primeros fallos dictados por la Corte de casación (cf. su prefacio, t. 1, p. 5 y ss.).

⁵. *De l'Esprit des lois*, Libro XI, cap. VI.

⁶. Citado por A. Tunc, *La Cour de cassation en crise*, *APD*, 1985, p. 158.

⁷. Citado por N. Rouland, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 29.

de castigo»¹. En su *Préface d'un nouveau code adressé à l'empereur Léopold*, Leibniz plantea que «para que el derecho en la República sea cierto, es preferible que por un edicto se le quite a los juristas y a los jueces todo poder que tenga como resultado ya sea restringir o ampliar la ley...»². Las *Regi Constituzioni* adoptadas por Víctor-Amadeo de Saboya en 1723 prohíben a los jueces apoyarse en opiniones doctrinales, llegando incluso a prohibir toda interpretación: «Ningún magistrado o tribunal, aunque sea supremo, podrá en ningún caso, dar ninguna interpretación; no queremos que la ley esté sujeta a ninguna limitación, declaración, extensión o moderación que no emane de Nosotros o de Nuestros Sucesores»³. El Código penal adoptado en Modena, en 1771, contiene igualmente una disposición similar⁴. Los deseos de un código de leyes únicas para todo el reino se expresan en los *Cahiers de doléances*⁵ redactados en 1789, estos se acompañan a veces de la preocupación de «prohibir todo comentario sobre el Código único y nacional que Francia solicita»⁶. Retomando las prohibiciones de comentario del código previstas en el proyecto de Código Federico, elaborado por el canciller Cocceius⁷, el Código general de los Estados prusianos de 1794 dispone que quedan prohibidos el comentario y el recurso a la opinión de los doctores; el juez enfrentado a una laguna estará obligado a someterla a una comisión legislativa ministerial especialmente creada para este efecto⁸. De la misma manera, el legislador canónico quiere prohibir, o a lo menos domesticar la interpretación del código

¹. Citado por H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, París, 1910, p. 22.

². *Rationale Digestorum (1667-1680?)*, in *APD*, 1986, t. 31, p. 366, trad. R. Seve.

³. Citado por Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal?*, *op. cit.*, p. 51.

⁴. *Ibid.*, p. 84.

⁵. N del T.: Registros en los que las asambleas encargadas de elegir diputados en los Estados Generales anotaban peticiones y quejas.

⁶. *Cahiers de doléance du Tiers État à Marseille*, citado por H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, tesis, París, 1910, p. 65.

⁷. Cf. Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal?*, *op. cit.*, p. 121: el comentario está definitivamente y simplemente prohibido ya que da lugar a «disputas inútiles». La autoridad de los doctores ya no puede ser invocada ni por los abogados ni por los jueces, deben fundar sus decisiones en el Código.

⁸. *Ibid.*, p. 338.

de 1917; tal como ya lo había hecho tras la adopción del *Corpus juris canonici*¹. Un auténtico proceso sumario de consulta legislativa se pone en marcha: es creada una comisión para interpretar literalmente el código, a nombre del legislador y con su misma autoridad. Mientras que los textos oficiales imponen a la doctrina efectuar comentarios línea a línea y literales, los profesores, por ejemplo, están obligados a enseñar canon por canon². El legislador revolucionario francés quiere prohibir todo poder de interpretación a los jueces, instituyendo un proceso sumario de consulta legislativa que sobrevive relativamente las conmociones políticas: los tribunales pueden, y en ciertos casos deben, dirigirse al legislador a fin de que resuelva las dificultades de interpretación suscitadas por la ley. Todos conocen el fracaso de este proceso sumario de consulta legislativa, el legislador deja sin respuesta la mayoría de estas peticiones: este mecanismo, cae en desuso, y es definitivamente suprimido por la ley de 1º de abril de 1837. Finalmente, ciertos códigos contienen sus propias reglas de interpretación: por ejemplo, el Código civil suizo comprende un título preliminar, compuesto de 10 artículos consagrados para la interpretación de sus disposiciones; así mismo, el Código civil español contiene dos artículos (31-1 y 31-2) que enuncian reglas generales de interpretación.

Esta hostilidad hacia la interpretación es, muchas veces, asumida por los mismos intérpretes, los que, agobiados por el peso del código, limitan su poder de interpretación a la letra del texto, abordándolo con una veneración generalmente reservada a los textos sagrados. Esta veneración se mide por muchos signos materiales tangibles. Por ejemplo, el comentador sigue escrupulosamente el código artículo por artículo, sin osar modificar en su interpretación la estructura del texto, o incluso escribe sus comentarios al margen o a continuación del texto en el que se insertan, como una montura trata de hacerlo respecto de una piedra preciosa.

¹. A. Sériaux, *Droit canonique, op. cit.*, n° 20.

². P. Toxé, *La codification en droit canonique*, art. citado, p. 211.

Así, después de toda codificación viene inevitablemente una fase de interpretación exegética de sus disposiciones. El intérprete cede, más o menos conscientemente, ante la facilidad de poder descansar sobre un sistema de soluciones que le son proporcionadas. Una interpretación exegética parece entonces consubstancial a las primeras etapas de un código. El mismo Salleilles, enemigo de este método aplicado a un código que envejece, considera inevitable en los años que siguen su adopción: «Que se haya tenido esta pretensión en épocas cercanas a la creación del Código civil, cuando se estaba bajo la influencia inmediata de las condiciones sociales que lo inspiraron, y se estaba imbuido del mismo espíritu que había dirigido su confección, nada era más justificado»¹.

Esta constatación fue realizada respecto de muchas codificaciones. Después del movimiento de codificación de los siglos XIX y XX, eminentes comparatistas observaron que: «Abandonando el espíritu práctico de los post-glosadores y la audacia de los pandectistas, los profesores de derecho volvieron a la escuela de los glosadores aplicando sus glosas a los nuevos textos»². El «verdadero fetichismo que envuelve el mito de la codificación»³, facilita en esa época el triunfo de la exégesis. En Francia por ejemplo, los excesos de la Escuela de la exégesis, que se desarrolla tras la adopción del Código civil –respecto de la que hoy se intenta eliminar toda presentación caricatural⁴, y distinguir teniendo en cuenta la diversidad de autores adheridos a esta escuela⁵-, refuerza esta visión de código concebido como un mundo cerrado del que el intérprete no debe salir. Son conocidas las directrices de sus miembros, transformando a los profesores de derecho civil en «profesores de Código civil», según la fórmula de Bonnetcase⁶, y de acuerdo a los textos

¹. Préface à F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. XIV.

². R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., n° 49.

³. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, op. cit., p. 267.

⁴. P. Rémy, Éloge de l'Exégèse, *Droits*, 1985, p. 115 y ss.

⁵. Cf. por ejemplo, J.-L. Thireau, *Introduction historique au Droit*, Flammarion, «Champs», 2001, p. 324.

⁶. J. Bonnetcase, L'École de l'Exégèse en droit civil, *Revue générale du droit, de la législation*, 1918, p. 212.

oficiales, que prevén el estudio del derecho civil francés «en el orden establecido por el Código civil»¹. «Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón» decía Bugnet², mientras que Aubry, algo más libre en relación al código, profesaba: «Toda la Ley... pero nada más que la Ley»³. A fines del siglo XIX, aún algunos autores señalan el carácter completo del Código civil: Valette observa en 1872 que «sería muy sorprendente encontrar un caso totalmente al margen de las prescripciones legislativas» y Huc, en 1892, escribe: «Los casos en los que la ley es verdaderamente insuficiente son extremadamente raros»⁴. Una interpretación exegética de los textos prevalece después de la adopción del ABGB austriaco de 1811⁵, o del Código civil de Bajo Canadá de 1866⁶. Asimismo, después de la adopción del BGB, los trabajos de Gény influyen la Escuela del derecho libre (*Freirechtsschule*), la que plantea una interpretación libre de los textos; sin embargo, en la práctica tiene muy poca acogida. Los intérpretes están muy apegados a la interpretación exegética, no obstante ésta será rápidamente derribada por las profundas transformaciones económicas que vive Alemania en los años 1920⁷.

Las consecuencias de este efecto de sistema fueron denunciadas con razón. Es probable que limitando el pensamiento jurídico a la interpretación de un solo conjunto, la codificación lo asfixie o lo envilezca, haciéndose necesario

¹. Loi du 22 ventôse an XII (Ley de 13 de Marzo de 1804): cf. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., n° 24.

². Jean-Joseph Bugnet (1794-1866) también publica las obras completas de Pothier.

³. «Toda ley, en su espíritu así como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que se derivan, pero sólo la Ley, tal era la divisa del profesor del Código de Napoleón» (Rapport sur l'enseignement dispensé dans les Facultés, 1857, citado por L. Husson, art. citado, p. 116).

⁴. Valette, *Cours de Code civil*, t. 1, p. 35 et Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, 1892, p. 165, citado por F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. 1, p. 28.

⁵. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité du droit comparé*, op. cit., t. 2, n° 484.

⁶. A. Morel, L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890), in *Le Nouveau Code civil, interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, p. 49 y ss.

⁷. M. Pédamon, *Le droit allemand*, op. cit., p. 39. Comp. R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 154.

«salvar a la ciencia de los códigos», según las palabras de Savigny¹. La exégesis inherente a los años que siguen la adopción de un código, reprime la imaginación creadora de la doctrina, limitándola a comentarios descriptivos. Como han observado algunos autores luego del centenario del Código civil francés, «el culto de la ley escrita, la costumbre de no ver que los textos aíslan el derecho, lo separan de otras ciencias sociales, convirtiéndolo en un arte inferior. El jurista termina por perder el sentido de lo justo y de lo injusto, de lo que es humano y de lo que no lo es. Él no juzga la ley; él la quiere sólo a ella, apreciando, sobre todo, la simetría, el orden, sin percibir que ella es a veces cruel o poco racional². El Prof. Philippe Malaurie considera que esta hipótesis es verificada claramente a través de dos ejemplos³. En Alemania, mientras que en el siglo XIX el pensamiento jurídico está marcado por Savigny o Jhéring, después de la adopción del BGB no hay pensadores brillantes. En Francia, la doctrina civilista posterior al Código civil es menos brillante que aquella que la precede, y probablemente menos prolífica que el pensamiento publicista que no vive al amparo de un código⁴. El desfase de casi un siglo entre la adopción del Código civil francés y del BGB alemán habría permitido a este último ser técnicamente superior, ya que mientras los juristas franceses se consagran a la exégesis, los juristas alemanes continúan el estudio y profundización del derecho romano⁵. Como describe el decano Carbonnier, «la costumbre inverna, la doctrina se limita a las paráfrasis» agregando que, «en Francia, el derecho civil pasó por esta temporada-muerta durante una buena parte del siglo XIX, y por tanto, no sin razón criticamos al código de 1804»⁶. De manera más general,

¹. Citado por J.-Gaudemet, Histoire et système dans la méthode de Savigny, in *Sociologie historique du droit*, op. cit., p. 33.

². J. Charmont y A. Chausse, Les interprètes du Code civil, *Livre du centenaire*, op. cit., t. 1, p. 135.

³. P. Malaurie, Rapport de synthèse, art. citado, p. 207.

⁴. *Ibid.*, «¿Dónde está hoy día el pensamiento jurídico más importante? Es en un derecho que no está codificado, el derecho público: Hauriou, Duguit, Carré de Malberg. En derecho civil, Gény o Ripert no tienen un pensamiento jurídico igualmente profundo».

⁵. R. David y C. Jauffret- Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., n° 53.

⁶. J. Carbonnier, v. *Codification*, *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, op. cit.

las codificaciones de los siglos XIX y XX, habrían empujado a la doctrina, en un arrebatado de chovinismo jurídico, a replegarse en el derecho nacional, abandonando sus funciones tradicionales consistentes en hacer progresar la ciencia jurídica.

El mundo cerrado no puede, sin embargo, bastarse a sí mismo. ¿Acaso no escribió Víctor Hugo en los *Miserables*, a propósito de la angustia del legalista Javert, queriendo suicidarse después de renunciar a detener a Jean Valjean, quien le había salvado la vida en una barricada: «Él se decía... que la norma podía quedar corta ante un hecho, no todo se encuadra en el texto de un código... »¹? Hegel, pese a ser un turiferario de la codificación, estigmatizó esta ilusión de un código perfecto que se bastaría a sí mismo: «exigir a un código que sea perfecto, que sea una obra acabada, que no tenga necesidad de ser completado por determinaciones posteriores... desconoce la naturaleza de los objetos terminados, como lo es el derecho civil, en los que la supuesta perfección no es más que una aproximación perpetua»². La brutal fórmula de Le Chapelier sobre el rol de la jurisprudencia precedentemente evocada, no refleja el pensamiento de todos los legisladores revolucionarios³, así el mismo Portalis, en su *Discours préliminaire*, observa en este sentido que «los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo. Pero en realidad, no se les hace», agregando «Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses son tan múltiples y sus relaciones tan extensas, que es imposible para el legislador garantizarlo todo... Un código, por

¹. V. Hugo, *Les Misérables*, Gallimard, «La Pléiade», p. 1348.

². *Principes de la Philosophie du droit*, op. cit., § 216.

³. Cf. Cambacérès, *Mémoires inédits*, t. 1, Perrin, 199, p. 175: «Yo siempre pensé que la justicia no podía ser bien administrada más que por jueces autorizados para apropiarse de la razón de la ley, y para hacer uso en todos los casos análogos del objeto que la ley quiso regular».

más completo que parezca, no está terminado, ya que miles de cuestiones inesperadas se presentan al magistrado¹».

La primera fisura en el mundo cerrado del código consiste, indiscutiblemente, en la obra de los intérpretes, ya que ésta no puede desarrollarse en la coraza del texto.

El ejemplo de los glosadores es revelador de la libertad progresivamente adquirida en la interpretación *del Corpus juris civilis*. A partir del siglo XI, Irnerius y sus discípulos enseñan en Bolonia y en Francia meridional un derecho romano que, debido a la reconstitución de textos efectuada, se pretende exacto. Los estudiantes inscriben entre las líneas las explicaciones del Maestro, esencialmente el análisis de las palabras importantes². Esta glosa, que en el origen descansaba sobre un respeto escrupuloso del texto auténtico, fue considerada como «la más correcta expresión de la exégesis»³, a tal punto que más tarde la ridiculizaron, criticándola por eliminar toda puesta en perspectiva histórica del texto, por desnaturalizar el derecho romano, «un bello traje de oro, triunfante, precioso, que fue bordado de mierda», dirá de ella Rabelais⁴... Pero, poco a poco esta glosa se libera, «dibujando finalmente sobre cada página una especie de cuadro, en que los costados, cada vez más macizos, encierran el texto como un núcleo precioso»⁵. Esta obra de los glosadores es unánimemente aclamada por la libertad progresivamente adquirida en la interpretación de los textos⁶.

¹. Discurso preliminar pronunciado luego de la presentación del proyecto de la comisión de gobierno, 1º pluvioso, año IX (21 de enero de 1801). *Adde*: la révélatrice préface de Maleville, *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, *op. cit.*

². Cf. F.-X. Testu, *Les glossateurs, regards d'un civiliste*, *RTD civ.*, 1993, p. 279 y ss.

³. J. Minier, *Précis historique du droit français*, París, 1854, p. 171.

⁴. Pantagruel, V, 90, que no evita las críticas a los glosadores, en particular Accurse, uno de sus blancos favoritos: «viejos perros que jamás entendieron en lo más mínimo las Pandectas, y no siendo más que gordos zánganos de diezmo, ignorantes de todo lo que es necesario para la inteligencia de las leyes», evocando su «estilo de deshollinador, o de cocinero, no de jurisconsulto», agregando «que han estudiado menos filosofía de dios que mi mula» (X, 90.)

⁵. M. Boulet-Sautel, *Exégèse, glose*, *Droits*, 1997, n° 24, p. 26, p. *Adde*: E. Agostini, *Droit comparé*, PUF, «Droit fondamental», 1988, n° 84, para ejemplos de interpretación creadora de los glosadores.

⁶. M. Boulet-Sautel, *Exégèse...*, art. citado, p. 29; F.-X. Testu, *Les glossateurs...*, art. citado, p. 285, n° 11.

El ejemplo de la progresiva liberación de la letra del Código civil francés, realizada por sus intérpretes, a fines del siglo XIX, es suficientemente conocido como para sólo ser brevemente recordado. Bajo la influencia de Géný, la exégesis cede progresivamente el paso ante la libre investigación científica: el intérprete puede emanciparse del texto basando su interpretación en la equidad, la historia o la sociología. Géný, parafraseando una fórmula de Jhéring, resume su análisis proclamando: «Por el Código civil, pero más allá del Código civil»¹.

Más recientemente, un autor demostró que el intérprete de la modificación del derecho de familia, emprendido en Francia a partir de los años 1960, en un primer momento se dedicó exclusivamente a la interpretación exegética; sin embargo en un lapso de tiempo breve, lo que es destacable, se fue liberando progresivamente hasta ir más allá de la letra de los textos².

Los poderes del intérprete emancipado de la letra del código también pueden medirse a través de las dificultades... las mismas que inevitablemente enfrentará un Código civil europeo: «Queremos hacer un Código, pero, ¿encontraremos enseguida el intérprete?», se interroga con justo motivo Rodolfo Sacco³. ¿La adopción de un Código civil europeo no constituye acaso una breve ilusión? ¿Ilusión qué los distintos intérpretes nacionales, rápidamente liberados de la letra del código, disiparán, haciendo estallar una unidad alcanzada sólo brevemente?⁴ Basta para convencerse constatar, cuantos belgas, franceses y luxemburgueses interpretan distintamente un código civil que es, sin embargo, común en su origen. La unificación que podría lograr un

¹. F. Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, ed. 1954, t. 1, n° 186. Comp. la fórmula de R. Saleilles, en su prefacio a la obra (p. XXV): «Yo sería quizás de esos que con mucho gusto hubiera invertido la expresión, Más allá del Código civil, pero por el Código civil», y concluyendo «lo que más valoramos es lo de Más allá...».

². Cf. H. Lécuyer, *Le devenir de la recodification du droit de la famille, Droit de la famille*, junio, 1997, p. 6 y ss.

³. R. Sacco, Non, oui, peut-être, *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. 1, p. 167.

⁴. Cf. Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D*, 2002, p. 2205: «Si es, en efecto, una enseñanza que se desprende de la historia reciente, es que la diversidad se reintroduce siempre en el seno de la uniformidad, a favor de las interpretaciones nacionales que son el objeto de los instrumentos de unificación».

Código civil europeo sólo podrá ser perenne si va unida de una estructura única de interpretación.¹

Viene entonces el tiempo de crisis, inscrito, podría decirse, en la operación misma de codificación. El exceso de orden engendra el desorden, regla general respecto de la que se ha demostrado su pertinencia en el derecho²: el apretado corsé que es un código, querido como cerrado, sólo puede estallar bajo la presión de sus intérpretes.

III. TIEMPO DE CRISIS

Los códigos no viven plenamente más que un momento. Breve, podría decirse con un dejo de pesimismo. En ruptura con el pasado, los códigos comienzan a envejecer desde el momento de su adopción³, al punto que se sugirió, respecto del Nuevo Código de procedimiento civil francés, «la idea de que la codificación más acabada, no constituye en la vida del derecho más que un momento de equilibrio, único y maravilloso sin duda, pero inestable»⁴. Ciertamente el envejecimiento no es en sí mismo un mal, a caso no permite al código librarse de los fenómenos coyunturales que pudieron impregnar su nacimiento: al igual que un buen vino, la maduración lenta de los códigos es una garantía de calidad. Pero a menudo el envejecimiento implica un debilitamiento, pudiendo precipitar la inadaptación de su letra y espíritu, a la

¹. Cf. en este sentido, por ejemplo P. Malaurie, *Le Code civil européen des obligations et des contrats*, *JCP*, 2002, I, 110, n° 14: un código europeo de obligaciones y contratos necesitaría indudablemente «una Corte europea de derecho de obligaciones y contratos que asegurara la unidad en la interpretación del derecho, a fin de impedir las divergencias resultantes de interpretaciones nacionales».

². M. Van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, específicamente p. 240.

³. Cf. A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, *op. cit.*, p. 100: «Un código no es plenamente tal más que una fracción de segundo. A penas promulgado comienza el proceso de decodificación».

⁴. J. Héron, *Le Nouveau Code de procédure civile*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 82.

evolución técnica, social o política de la sociedad por la que fueron elaborados. Pero ningún código escapa de las huellas que se acumulan con el paso del tiempo... El fenómeno parece aún más cierto hoy en día, si se admite la hipótesis de la aceleración de la Historia, aceleración de las evoluciones sociales y técnicas que el derecho intenta seguir¹. Así se observó, por ejemplo, que entre la fecha de presentación a la *Assemblée nationale* del Código de Medio Ambiente, y el momento en que comienza a ser examinado por la comisión competente, siete nuevas leyes habían sido dictadas sobre la materia². De hecho, el fenómeno preocupa a los codificadores contemporáneos: ¿Es posible y deseable la codificación, aún si se expone a caducar rápidamente?³

Paradójicamente, la durabilidad aún es percibida como una cualidad esencial de un código: concebido como remedio a una crisis de las fuentes del derecho, a la inflación legislativa y a la aceleración de la producción de normas, el código, por contraste, debe parecer estable, de una estabilidad tranquilizadora. Un código con vocación perenne también parece lo más adecuado a fin de cumplir las funciones políticas que le son con frecuencia asignadas, en particular, promover la gloria del soberano codificador en siglos futuros.

Frente a los desafíos del tiempo, dos preguntas fundamentales se plantean.

¹. Cf. R. Savatier, *Le Droit et l'accélération de l'Histoire*, *D*, 1951, p. 30: «El Derecho mismo ha participado en la aceleración de la Historia». *Adde: L'accélération du temps juridique*, bajo la dir. de P. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruselas, 2000.

². Cf. G. Braibant, *La problématique de la codification*, art. citado, p. 167.

³. Cf. Respecto del Nuevo Código civil de Québec, S. Gaudet: «Si la sociedad continúa evolucionando tan rápidamente como en el siglo XX, el período en que este código satisfaga las necesidades de la sociedad quebequesa debería ser relativamente corto» (citado por J.-F. Niort, *Le Nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 140, n. 4). *Adde: G. Braibant, La problématique...*, art. citado p. 167: «Debido a que nuestra sociedad vive en lo instantáneo, en lo efímero, se prefiere crear una ley que eventualmente lleve el apellido de un ministro, más que aventurarse en una gran obra de codificación, que quizás será aclamada posteriormente, si persiste, pero que no es mediática cotidianamente».

Por una parte, el antropocentrismo no puede ser llevado al extremo, y es necesario poder medir con relativa precisión el envejecimiento de un código. Un código envejece si no satisface las funciones que le fueron asignadas, si ya no parece capaz de ofrecer a los jueces, a través del prisma de la interpretación, una solución segura a sus contiendas.

Por esto, un código no envejece realmente si la interpretación evolutiva permite soluciones distintas a las contempladas por su letra original. Por ejemplo, las construcciones jurisprudenciales fundadas en el artículo 1384, párrafo 1° del Código civil francés, o el desfase del artículo 554 del mismo código, en relación a la interpretación que se le da, no pueden ser considerados signos determinantes de envejecimiento. Asimismo, se habló de decodificación cuando el código fue atacado «desde su interior, mediante la inserción de leyes que no respetan su estructura y dan origen a figuras etéreas»¹; sin embargo, esta inclusión de nuevas leyes a su estructura permite al código adaptarse. Además, al fundirse en su letra, éstas no pueden ser indiferentes a su espíritu, el contacto muchas veces facilita su integración². Aunque mediante agregados se modifique la estructura de la obra, ésta no deja de existir al incorporar estos añadidos que terminan por fundirse en la construcción inicial...

Un indicio más determinante de este envejecimiento, de la «decodificación» según la fórmula consagrada, reside ciertamente en la multiplicación de nuevos textos que rigen una materia al margen de la estructura del código. Esta constatación ha llegado a ser hoy en día, banal: los códigos ya no están en el corazón del sistema jurídico que deberían regir, y que se ha desintegrado a causa del aumento de leyes especiales. Así, la recodificación del derecho penal francés parece necesaria ante la multiplicación de leyes penales no codificadas: como se constató respecto de la adopción del Nuevo Código penal, «gran parte de las infracciones están actualmente

¹. X. Thunis y F. Mensbrugge, Codification et décodification: le droit comparé à contribution, *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, n° 7, 1998.

². Cf. *supra*, p. 104.

definidas fuera del código penal, por otros códigos o leyes especiales», lo que ha generado «desorden», «desbordamiento», «explosión»...¹ De la misma manera, se pudo hablar de una decodificación del derecho civil francés bajo la III República, debido a la multiplicación de leyes especiales al margen de su estructura. «El Código ya no es entonces, ni siquiera, una reunión de leyes civiles: deviene una especie de derecho común con vocación residual»²: la regulación de los seguros, del arrendamiento, de las asociaciones, de la copropiedad inmobiliaria, por nombrar sólo algunos ejemplos, escapan del Código civil. El ejemplo del Código de comercio francés de 1807 es, sin duda, aún más elocuente: de los 684 artículos que lo componían originalmente, menos de 150 estaban todavía vigentes al momento de su derogación, y muy pocos conservaban su redacción original. Mientras ramas completas del derecho comercial han evolucionado al margen, como el derecho societario o de quiebras, numerosas regulaciones especiales han prosperado con independencia de él, lo que justifica un reconocimiento unánime de la decodificación³.

El fenómeno no es exclusivamente francés: evoluciones idénticas pueden ser observadas, por ejemplo, respecto del Código civil italiano de 1942, al constatar la decodificación por la multiplicación de leyes especiales fuera de su estructura⁴; del Código civil rumano de 1865⁵; del Código de comercio belga de 1867⁶; o, del BGB⁷. Asimismo, a propósito del Código de derecho canónico de 1917, ajeno a las transformaciones de la sociedad, un autor pudo observar

¹. M. Delmas-Marty, Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, *D*, 1986, p. 27 y ss. Adde: P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 27.

². P. Rémy, La recodification civile, *Droits*, 1997, n° 26, p. 10.

³. B. Oppetit, La décodification du droit commercial français, *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1982, p. 197 y ss.

⁴. Cf. la obra fundamental de N. Irti, *L'està della descodificazione*, Milan, 1979. Adde: R. Sacco, *La codification, forme dépassé de législation*, Informe italiano en el IX Congreso internacional de derecho comparado de Caracas, 1982, p. 65 y ss., específicamente p. 74 y ss.

⁵. V. D. Zlatescu y I. Morolanu-Zlatescu, Le droit roumain dans le grand système romano-germanique, *RID comp.*, 1991, p. 829 y ss., específicamente p. 833.

⁶. H. Simonart, La codification en droit belge: influence et limites de la codification napoléonienne, *Act. jurid. dr. adm.*, 1997, p. 672; X. Thunis y F. van der Mensbrugge, art. citado, p. 2.

⁷. C. Witz, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 80.

una decodificación constatando que «se hizo el derecho al margen del código, sin preocuparse por la armonía entre ambos»¹: numerosas disposiciones provisorias son adoptadas en diversas áreas, mientras que el propio código sólo es modificado en dos oportunidades. La multiplicación de leyes especiales al margen del Código civil de Bajo Canadá de 1866, en particular leyes relativas a la protección del consumidor, ha precipitado una decodificación que ha suscitado la elaboración del Nuevo Código civil de 1994².

La multiplicación de nuevas leyes especiales constituye, indudablemente, el factor determinante de envejecimiento de los códigos. Fruto de compromisos coyunturales e intereses particulares, éstas se construyen de manera autónoma, mediante una reglamentación muy detallada, constituyendo micro-sistemas que desarrollan su propia lógica, lo que las hace incompatibles con una codificación a la que sólo pueden oponerse³. Este fenómeno parece, sin duda, amplificado por la falta de racionalidad del criterio de selección ¿qué excluir o codificar en un nuevo texto?, como lo demuestra el caso del Código civil francés. ¿Por qué codificar, por ejemplo, la ley de 19 de mayo de 1998, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, y dejar fuera del Código la ley de 5 de julio de 1985, relativa a los accidentes de tránsito?

Por otra parte, la vida útil de los códigos, su esperanza de vida dirían los demógrafos, parece tan variable que no es posible omitir un cuestionamiento sobre las razones de estas diferencias: ¿por qué ciertos códigos envejecen bien y otros no? Ciertamente, factores históricos, políticos o sociales escapan a la empresa del codificador, pero los factores técnicos no son ajenos a su control.

¿Cuál es el elixir de juventud de esos códigos que envejecen bien?

«Lo que es firme es, por el tiempo, destruido»

¹. P. Toxé, *La codification en droit canonique*, art. citado, p. 212.

². Cf. Por ejemplo, J.-L. Baudouin, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit*, *Mélanges J.-G. Sauveplane*, Kluwer, p. 20.

³. Cf. A. Viandier, *La crise de la technique législative*, *Droits*, 1986, n° 4, p. 79. Respecto de la misma observación sobre la aparición de *microsistemi* en Italia, cf., *Juris-Class.*, Derecho comparado, Italia, n° 15

Y lo que escapa al tiempo, resiste¹».

Un código envejece bien si tiene flexibilidad suficiente para adaptarse a las evoluciones a las que debe hacer frente. Esta constatación no es nueva, y los códigos de la India antigua recurren con frecuencia a fórmulas flexibles que favorecen la interpretación evolutiva². Como lo observa el decano Carbonnier: «En el *corpus juris civilis* no son las *Novelas*, es decir los actos de voluntad, los que mejor resisten, sino más bien el *Digesto*, es decir un mar de preguntas, de semi-dudas, de contradicciones. Es quizás esta indecisión aparente lo que le da su principal fuerza a un código»³. Esta flexibilidad descansa en estándares susceptibles de interpretación evolutiva⁴. Código flexible, se podría decir parafraseando el título de la célebre obra del decano Carbonnier; incluso «código ligero», inspirándose, esta vez, de la terminología de Delmas-Marty que anhela un código concebido como un conjunto de principios generales⁵... «Más que nunca –con la condición de que éstas sean establecidas con criterio- el derecho de nuestras sociedades necesita normas dúctiles, garantía e instrumento de un derecho evolutivo. Mediante la indeterminación intencional que las caracteriza, estas normas están preparadas, por adelantado, para cubrir futuras adaptaciones»⁶. Por paradójal que esto hubiera parecido a juristas del siglo XX, por ejemplo, época durante la cual triunfó el positivismo preciosista, la restauración de la seguridad jurídica podría depender de una deliberada –y medida- imprecisión legislativa.

¹. J. du Bellay, *Antiquités de Rome*.

². N. Balbir, Code et variations en Inde, in *Le temps des savoirs*, O. Jacob, n° 4, 2002, p. 25: «Los códigos usan expresiones que actúan como brechas de donde puede alimentarse la libertad del juicio humano, moderando así el rigor de las prescripciones: es así que estos prevén aplicar penas “en función de la fuerza física o mental” del acusado».

³. J. Carbonnier, Le Code napoléon comme phénomène sociologique, *RRJ*, 1981, p. 334.

⁴. Comp. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 121: «En el mismo espacio (nacional, pero también *infra* y *supranacional*), la complejidad de las situaciones que el derecho debe resolver, impone recurrir a conceptos indeterminados o débilmente determinados».

⁵. Cf. *infra*.

⁶. G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 365.

El Código civil francés sigue siendo el ejemplo tópico del código que ha envejecido bien: como destacaba Ripert, «sus artículos, por haber sido tantas veces citados, tienen hoy un sonido que no tenían en 1804. Se les recita como los versículos de un libro sagrado, la norma jurídica adquirió gracias a la continuidad de su aplicación, figura y valor de precepto moral»¹. Si el Código civil parece escapar de las leyes ordinarias del envejecimiento, es porque aprehendió el futuro «en fórmulas, sino intangibles, al menos lo bastante abiertas como para que todas las modificaciones ulteriores pudieran integrarse sin desnaturalizar el conjunto»². Al estudiar el derecho de obligaciones, área del derecho en la que las reformas legislativas han sido escasas, se constata que su rejuvenecimiento viene, a partir de los años 1980, de un redescubrimiento de estándares. Estos estándares, incluidos en los textos, pero ampliamente olvidados, permitieron al Código recoger el formidable desafío del desarrollo de la protección del consumidor, sin por tanto perder su alma: buena fe³, abuso de derecho⁴, o equidad⁵. Gény, en el *Livre du centenaire*, ya observaba en este sentido que «la jurisprudencia pudo fundar sus creaciones más agudas y armar sus construcciones más originales, sólo basándose en una legislación escrita, de entramado un poco flojo, de marcos elásticos, de elementos flexibles, que no es rígida y estereotipada dentro de un armazón inflexible de técnica cerrada,

¹. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., n° 7. Adde: J. Carbonnier, Le Code civil, in *Les lieux de mémoire*, art. citado, p. 308: «Cien lecturas sinuosas fueron dadas, cien comentarios atormentados: ellos se encuentran en estado de modernidad perpetua, de rejuvenecimiento indefinido».

². F. Ost, *Le temps du droit*, O. Jacob, 2000, p. 226, que agrega: «Entregado al tiempo, como lo hace un mensaje lanzado al mar y llevado por las corrientes, el Código se entrega al porvenir; la indeterminación misma de su trayecto es la garantía más segura de sus logros, o más bien de su progresión interrumpida» (p. 233).

³. Cf. por ejemplo la jurisprudencia relativa a las cláusulas resolutorias (Civ., 1, 31 de enero de 1995, *D*, 1995, 389, n. C. Jamin; *RTD civ.*, 1995, 623, obs. J. Mestre). Adde: D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, *Juris-Class.*, PUF, 1999, p. 603 y ss.

⁴. Cf. por ejemplo la jurisprudencia relativa a la indeterminación del precio (Ass. pl. 1° de diciembre 1995, *D*, 1996, 18, n. L. Aynès; *JCP*, 1995, II, 22565, concl. Jéol, n. J. Ghestin; *JCP*, 1996, E, II, 776, n. L. Leveneur; Defrénois 1996, 748, n. P. Delebecque; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. J. Mestre). Adde: P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, tesis, Aix, 1999.

⁵. Cf. C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, 2000, t. 329, pref. R. Cabrillac, específicamente n° 456 y fallos citados.

tiesa, estrecha»¹. Es sintomático que la misma observación haya sido formulada, de hecho, por un *Common lawyer*².

Desde fines de la Primera Guerra mundial, pocos años después de la adopción del BGB, Alemania se ve enfrentada a una terrible crisis económica, en particular, inflación galopante y fuerte depreciación monetaria. ¿Cómo resolver litigios relativos a deudas nacidas antes de 1914 cuando reinaba el principio del nominalismo? Los jueces alemanes recurren a ciertas cláusulas generales que figuran en el BGB (*Generalklauseln*), que permiten una evolución flexible, en particular el § 242 que obliga al deudor a «cumplir la prestación como lo exige la buena fe en relación con los usos admitidos en el comercio»³. La jurisprudencia confiere un ámbito de aplicación de una amplitud considerable a este texto, ésto abre las puertas para la teoría de la imprevisión, justifica el surgimiento de las obligaciones de información, carga de uno de los contratantes, y da los fundamentos de la responsabilidad del autor de una ruptura de negociaciones precontractuales. Los tribunales, aplicándolo al margen del derecho de contratos, incluso lo elevaron a la categoría de principio fundamental del derecho privado. Gracias a este audaz ingenio judicial, que puso en relieve la capacidad de adaptación del § 242, permitiéndole merecer la denominación de «párrafo real»⁴, el BGB es hoy un centenario que se comporta adecuadamente⁵.

La brevedad del Código civil suizo, que se limita a 977 artículos, lo conciso de cada una de sus disposiciones y el amplio poder de interpretación reconocido al juez en su artículo 1º, han permitido su adaptación progresiva por

¹. F. Gény, La technique législative dans la codification civile moderne, *Livre du centenaire, op. cit.*, t. 1, p. 1020.

². Cf. F. H. Lawson, Réflexions d'un juriste anglais sur le cent-cinquantième du Code civil, *RJD comp.*, 1954, p. 667: «De cierto modo era deseable, que el código empleara un lenguaje un poco impreciso, de manera que, en el futuro, los jueces no estuviesen demasiado vinculados por ideas ya añosas».

³. M. Pédamon, Le centenaire du BGB, *D*, 1997, p. 108.

⁴. Según la expresión de J. W. Hedemann, citado por V. Lasserre-Kiesow, tesis cit., p. 461.

⁵. M. Pédamon, Le centenaire du BGB, art. citado. Para otros ejemplos, cf. F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 71.

los tribunales¹; de hecho, expresamente querida por su iniciador Eugène Huber². Observaciones similares pueden ser formuladas respecto del ABGB austriaco de 1811, también breve, puesto que no comporta más que 1502 párrafos, dejando voluntariamente a la jurisprudencia la tarea de completarlos³. Esto explica que, nacido en el curso de un período de crisis política y económica, es aplicado sucesivamente sin muchas modificaciones, bajo los regímenes más diversos; cubriendo, bajo su tutela, el mosaico disparatado de pueblos que formaban el Imperio Austro Húngaro, e incluso sobrevive su desmoronamiento⁴.

Una constatación similar también puede ser realizada respecto de códigos más recientes, que fueron enfrentados desde su adopción a la inflación legislativa acelerada. Así, a propósito del Nuevo Código de procedimiento civil francés de 1975, intentando determinar cuáles de sus disposiciones habían envejecido menos, un autor respondió sin titubear que son «las ideas principales, las fuertes posiciones doctrinales enunciadas claramente en los principios rectores del proceso»⁵.

Del mismo modo, cuando se proyectó la codificación del derecho internacional privado francés, se decidió que «cada vez que sea posible, las fórmulas utilizadas serán suficientemente flexibles como para constituir la base de una nueva evolución de la jurisprudencia»⁶.

¹. H. Maire de Riedmatten, La codification et l'évolution du droit suisse, *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1986, p. 834 y ss.

². Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et de police, 1901-1902, t. I, p.14: «... no sería nada ventajoso que el legislador suprimiese en este punto, la libertad de apreciación de la jurisprudencia. Las apreciaciones pueden variar durante la existencia de la ley, en relación al carácter permisivo de un texto y a las exigencias de la moral pública, y sería un error redactar la ley de tal manera que fuera imposible a los tribunales seguir la evolución de las ideas sin revisión del texto legal...».

³. En particular debido a su § 7, que establece que si ni el texto, ni el sentido de la ley, ni la analogía dan la solución a un caso, ella debe ser buscada por el juez en los principios naturales del derecho después de haber tomado cuidadosamente en consideración las circunstancias de la especie.

⁴. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 2, n° 451.

⁵. J. Héron, Le Nouveau Code de procédure civile, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 82.

⁶. Exposición de los motivos del tercer proyecto de codificación (1965-1967), citado por D. Bureau, La codification du droit international privé, art. citado, n° 38.

Los codificadores contemporáneos han reconocido la importancia de la libertad dada a los intérpretes, en relación a las aptitudes de evolución de un código, como lo prueba el ejemplo del Nuevo Código civil de Québec. Los comentarios que lo acompañan, señalan que «el rol del Código es establecer reglas que puedan adaptarse a la diversidad de situaciones humanas y sociales e integrar los avances científicos y sociales», agregando que «ni el código ni ninguna ley pueden reemplazar el uso de la razón, para interpretar los textos y abrir nuevas vías»¹. Concretamente, «el código está constituido de un conjunto de normas que, en todas aquellas materias que se remiten a la letra, el espíritu o al objeto de sus disposiciones, se refieren, en términos expresos o de manera implícita, al derecho común» (disposición preliminar), el objetivo de este principio es favorecer una interpretación evolutiva del Código². Los comentarios del ministro de Justicia son aún mas explícitos, mostrando el rol esencial de los estándares: «Si el Código civil mantiene, en cuanto a ciertas normas o nociones, una vaguedad relativa... hay que ver estas reglas como los poros por los cuales el código puede respirar, vitalizarse y adaptarse mediante la interpretación que le será dada, siguiendo la evolución de nuestra sociedad»³. Los mismos imperativos han guiado la elaboración del Nuevo Código civil de los Países Bajos, que recurre frecuentemente a nociones marco⁴. Incluso se pudo observar que la capacidad de evolución del Código francés de propiedad intelectual, reside en la ausencia de una definición precisa de la materia, capaz de permitir la aparición de nociones marco que favorecen la recepción de otras

¹. *Commentaires*, I, p. VII.

². Cf. J.-F. Niort, art. citado, p.141. AD., R. Cabrillac, *Le Nouveau Code civil du Québec*, D, 1993, p. 267, específicamente, n° 6.

³. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, 1993, t. 1, p. VII.

⁴. Ejemplo, art. 6-2: «1. El acreedor y el deudor están obligados a comportarse, el uno respecto del otro, siguiendo las exigencias de la razón y de la equidad; 2. La regla a la que su relación está sometida, en virtud de la ley, de la costumbre o de un acto jurídico sólo se aplica en la medida que, en la circunstancia, eso no sea inaceptable según los criterios de la razón o de la equidad» (cf. D. Tallon, *Le Nouveau Code civil des Pays-Bas*, NBW, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 184).

instituciones vecinas¹. Los códigos privados contemporáneos también recurren con frecuencia a estándares. Así, el *Uniform commercial code*, desarrollado al alero de la *American Law Institute*, concede un amplio espacio a las nociones de equidad, buena fe y razonabilidad². De la misma manera, los *Principes du droit européen du contrat*, elaborados por la comisión Lando, bosquejo de Código europeo de contratos, multiplican los estándares³; y, el Grupo de estudios sobre un Código civil europeo preconiza un código sucinto y restringido a fórmulas generales⁴; mientras otros autores proponen un código de «textura abierta»⁵, a fin de permitir su adaptación a la evolución de la sociedad, a la manera de los principios recogidos en los países del *Common Law*.

Del otro lado de la moneda, esta flexibilidad en la interpretación de estándares puede resultar un arma de doble filo, favoreciendo una interpretación alejada del código: jueces alemanes utilizaron cláusulas generales del BGB, como por ejemplo aquella relativa a las «buenas costumbres», para insuflar la ideología nazi. Así, los tribunales superiores alemanes reconocieron el error sobre la pertenencia a una raza, como un error sobre una calidad personal, causando la nulidad del matrimonio, en el sentido del § 1333 del BGB, hoy derogado⁶. De la misma manera, el origen judío o incluso extranjero de los capitales de una sociedad, pudo ser juzgado como

¹. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, bajo la dir. de A. Francon, *op. cit.*, p. 172.

². Cf. F. Michaut, Les réalistes américains et la codification, *Droits*, 1998, n° 27, p. 60.

³. Por ejemplo, lo razonable, respecto del precio (cf. art. 2101 a 2103), in *Principes du droit européen du contrat*, La documentation française, 1997.

⁴. C. von Bar, Le groupe d'études sur un Code civil européen, art. citado: «No se modifica tan fácilmente una codificación como para que sea indiferente que ley sobre protección al consumidor o de los arrendatarios... Es por esto que habrá que preparar, sobre la marcha, las formulaciones más sucintas posibles».

⁵. H. L. A. Hart, El concepto de derecho: «Nada puede eliminar la dualidad que existe entre un núcleo de certeza y una sombra de duda, cuando estamos llamados a subsumir situaciones particulares dentro de reglas generales. Esto lleva a reconocer en todas las reglas un margen de imprecisión o una textura abierta, que puede afectar también la regla de reconocimiento que determina los criterios últimos usados para identificar el derecho que una ley particular... La textura abierta de la norma de derecho significa...que se deja al cuidado de los tribunales o la administración el desarrollo de numerosos aspectos, estableciendo un equilibrio, a la luz de las circunstancias, entre intereses concurrentes cuyo peso varía de un caso al otro» (citado por A. Chamboredon, La «texture ouverte» d'un code européen du droit des contrats, *JDI*, 2001, p. 1 y ss.).

⁶. C. Witz, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 23.

contrario a los imperativos de una vida económica sana¹. Los estándares también han prosperado en los códigos de países socialistas, en particular la «regla de coexistencia socialista», permitiendo, según observaciones de la época que superan todo comentario, «la adaptación permanente de las instituciones jurídicas a los principios de la política económica y social, que corresponde en cada etapa del desarrollo del socialismo, a las concepciones morales y a la conciencia jurídica de las masas»²...

Pero la adaptación del código puede no ser suficiente para frenar la crisis.

La adaptación pretoriana se extiende peligrosamente fuera del código, a veces precipitando su decadencia en lugar de frenarla. En Francia, por ejemplo, de 1880 a 1945, una serie de grandes decisiones del Tribunal de casación marcaron profundamente el derecho civil: consagración de la teoría del enriquecimiento sin causa³, del principio general de responsabilidad por las cosas que se tienen bajo su cuidado⁴, de la teoría del abuso de derecho⁵. Todas estas construcciones jurisprudenciales se desarrollaron al margen del código, a tal punto, que un eminente autor pudo hablar de «introducción del *Common law* en los vacíos de un viejo código»⁶. Paralelamente a estas creaciones pretorianas, a la idolatría del código por la doctrina, sigue una fuerte fascinación por la jurisprudencia marcada por el desarrollo de comentarios de sentencias.

¹. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 38.

². Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, LGDJ, pref. D. Tallon, p. 357.

³. Req. 15 de junio de 1892, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par F. Terré y Y. Lequette, Dalloz, 11° ed., 2000, t. 2, n° 227.

⁴. Civ., 16 de junio de 1896, *D*, 1897, 1, 433, n. R. Saleilles: S, 1897, 1, 17.

⁵. Req., 3 de agosto de 1915, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, t. 2, n° 62

⁶. R. Savatier, *Destin du Code civil français*, *RID comp.*, 1954, p. 643.

Además, los jueces no pueden ellos solos frenar «la rebelión del derecho contra el código»¹. Ciertamente, a veces les es reconocido un verdadero poder creador. De esta manera, el legislador alemán declara expresamente que los jueces son hábiles para proceder a un «desarrollo pretoriano del derecho», especialmente en caso de vacío de ley (§ 132 de la ley de organización judicial)². Pero éste no es siempre el caso: el ejemplo francés, en que el juez está sujeto a la prohibición de los *arrêts de règlements*³, es aún más revelador. La jurisprudencia no pudo remediar la inadaptación del Código civil francés de 1804 en las áreas del derecho de familia, marcado por el poder paternal y marital; del derecho de la propiedad mueble, aún impregnado por el adagio *Res mobilis, res vilis*; o, del derecho del trabajo, dominado por la libertad que oprime, denunciada por Lacordaire: entre 1880 y 1945 numerosas leyes especiales, al margen del código, precipitan su envejecimiento. Además, los jueces no pueden impedir el agotamiento, el desuso de ciertas disposiciones codificadas, como lo ilustra la reglamentación del arrendamiento de ganado, formalmente siempre en el Código civil francés, pero indudablemente hoy rama muerta del derecho. Así mismo, los tribunales nada pudieron hacer para frenar la decodificación del derecho comercial anteriormente evocada. ¿Acaso no van por el mismo camino los códigos franceses de derecho constante contemporáneo?: sus iniciadores buscaban como objetivo de exhaustividad incluir toda modificación en la estructura del código⁴, sin embargo éstas se desarrollan a veces de manera independiente, acelerando el envejecimiento prematuro.

Para tratar de frenar el envejecimiento de los códigos, los codificadores contemporáneos prevén mecanismos de revisión periódicos, como los

¹. Título de una obra de G. Morin, 1945, asimismo, *La révolte des faits contre le Code*, 1925, Adde: R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, t. II, 1959, Dalloz, n° 8 y ss.

². Cf. F. Ferrand, *Droit allemand, op. cit.*, n° 71.

³. N. del T.: En el Antiguo Derecho es una decisión solemne tomada por una corte soberana (parlamento en el Antiguo Régimen), de alcance general, que obliga los tribunales inferiores.

⁴. Cf. Circular de 30 de mayo de 1996, art. 4: «Es indispensable que los textos dedicados a una determinada materia, ya codificada, sean redactados modificando o completando inmediatamente el código...».

Atenienses: «El legislador ha dado a los tesmostetes la orden de revisar cada año las leyes en la asamblea del pueblo, después de haber buscado y verificado con cuidado si nuestro código contiene dos leyes contradictorias, una ley derogada entre leyes vigentes o quizás varias leyes sobre una misma materia»¹. Una revisión permanente y continua parece preferible a una revisión que demora y luego actúa con la precipitación de una urgencia escandalosa. El propio Bonaparte piensa que su obra debe ser revisada al cabo de treinta años²; y, poco después de la adopción del Código civil, Frédéric Portalis sugiere la instauración de una comisión de revisión de la obra de su abuelo: «Quizás, hoy sería deseable que una comisión permanente, compuesta de magistrados y hombres de Estado elegidos en las dos cámaras, fuese la encargada de velar por la conservación y el desarrollo progresivo de nuestros códigos... Este trabajo permitiría proponer la supresión o la enmienda de disposiciones inútiles o incompletas»³. El *Svod Zakonov* ruso de 1832 prevé un mecanismo preciso de actualización: las leyes promulgadas antes del 1º de enero de 1932 deben ser insertadas en suplementos periódicos, al comienzo anuales, y más tarde publicados a intervalos menos regulares. Además, éste es actualizado por completo dos veces, en 1842 y 1857, y más tarde por volúmenes o fracciones de volúmenes⁴. A comienzos del siglo XX, un autor propone una revisión periódica de los códigos franceses⁵, otro precisa que una revisión general parece deseable cada veinte años⁶.

La necesidad de un mecanismo institucional de revisión se ha manifestado más intensamente desde que se propaga la inflación legislativa. El codificador quebequés de 1994, establece un Instituto de reforma del derecho,

¹. Eschine, *Contre Ctésiphon*, citado por J. de Romilly, *op. cit.*, p. 204.

². M. Vanel *Rép. civ.*, Dalloz, Vº *Code Civil*, nº 162.

³. F. Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, Centre de Philosophie politique et juridique, Caen, 1989, p. VII. Una comisión de revisión de leyes, de la cual Frédéric Portalis era miembro, funcionó bajo la Restauración hasta ser disuelta en 1830.

⁴. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 3, nº 881.

⁵. J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 215.

⁶. E. Roguin, *Observations sur la codification du droit civil*, 1896, citado por J. Ray, *Essai sur la structure...*, *op. cit.*, p. 215.

considerando que «el Código civil de Québec debe estar en evolución constante..., es necesario establecer de manera permanente una estructura que regularmente permita la revisión y modernización de nuestro derecho»¹. Éste organismo está encargado de presentar propuestas de reforma y desarrollo del derecho, responder consultas y publicar estudios. Para el movimiento de codificación de derecho constante, emprendido hoy en Francia, la preocupación por la actualización permanente aparece como una de las prioridades que justifican la codificación². También explica muchas innovaciones cuestionables, como la distinción entre «disposiciones principales» y «disposiciones dependientes», la modificación de las primeras conlleva inmediatamente la modificación de las segundas. La «permanencia» (*sic.*) ha devenido una prioridad del codificador contemporáneo³... Es verdad que esta preocupación no constituye más que la prolongación de aquella que ya atormentaba a las codificaciones privadas: ¿No se enorgullece un editor de publicar «Códigos permanentes», cuya actualización mediante folletos móviles actúa casi instantáneamente? Pero esta preocupación obliga a los códigos a una persecución desenfrenada y perpetua de nuevas leyes que absorber, en «un estado fébril permanente»⁴, que parece contradecir la voluntad demostrada por los codificadores de dar estabilidad al derecho⁵.

Como observa el decano Carbonnier: «Siempre se puede soñar con un código abierto, móvil, que siga continuamente los flujos de la historia. Pero esa

¹. Un Nouveau Code civil, documento del ministerio de Justicia, 1993.

². Cf. por ejemplo, Circular de 30 de mayo de 1996, *JO*, 5 de junio de 1996, p. 8263, art. 4: «Los códigos perderían poco a poco su valor si textos externos intervinieran sin ser insertados».

³. Cf. G. Braibant, préface au Onzième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. *JO*, p. 5: «El “mantenimiento de los códigos”, es decir la conservación de su lógica y de su coherencia a través de las incesantes reformas legislativas», constituye uno de los dos objetivos fundamentales de la codificación hoy en día. *Adde*: Onzième rapport annuel, ed. *JO*, p. 43 y ss.

⁴. M. Planiol, Inutilité d'une révision générale du Code civil, *Livre du centenaire*, t. 2, *op. cit.*, p. 961.

⁵. Cf. a este respecto la modestia del presidente de la *Commission supérieure de codification*: «Pese a su incapacidad de contener la inestabilidad y la proliferación normativas, ésta permitirá, al menos, limitar los inconvenientes integrando, de manera adecuada, leyes nuevas a los códigos existentes» (préface au Onzième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, *op. cit.*, p. 6).

no es una característica de la codificación»¹. La codificación debe ser seguida de una pausa que aisle la obra realizada, que le permita desligarse del torbellino legislativo en perpetuo movimiento; para dar al legislador tiempo para recuperar el aliento, al igual que el Creador que, una vez terminada su obra, se dio un día de descanso... ¿No cuenta acaso Heródotes que Solón, después de haber promulgado las leyes atenienses, partió de viaje por diez años a fin de no tener que cambiarlas? Los atenienses debieron entonces empeñarse en no modificarlas durante su ausencia².

Inexorablemente, el tiempo de reformas debe suceder al tiempo de crisis.

IV – TIEMPO DE REFORMAS

«Recodificar es, necesariamente, una cosa distinta a codificar»³: toda recodificación sólo puede operar en función de un código existente, lo que no implica evitar dificultades de orden psicológico (1) o técnico (2).

1. Dificultades psicológicas

La recodificación puede enfrentarse a las ya mencionadas resistencias que entraban toda codificación¹. De manera más específica, la recodificación

¹. J. Carbonnier, v. Codificación in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, *op. cit.*, Adde: F. Terré y A. Outin-Adam, *Codifier est un art difficile...*, art. citado, p. 100: «Existe una antinomia entre una obra de codificación y el trabajo de Sísifo»; F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 238, que evoca el tonel de las Danaides y concluye con «la pretensión siempre defraudada de detener el tiempo, de cogerlo por entero en un instante».

². «La curiosidad era la razón declarada de su viaje; la verdad, no quería verse en la necesidad de derogar una u otra de las leyes que había dictado. Solos, en efecto, los atenienses no tenían el derecho de hacerlo, obligados estaban, por sermones solemnes, a observar durante diez años las leyes que Solon les hubiera dado» (citado por J. de Romilly, *op. cit.*, p. 212).

³. P. Rémy, La recodification civile, *Droits*, n° 26, 1997, p. 4.

puede además enfrentarse a la dimensión simbólica adquirida por un código². «No dejemos que los símbolos se apaguen: ellos nos iluminan y guían en nuestro camino de juristas, incluso después de que el flash de las disposiciones instrumentales se desvanezca»³, como lo aconseja el decano Carbonnier. ¡No se tocan los símbolos! La dimensión simbólica adquirida por un código puede tener un efecto negativo, desalentador de toda modificación, al considerarlas un ataque intolerable a un monumento intocable, pero ésta también puede tener como efecto positivo, asegurar a cualquier costo la supervivencia del código.

De esta manera, el valor eminentemente simbólico del Código civil francés, ha contribuido al estancamiento del derecho en los años posteriores a su adopción, y justificó el rechazo mayoritario de la doctrina de una eventual revisión de conjunto, tras su centenario⁴. Esta fuerza del símbolo explica igualmente, que las numerosas reformas efectuadas al derecho civil francés, desde 1945, hayan sido incluidas en el propio código conservando casi totalmente su numeración, a veces gracias a audaces acrobacias⁵. Además, justifica el rechazo de incorporar al código, pese a exponerlo a su fosilización⁶, legislaciones contemporáneas de protección del supuesto débil contra el supuesto fuerte, que lo habrían desnaturalizado, como derecho del consumo o derecho de arrendamiento. Hoy, una recodificación completa del derecho civil crearía, indudablemente, una dificultad «psicológica», porque chocaría de frente con el símbolo⁷. La eventual elaboración de un código civil europeo, que acarrearía la desaparición del Código civil francés, levanta así violentas críticas de un amplio sector de la doctrina, ferozmente apegada a este código que

¹. Cf. *supra*, p. 80.

². C. *supra*, p. 101. *Adde*: R. Cabrillac, *Le symbolisme des codes*, art. citado.

³. J. Carbonnier, *Le Code civil*, art. citado, p. 305.

⁴. Cf. las contribuciones de F. Larnaude, M. Planiol, E. Gaudemet, F. Gény y F. Moreau, *Livre du centenaire*, t. 2, *op. cit.*, p. 901 y ss.

⁵. Cf. G. Cornu, *La lettre du code à l'épreuve du temps*, *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1964, p. 157 y ss. *Adde*: J.-F. Niort, tesis citada.

⁶. Comp. J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 3: «Que porvenir más bello para el Código de las obligaciones de Napoleón que devenir razón escrita, al igual que el derecho romano de Justiniano, engendrando quizás una raza de profundos neo-pandectistas».

⁷. P. Rémy, *La recodification civile*, art. citado, p. 5.

considera como parte integrante de nuestra historia y de nuestras costumbres: «No es posible imaginar con qué ligereza y ceguera se considera cambiar nuestro derecho heredado por normas venidas de fuera, desechar un patrimonio por una importación, un derecho de buena madera por plantas de macetero»¹.

Este fenómeno afectó durante mucho tiempo la reforma del Código civil de Bajo Canadá de 1866², símbolo de la cultura francófona de la *Belle Province*. Intocable durante la primera mitad del siglo XX, no se reformó hasta que su modernización pareció el mejor medio para su conservación, abriendo la vía a la recodificación. Igualmente, el aura del Código de derecho canónico de 1917 frena los intentos de recodificación esbozados a lo largo de todo el siglo XX, hasta que finalmente se impone el código de 1983. Pese a ser indispensable, debido a la proliferación desordenada de textos y la evolución del mundo en el cual se inserta el derecho de la Iglesia católica³. En Louisiana, el símbolo de la cultura francófona, heredada de la Historia, parece por sí solo justificar la supervivencia de este islote civilista, pese a algunos juristas del *Common Law*⁴. Último ejemplo: la dimensión simbólica que está adquiriendo el Nuevo Código de procedimiento civil francés, sin duda, exacerba las críticas a las modificaciones que han osado hacerle⁵.

Esta fuerza paralizante del símbolo encuentra, igualmente, ilustraciones *a contrario*. El débil valor simbólico del Código de comercio de 1807 no pudo evitar la multiplicación de reformas al derecho comercial fuera de su estructura,

¹. G. Comu, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, p. 352.

². Cf. J.-L. Baudouin, Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification, in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Yvon Blais, 1992: «Las reservas para modificar el Código civil de Bajo Canadá de 1866 son comprensibles. En efecto, con poca frecuencia se toca un símbolo y su valor simbólico lo ha protegido mucho tiempo».

³. P. Toxé, La codification en droit canonique, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, n° 82.

⁴. S. Herman, *The Louisiana Civil Code: A European Legacy for the United States*, 1993, p. 2: «Mientras los juristas locales, para defender su código, recurren al slogan "Viva la diferencia", es legítimo preguntarse, si la diferencia justifica tales turbaciones, en una sociedad donde el espíritu intelectual es particularmente pragmático, y donde el derecho ya es una disciplina suficientemente complicada».

⁵. Cf. L. Cadiet, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, le code, in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 56.

produciendo la decodificación de la materia¹, pese a que migajas de su prestigio napoleónico predispusieron la doctrina a su favor², casi evitando, o al menos retrasando, su reemplazo. Mientras que los nuevos códigos, Código de consumo o Código de propiedad intelectual, han encontrado una oposición menos fiera. Otra ilustración, el débil apego sentimental de los Neerlandeses por su Código civil de 1838, más o menos impuesto en un contexto político nacional complejo, permitió una recodificación sin pesares³.

2. Dificultades técnicas

Desde un punto de vista más técnico, incluso si la recodificación produce, como toda codificación, un efecto de ruptura⁴, el efecto de continuidad parece sin duda más marcado que respecto de una codificación original. Como fríamente se observó del otro lado del Atlántico: «Un código no es un filtro de aceite: no se bota el viejo para poner el nuevo en su lugar»⁵. Una recodificación supone, en primer lugar, prever una panoplia completa y precisa de normas transitorias a fin de facilitar el paso del antiguo código al nuevo. De manera más general, se plantea una cuestión de método: ¿Cómo recodificar? La elección entre una recodificación-compilación y una recodificación-modificación, global o progresiva, depende de las limitaciones extrínsecas (a) pero igualmente intrínsecas (b).

¹. Cf. *supra*, p. 116.

². F. Terré y A. Outin-Adam, *Codifier est un art difficile...*, art. citado, p. 9 y ss.

³. D. Tallon, *Le Nouveau Code Civil des Pays-Bas Nbw*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 185.

⁴. Cf. *supra*, p. 90 y ss.

⁵. M. Tancellin, *Les exigences du Code civil du Québec*, *Revue de droit de McGill*, 1994, vol. 39, p. 748.

a) *Limitaciones extrínsecas*

Si toda codificación exige una fuerte voluntad política¹, sin duda una recodificación global requiere un impulso político más marcado que una modificación progresiva, que sólo necesita de la aprobación de las mayorías parlamentarias, o una compilación liberada de todo debate de fondo. Así por ejemplo, el fracaso de la revisión general del Código civil francés, tras la Segunda Guerra mundial, parece en gran medida ligado a la falta de audacia de los poderes públicos, enfrascados en disputas políticas², aunque también puede ser atribuido al exceso de ambición que lo condenó al fracaso.

El tiempo constituye, en efecto, otra limitación extrínseca determinante en una empresa de recodificación. Una recodificación-modificación global, por su amplitud, sólo puede desarrollarse dentro de un período mínimo, con el riesgo inherente de que ésta nunca concluya. Como lo ilustra el fracaso de la revisión global del Código civil, durante la Liberación. No es sorprendente entonces, que este argumento haya sido invocado por codificadores franceses contemporáneos, para justificar una recodificación-compilación de derecho constante que podría permitir «elaborar códigos sin los frenos y obstáculos propios del examen y debate de toda reforma de fondo»³.

Otro riesgo ligado al factor tiempo, también parece jugar en contra de una recodificación-modificación global. Una reforma progresiva, que puede ser realizada más rápidamente que una reforma de conjunto, favorece una actualización permanente y continua, por tanto, instantánea del derecho. Ésta permite seguir la evolución del progreso técnico o de las costumbres: el derecho

¹. Cf. *supra*, p. 79 y ss.

². En este sentido, G. Braibant, *Utilité et difficulté de la codification*, *Droits*, n° 24, 1997, p. 68.

³. Circular de 30 de mayo de 1996, citada art. 2.1.1.

podría así formarse por capas sucesivas, por agregados progresivos, en función de las exigencias y necesidades. Una recodificación global, que se inscribe dentro de cierto tiempo, requiere de la adopción de reformas específicas temporales, a la espera de la entrada en vigor del nuevo código, innegable factor de inseguridad jurídica. Las recientes recodificaciones de conjunto confirman estas dificultades: durante los numerosos años que duró la recodificación, los quebequeses estuvieron regidos por dos códigos, el Código civil de Bajo Canadá y el Nuevo Código civil de Quebec¹. Dificultades semejantes han encontrado los codificadores neerlandeses obligados a una sustitución progresiva, libro por libro, del Antiguo Código civil al nuevo, proceso que aún no es definitivamente terminado². Si se toma el ejemplo del Nuevo Código penal francés, adoptado sólo quince años tras el inicio del trabajo legislativo, la relativa brevedad de este tiempo de gestación, evitó que modificaciones puntuales perturbaran la elaboración del conjunto. Último ejemplo, el más elocuente sin duda: nuestro Código de procedimiento civil, «nuevo» desde hace más de veinticinco años, coexiste, sin mayores problemas es cierto, con el antiguo a la espera que se adopte un nuevo Código de ejecución.

Concluir que la limitación temporal juega en contra de una recodificación-modificación global sería, sin embargo, un poco apresurado. Una lenta maduración es muchas veces garantía de calidad, como lo observa el decano Cornu a propósito del Nuevo Código de procedimiento civil: «La lentitud fue el precio de la decantación», agregando: «La codificación realizada con serenidad es un trabajo de tapicería, con terminaciones de detalle³. Igualmente, favorece una elaboración más democrática, permitiendo a cada actor de la vida política poder asociarse plenamente: *a contrario*, ¿cómo no deplorar, por ejemplo, el

¹. Cf. R. Cabrillac, Le Nouveau Code civil du Québec, art. citado.

². A. Hartkamp, Vers un Nouveau Code civil néerlandais, *RID comp.*, 1982, p. 355.

³. G. Cornu, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, le code, in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, *op. cit.*, p. 27.

«déficit democrático» de la recodificación del Código de comercio adoptado por ordenanza bajo el falaz pretexto de la rapidez?

El estudio de las limitaciones intrínsecas que se imponen a las codificaciones, aboga también, en favor de una recodificación-modificación de conjunto.

b) *Limitaciones intrínsecas*

Una recodificación global será muchas veces más cuidada, que simples retoques hechos a la rápida por un legislador poco cuidadoso de su pluma, o que una compilación que sólo se limita a modificaciones formales puntuales. Como ya se observó luego del centenario del Código civil francés: «¿Es concebible que se confíe la reparación de un automóvil Mors o Mercedes a un herrero de pueblo? Sin embargo, es eso lo que piden los jurisconsultos que quieren que se revise el Código civil mediante leyes especiales»¹. Más allá de estas consideraciones de forma, toda recodificación debe de ser habitada por la preocupación de la coherencia y la pertinencia.

El decano Cornu, en efecto, observa justamente que la coherencia es la marca de una verdadera recodificación². Una recodificación-modificación global presenta la innegable ventaja de mantener la unidad lógica del conjunto de disposiciones del código. Como también lo notó el decano Cornu: «La codificación sobrepasa por lejos a una legislación puntual, que procede mediante intervenciones no necesariamente acordadas, no solamente éstas son imputables a impulsos sucesivos y cambiantes, pero incluso cuando son concomitantes, éstas pueden provenir de iniciativas de diversa inspiración», agregando: «Codificar es legislar con espíritu de conjunto, bajo la preocupación

¹. F. Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du centenaire, op. cit.*, t. 2, p. 919.

². Cf. a propósito de la recodificación del derecho de familia, *Droit civil, La famille Montchrestien*, 7° ed., 2001, n° 6, n. 13, que habla «de una obra inspirada y animada por ideas que, en el lugar en que ella se muestra –el conjunto de un código–, toma los medios técnicos para hacer reinar la coherencia».

permanente del conjunto»¹. Esta preocupación por la coherencia constituye sin duda el argumento determinante para justificar las recodificaciones globales contemporáneas, así como también explica su éxito. Así, como observa Jean-Louis Baudouin a propósito del Nuevo Código civil de Québec, «La dificultad de adoptar un Nuevo Código por parcialidades se hizo luego patente a los responsables. Un Código es, en efecto, un todo, un conjunto, una estructura organizada y lógica en la que todos los elementos son interdependientes los unos de los otros...con la fragmentación se arriesga, por tanto, provocar contradicciones, o al menos dañar la unidad intelectual y filosófica deseable»². Así mismo, el Nuevo Código de procedimiento civil francés de 1975 sigue teniendo el reconocimiento unánime de la doctrina y de los profesionales del derecho, porque conserva una cierta unidad de inspiración en las normas del procedimiento civil, reformadas en conjunto³.

A la inversa, una recodificación progresiva, indudablemente amenaza la coherencia de conjunto de un código. Primero que todo, porque el orden de las modificaciones no parece siempre impuesto por la lógica, la urgencia o la importancia respectiva de las materias. Sino que también, por consideraciones políticas: las materias primeramente reformadas son aquellas electoralmente más provechosas para la mayoría parlamentaria, o por lo menos aquellas que son objeto de un mayor consenso. Argumento más serio aún, una reforma por fragmentos arriesga la pérdida de unidad del código, de transformarlo en una simple yuxtaposición de artículos heterogéneos. Este argumento está en el corazón de las recientes reformas que introducen en Alemania, una

¹. Codification contemporaine: valeurs et langage, art. citado, p. 366. *Adde*: E. Boutmy, citado por B. Oppetit, *Essai sur la codification, op. cit.*, p. 22: «La codificación es la filosofía de la volición creadora y el plan pensado que se substituyen por la filosofía de la evolución de modificaciones parciales y sucesivas».

². Quelques perspectives historiques y politiques sur le processus de codification, in *Conférences sur la Nouveau Code civil du Québec*, Actes des journées louisianaises de l'institut canadien d'études juridiques supérieures, Yvon Blais, 1992, p. 16.

³. Cf. Por ejemplo, J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 25° ed., 1999, n° 31: «El NCPC es ejemplo de una codificación lograda con unidad de pensamiento y de pluma, la del Decano G. Cornu». *Adde*: C. Parodi, *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile*, Defrénois 1976, art. 3115, específicamente n° 17.

modificación al derecho de obligaciones, influida por el derecho del consumo, en el propio BGB¹, que ya integró en su parte general dos nuevos personajes, el consumidor y el empresario².

El ejemplo de la recodificación civil, emprendida en Francia a partir de los años 1960, podría a primera vista desmentir estas palabras, constituyendo la ilustración de una reforma parcelada particularmente lograda³. El éxito de estas reformas, sin embargo, está dado porque éstas supieron evitar los inconvenientes inherentes de las recodificaciones puntuales, cuidando la unidad del Código civil: frutos de una inspiración común, aquella del decano Carbonnier, marcadas por rasgos comunes que les otorgaron notoriedad y consagraron un nuevo estilo legislativo. También basan su éxito en su incorporación al seno de la estructura original del Código civil, en desmedro de las dificultades formales que esto pudo suscitar⁴. Pese a esto, estas reformas puntuales no evitaron un cierto desfase entre las diferentes partes del código, frenando parcialmente el desarrollo de textos fuera de su marco formal. Como con gracia se observó, el Código civil deviene así «tan recargado como el Louvre anterior a Napoléon III. Existe el patio cuadrado de cuatro redactores de 1804, las alas y la columnata del «quinto redactor», el decano Carbonnier, luego, esto y aquello, al gusto de los postigos y de las callejuelas oscuras del *Carrousel*, de las casitas y de los merenderos, de las boutiques y de los cobertizos»⁵. Si la transposición del modelo legislativo adoptado por el derecho de las personas y de familia fuera considerada en el resto del código para tratar

¹. Ley adoptada el 11 de octubre y el 9 de noviembre, entrada en vigor el 1º de enero de 2002 (cf. M. Schley, *La grande réforme du droit des obligations en Allemagne*, *D*, 2002, 1738).

². Ley de 27 de junio de 2000 relativa a los contratos a distancia (cf. Witz, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 78).

³. G. Cornu, *La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 371. *Adde*: R. Cabrillac, *Le Code civil à la fin du XXº siècle*, in *Études offertes à Pierre Catala*, ed. Juris-class, 2001, p. 73 y ss.

⁴. Cf. G. Cornu, *La lettre du code à l'épreuve du temps*, *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1964, p. 197 y ss.

⁵. B. Beignier, *La codification*, *op. cit.*, Avant-propos, p. 3.

de borrar las excrecencias barrocas¹, ésta intervendría muy tarde, ya dissociada de las reformas anteriores, no pudiendo más que seguir dañando la coherencia de conjunto. Como lo observó el propio decano Carbonnier: «Si las reformas se extendiesen por décadas, éstas correrían el riesgo de diluirse en una especie de banalidad legislativa: no serían más que números dispersos en balances de sesiones parlamentarias»².

Sin embargo, este desfase no constituye una objeción dirimente: las diversas disposiciones de un código deben poder evolucionar cada una a su ritmo, las reglas especiales envejecen más rápido que los principios generales. Una reforma parcial progresiva será viable cuando las disposiciones del antiguo código hayan desigualmente envejecido. El derecho de las personas y de familia, es objeto de recodificación parcial en numerosos países desde mediados del siglo XX o comienzos del siglo XXI: Francia³, Suiza⁴, Japón⁵, Colombia⁶, Alemania⁷, Turquía⁸...

En cuanto a una recodificación-compilación, pese a los imperativos de racionalidad argüidos para justificarla, ya vimos que ella termina siendo una trastera desprovista de toda coherencia que suprime el origen histórico, político, y fáctico de la norma codificada⁹.

¹. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit., p. 16: «En abstracto, sería plausible continuar con el trabajo iniciado, extendiéndolo al conjunto del Código; menos de diez títulos ya fueron reformados, sólo quedan dos docenas que, al parecer, lo necesitarían».

². *Ibid.*, p. 17.

³. Cf. H. Lécuyer, *Le devenir de la recodification du droit de la famille*, art. citado, p. 6 y ss.

⁴. En 1968, el Consejo decidió revisar el derecho de las personas y de familia en varias etapas: derecho de adopción en 1973, derecho de filiación en 1978, derecho de tutela en 1981, derecho de los regímenes matrimoniales en 1998, derecho del divorcio en 2000 (cf. Mensaje del Consejo federal que concierne la revisión del Código civil suizo de 15 de Noviembre de 1995, n° 95-079, cancillería federal, 1995).

⁵. Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, Dalloz, 1966, p. 217.

⁶. Réformes proposées à l'occasion du centenaire (cf. C. Larroumet, *Le centenaire du Code civil colombien*, *RID comp.*, 1988, p. 159).

⁷. R. Frank, *Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique*, *RID comp.*, 2000, p. 819 y ss.

⁸. Reforma del derecho de familia que comprende una modificación al Código civil entrada en vigor el 1° de enero de 2002.

⁹. Cf. *supra*, p. 92 y ss.

La recodificación también debe ser pertinente y satisfacer el objetivo que la suscitó, asegurando la adaptación de un código que envejece en un mundo nuevo. Es forzoso constatar que una recodificación-compilación elude, por definición, toda verdadera reforma, argumento a veces aducido por los codificadores franceses contemporáneos: racionalizando formalmente el derecho existente ésta acelera su modificación¹, no siendo más que un engaño, destinado sin duda a tranquilizar su conciencia. La experiencia muestra, sin ambigüedades, que una vez que un código es terminado, los codificadores se dedican al próximo más que a modificar el ya acabado, apremiados por la amplitud desmesurada del programa burocrático de codificación establecido por la *Commission*.

Una recodificación-modificación de conjunto, tomando cierta distancia en relación a las evoluciones de corto plazo, permite, más que las revisiones sucesivas, hacer evolucionar el código, ubicándolo por sobre los fenómenos de la moda; si es cierto que una revisión general siempre puede evitar este escollo². Lamentablemente, ejemplos recientes han demostrado lo contrario³. Un autor así constató en este sentido «el legislador con visión general, es sobre todo el legislador codificador... Sólo él puede prever las repercusiones o consecuencias lejanas de la nueva disposición, o al menos, si es que no las previó, necesariamente las encontrará en su camino, que es largo... »⁴. Cualidad de una recodificación de conjunto que modifica en profundidad el derecho existente, pero que tiene sus reverses. Los codificadores a veces

¹. Cf. Circular de 20 de mayo de 1996, citada, art. 2.1.1: «Al proveer a los autores de los proyectos de reforma una base de textos claros, ordenados y en vigor, la codificación prepara la reforma y la simplificación ulterior de textos».

². M. Planiol, *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t.2, p. 960, que considera que por el contrario, una reforma global consagrará más los fenómenos de la moda que una reforma global: «Quisiéramos introducir en el Código ciertas concepciones recientes. Ese es justamente el peligro... Tomar partido sobre todas las concepciones cambiantes del campo jurídico, es hacer de un código una obra controvertida, sujeta a discusión en todas sus partes, frágil y efímera como una obra de teatro o una novela de moda».

³. Cf., a propósito del Nuevo Código penal francés de 1994, el juicio de M. Delmas-Marty, *Le Nouveau Code pénal*, *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 443: «Un código demasiado temeroso de responder a las expectativas inmediatas de la opinión pública, en suma demasiado circunscrito al presente, como para ser el verdadero acto fundacional del futuro derecho penal ».

⁴. F. Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2., p. 923. *Adde* : M. Planiol, *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, art. citado, p. 960.

pueden tener problemas para diferenciar las evoluciones profundas y durables de las agitaciones efímeras y superficiales. Así por ejemplo, los miembros de la Comisión de revisión del Código civil, nombrados luego de la Liberación, tuvieron dificultades para apreciar la amplitud del movimiento de socialización del derecho que se desarrollaba en los años de posguerra para determinar la influencia que debían reconocerle. Complicados, decidieron reenviar el examen de la cuestión para más tarde, privilegiando la solución de problemas técnicos, solución nada satisfactoria ya que las cuestiones técnicas dependen muchas veces de elecciones más fundamentales, y que, según los propios dichos del presidente de la *Commission*, perturbaba la elaboración de ese proyecto de Código civil¹.

¹. L. Julliot de la Morandière, *La réforme du Code civil*, *D*, 1948, 117 y ss., específicamente, p. 120: «Hemos decidido reenviar para más tarde el examen de las cuestiones, aunque esenciales, que implican reformas estructurales, para comenzar por el estudio de aquellas partes del derecho civil que sólo generan problemas de actualización y de técnica. Es por esto que la obra terminada por nuestra comisión puede parecer hasta aquí un poco fragmentada y desarticulada... Es difícil separar la técnica de lo social. Este planteamiento, que en una primera fase parece de mera puesta a punto, supone, para ser resuelto, tomar partido sobre un problema fundamental».

2- Finalidades de las codificaciones

Las razones de la codificación son, la mayoría de las veces, múltiples y complejas: cada codificación parece ligada a la historia, a las circunstancias sociales, políticas y humanas, del marco geográfico y temporal, en el que ella es emprendida. A pesar de esto, las finalidades de la codificación sin duda pueden ser sistematizadas. Si se define el código como un conjunto de reglas jurídicas puestas en forma, entonces el objetivo técnico de la codificación parece primordial (I). Sin embargo, es raro que este objetivo técnico sea el único perseguido: a la codificación se agregan igualmente finalidades sociales (II) o políticas (III).

I - FINALIDADES TÉCNICAS

Toda codificación persigue un objetivo técnico fundamental, que se explica por la crisis de las fuentes del derecho que la ha suscitado, y debe remediar: asegurar una mayor seguridad jurídica. ¿Cómo lograrlo? Claridad, coherencia, publicidad, seguridad, accesibilidad, modernidad, simplicidad... La extrema diversidad de fórmulas ilustra la variedad de soluciones dadas por los codificadores a lo largo de la historia y en todo el mundo; sin embargo, la idea matriz indiscutiblemente sigue siendo racionalizar las reglas de derecho.

Esta racionalización puede, primero, consistir en la simple unión de reglas existentes y su disposición en una estructura lógica. Tal es el objetivo perseguido por todas las codificaciones privadas de la historia, después de los códigos Gregoriano y Hermogeniano; aunque también por las codificaciones oficiales de derecho constante. La racionalización puede también consistir en la modificación de reglas existentes: supresión de antinomias, de repeticiones inútiles, o de disposiciones obsoletas, incorporación de reglas para las nuevas necesidades técnicas o sociales, reescritura de textos en un estilo más accesible, adopción de reglas deliberadamente nuevas...

Sería vano y fastidioso describir este objetivo de racionalización del derecho mediante su ilustración a través de ejemplos concretos de codificación; toda vez que, consustancial a la propia codificación, este objetivo ya ha sido evocado incidentalmente y mencionado respecto de las técnicas, particularmente de los métodos de la codificación, que serán profundizados posteriormente¹.

Por consiguiente, este objetivo técnico de racionalización del derecho que persigue explícitamente toda codificación, a primera vista sólo parece suscitar aprobación unánime, su rechazo sería una «absurdidad» según los términos de Hegel², no merecería un mayor desarrollo en este marco si no ocultara peligros muy reales, tanto por su imprecisión (1) como por los efectos perversos a los que puede conducir (2).

¹. Cf, *infra* p. 189 y ss.

². Cf, F. G. Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*, Lib, Philo Vrin, 1975, § 211: «Cuando a nuestra época, se le niega a los pueblos la vocación por la legislación, esto no es sólo una injuria. Si no que hay en tal actitud cierta absurdidad que, en presencia de una multitud infinita de leyes, niega a los individuos la capacidad de reunir las en un sistema coherente, pese a que la sistematización, vale decir, la elevación a lo universal, es precisamente la aspiración infinita de nuestra época».

1. Imprecisión del objetivo de racionalización del derecho

El primer riesgo ligado a la imprecisión de este objetivo de racionalización del derecho,

es que la racionalización no es una sino varias. Como se ha observado, a propósito del movimiento francés contemporáneo de codificación de derecho constante, «la fe en el imperio espontáneo de una razón jurídica objetiva, completamente formada y perfectamente unívoca, bastó para regular todo un conjunto de cuestiones respecto de las que la epistemología, la historia y la comparación transcultural, nos dicen que es mejor cuestionarse sobre ellas»¹. En el caso particular, el milagro no surge espontáneamente a partir de la invocación de conceptos, que en apariencia pueden estar impregnados de racionalidad, pero cuyo contenido es en realidad bastante impreciso. En este sentido, un autor observó que «estas fórmulas a menudo contrarias al espíritu jurídico francés suscitan más problemas de los que resuelven...»². Como demostrará el estudio de los métodos de codificación, la racionalidad puede conducir a mil elecciones muy diferentes en la práctica, ya se trate de la estructura de un código, de su perímetro o de su numeración entre otros ejemplos³. Por consiguiente, al presentar las reglas contenidas como el fruto de una racionalidad única y neutra, la codificación consigue «ocultar la porción de historicidad y de arbitrariedad que está en el corazón de toda construcción jurídica»⁴: los conflictos de valores o de intereses sociales, así como las

¹ D. de Béchillon, *L'imaginaire d'un code*, *Droits*, 1998, n° 27, p. 180.

² F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 398.

³ Cf, *infra*, p. 189 y ss.

⁴ Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code Pénal?*, De Boeck, 1996, p. 374.

elecciones efectuadas, desaparecen detrás del argumento, en apariencia, irrefutable de la racionalidad.

Otro peligro, el objetivo de racionalización del derecho, parece suficientemente impreciso como para no ser más que un pretexto que encubre finalidades menos confesables. Si el objetivo de racionalización habita toda codificación, entonces su invocación por los codificadores, a veces muy ostentosa como para ser honesta, no siempre es neutra y puede servir para enmascarar otros objetivos: los codificadores justifican frecuentemente la codificación por la necesidad de racionalizar la regla de derecho, a fin de satisfacer un interés político o social¹. Además, detrás de una voluntad de racionalización de reglas de derecho, se pueden esconder, de manera más o menos conciente, diversas tentativas de hegemonía.

Tentativa de hegemonía del Occidente, en primer lugar: el racionalismo y sus corolarios, el gusto por el orden, la jerarquía, la unidad, impregnan la filosofía occidental y constituyen indiscutiblemente algunos de los rasgos más característicos de la civilización que ésta ha engendrado; mientras otras sociedades, como la sociedad africana, o las sociedades del Extremo Oriente por ejemplo, se han desarrollado en la multiplicidad y la complejidad. La racionalización podría así, de manera más o menos conciente, intentar asegurar el triunfo del modelo occidental y su hegemonía. Por ejemplo, es sintomático constatar que los códigos asiáticos, presentados de manera muy diferente a la de los códigos occidentales -pueden parecer irracionales al espíritu marcado por la influencia de la filosofía cartesiana, textos a menudo largos, plagados de repeticiones o de artículos que tratan la misma cuestión sin relación alguna²- tienden a ser substituidos por códigos que siguen el modelo

¹. Acerca de estos objetivos, cf. *infra*, p. 147 y ss.

². A tal punto que se pudo escribir que «si no se conocía todo el código de memoria, no se estaría jamás seguro de no olvidar artículos de pasada». Philastre, prefacio a *Le code annamite*, 2 vol., trad. francesa del Código Gia-Long, Leroux, Paris, 1876.

occidental, portador del modelo dominante de racionalidad en el mundo de hoy. Un fenómeno equivalente puede ser observado dentro del movimiento de codificación emprendido en los países africanos luego de su independencia, que, con el pretexto de la modernización y el desarrollo, tiene como función principal perpetuar la dominación económica de las potencias occidentales. Por ejemplo, al interrogarse sobre las razones que condujeron a Etiopía a adoptar un Código civil, René David, su ideólogo, confesaba francamente que el objetivo era tranquilizar a los inversionistas extranjeros para atraer capitales a ese país¹. De este modo, los autores africanos hicieron una linda jugada al denunciar «la trampa del eurocentrismo jurídico»².

Tentativa de Hegemonía de «todo pequeño mundo»³, de los juristas luego. Los juristas a veces rezongan contra la codificación que puede trastornar sus costumbres⁴, sin embargo la racionalización del derecho sólo puede ser su obra, para así asegurar su dominio, por intermedio de un conocimiento respecto del que detentan el monopolio. Claude Lévi- Strauss demostró de manera general que la escritura acompañó el nacimiento de las sociedades jerarquizadas, al facilitar el sometimiento de las masas por aquellos que dominaban su uso⁵. La escritura de la regla, su puesta en forma, genera una fractura social, se diría hoy, entre los poseedores del saber jurídico, que pueden así usar y abusar, y los profanos⁶. Las burlas y las caricaturas populares en las que los literarios, viejos como el mundo, se burlan del jurista, tratando de

¹. R. David, La refonte du Code civil dans les États africains, *Annales, africains*, 1962 p. 160 y ss.

². R. Degni-Segui, Encyclopédie juridique de l'Afrique, *Les nouvelles éditions africaines*, t. 1, 1982, p. 467

³. Para retomar el título de la novela de David Lodge, *Un tout petit monde* (Ed. Rivages), que se burla deliciosamente y pertinentemente el mundo universitario...

⁴. Cf. *supra*, p. 87.

⁵. *Tristes topiques*, Terre humaine/Poche, p 354: «El solo hecho que (la escritura) haya fielmente acompañado, la formación de ciudades e imperios, es decir, la integración en un sistema político de un número considerable de individuos y su jerarquización en castas y clases», añadiendo más adelante: «se debe admitir que la función primaria de la comunicación escrita es facilitar el sometimiento».

⁶. Cf. D. de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit?, *op. cit.*, p. 126 «la escritura del derecho provoca pues la aparición, o por lo menos la amplificación de fenómenos de casta y de monopolio. Ella limita la discusión jurídica pertinente en beneficio de algunos». El autor agrega aún más: «La forma jurídica, en muchos aspectos, no es otra cosa que un medio extremadamente sofisticado y eficaz de poner en evidencia la legalidad del estatus de aquel que pretende hacer uso de la autoridad jurídica» (p. 169).

imponer e imponerse por su vocabulario y su razonamiento hermético para el profano, hacen eco de este peligro. Entre miles de otros ejemplos, algunos escritores de moda denunciaron, después del centenario del código civil francés, a los «ministros y los sirvientes de este dios (el Código civil), hombres de máscara severa o cautelosa, de hocicos de dogos o garduñas, de picos rapaces, toda la jerarquía de los jueces y abogados... »¹. Max Weber demostró claramente que esta sistematización lógica proviene de necesidades intelectualistas, de teóricos del derecho y de los doctores formados por ellos, es decir, una aristocracia típica fundada en una formación universitaria².

Igualmente, tentativa de hegemonía positivista para tratar de reprimir todo pluralismo jurídico. El origen de la crítica remonta a Savigny, para quien el derecho no puede proceder de un código, surgido de una sola manifestación de voluntad de un legislador, que reduce la costumbre a un simple rol complementario en la interpretación de sus disposiciones³. La centralización jacobina extrema que conoció Francia desde el fin de la Revolución, puede hacer creer que el argumento es hoy obsoleto: Corsos, Bretones u Occitanos no consideran acaso exigir un derecho de divorcio o de contratos que les sea propio... Sin embargo, la crítica contra la tentativa de hegemonía positivista que efectúa la racionalización del derecho sobrevive: el decano Carbonnier observa en este sentido «la codificación, al sustituir la antigua estructura costumbrista y romanista por una arquitectura de legalidad, da al derecho una imagen poco propicia para el despertar de la imaginación sociológica⁴ ». Otro autor contemporáneo, retomando la metáfora, apunta que el jardín a la francesa querría esconder «la realidad tupida y exuberante del derecho», de ahí proviene

¹. P. et V. Margueritte, *Le prochain centenaire (La Dépêche*. 21 de julio de 1904).

². M. Weber, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 202.

³. «Todo derecho es concebido de la manera que el lenguaje común y corriente califica como costumbrista, es decir, que primero es producto del uso y de la opinión del pueblo, y luego de la jurisprudencia. Y esto es así, en todas partes, por las fuerzas internas, silenciosas, no por la arbitrariedad de un legislador». (*op. cit.*, p. 8-13 citado por A. Dufour, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVII et XIX siècles*, *Droits*, nº 24, 1996, p. 55).

⁴. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 75.

su invitación a «descubrir nuestro derecho bajo la corteza de los códigos»¹. Las transformaciones jurídicas y los traumatismos psicológicos irremediables que provocó la codificación estatal en los países donde el derecho era de formación costumbrista, en África o en el Extremo Oriente por ejemplo, muestran los equívocos de una racionalización que reprime la pluralidad. El argumento es igualmente utilizado por los partidarios del *Common Law*, cuya dimensión histórica y costumbrista fundaría su superioridad sobre un *civil law* exclusivamente monista².

Más allá de estas imprecisiones, el objetivo de la racionalización perseguido por la codificación, no está al amparo de efectos perversos, que pueden conducir a un resultado inverso de aquel buscado.

2. Efectos perversos del objetivo de racionalización del derecho

La búsqueda de racionalización de las reglas de derecho puede llevar a privilegiar la forma sobre el fondo: un «bonito derecho» podría entonces ser preferido a un «buen derecho». Como escribió Bruno Oppetit, «se ha perdido de vista la búsqueda de un derecho justo, para limitarse sólo a la expresión de la norma codificada»³. Esta tendencia puede conducir, al extremo, a sacrificar la realidad por las apariencias: ya ni siquiera es el «bonito derecho» lo que se busca, sino un derecho que parezca tal. Esta observación parece particularmente verdadera respecto de las codificaciones contemporáneas de derecho constante: todo es hecho para dar la ilusión de una coherencia y una lógica que no siempre existen, que el golpe de varita mágica del codificador-prestidigitador, retocando un texto por acá, modificando una estructura por allá, habría creado como por encantamiento.

¹. N. Rouland, *Aux confins du droit*, O. Jacob, 1991, p. 300.

². Cf. Blackstone por ejemplo, F. Lessay, Blackstone, *Common Law* et codification, *Droits*, 1998, n° 27, p. 3 et s., eespecíficamente p. 7.

³. B. Oppetit, De la codification, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 17.

La racionalización se acompaña de un efecto de ruptura¹ que aleja el derecho de sus raíces, complicando su comprensión puesto que no la facilita. La crítica todavía hace eco de las teorías de Savigny, defendiendo la elaboración de un derecho de manera progresiva e histórica². Como se ha observado a propósito del Código penal -pero la observación tiene alcance general-, el código produce un efecto de «pandeo»: «Detrás del Texto y su armada de doctores-intérpretes condenados a restablecer una verdad original, la parte de historicidad y el estatus de construcción social de la ley penal, el juego de los actores y la suma de conflictos de intereses o de valores se desvanecen en provecho de una racionalidad dogmática, que recurre a la creencia para obtener obediencia»³.

Esta ruptura con el pasado fue criticada con virulencia respecto de las codificaciones de derecho constante, que en teoría no deberían modificar el derecho existente. Como ya habíamos constatado, la codificación corta el cordón umbilical que une el texto a sus redactores, su añada o su contexto, lo que perjudica indiscutiblemente su racionalidad⁴.

La racionalización se acompaña con frecuencia de una generalización abstracta, que sería el alma de los códigos⁵, pero que puede conducir a soluciones poco satisfactorias. Lo que la codificación aporta a las reglas de derecho en espíritu de geometría, se lo resta en espíritu de fineza. Blackstone veía ya, en este inconveniente, un argumento determinante para justificar la superioridad del *Common Law*⁶; y en el siglo XIX, en Estados Unidos, el juez

¹. Cf. *supra*, p. 90.

². Cf. *supra*, p. 37.

³. Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal?*, *op. cit.*, p. 15.

⁴. Cf. *supra*, p. 92.

⁵. F. G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathe, Lib. Philo. Vrin, 1975 § 211: «Ésta (la recopilación de costumbres) se diferenciará de un verdadero código por el hecho que éste aprehende y exprime los principios del derecho por el pensamiento, es decir, pone en evidencia su universalidad y su determinación».

⁶. Cf. F. Lessay, Blackstone, *Common Law* et codification, art. citado.

Colmes enseñaba en una célebre fórmula, que las soluciones generales no resuelven los casos particulares: «General provisions do not decide concrete cases»¹. El argumento ha sido recogido en la actualidad por Hayek, quien también defiende la superioridad del *Common Law*: «la necesidad permanente de formular reglas, para distinguir lo esencial y lo contingente en los precedentes que lo guían, desarrolla en el juez de derecho consuetudinario una aptitud para despejar principios generales; ésta es raramente adquirida por un juez que opera según un catálogo supuestamente completo de reglas aplicables»². Sin embargo, estas críticas deben ser relativizadas, la regla del precedente y el sistema del *distinguishing*, por la vía de la instauración de reglas claras y ordenadas, no parecen el mejor instrumento para resolver una crisis de las fuentes del derecho. Hegel ya lo destacaba: «Juzgamos colecciones de decisiones, como las hay en el *Corpus juris civilis*, superiores a un código elaborado con sentido universal, esto, por que en aquellas decisiones siempre subsiste una cierta especificidad y recuerdos históricos que se tienden a conservar a todo precio. Hasta que punto tales colecciones son perniciosas, lo demuestra claramente la práctica del derecho inglés»³. Éstas observaciones son hoy corroboradas por la crisis, en particular la inflación desordenada, del derecho que conoce actualmente Inglaterra⁴.

La racionalización puede igualmente enfrentarse a la dimensión simplemente humana de la organización de reglas de derecho. Por no señalar más que un ejemplo: la modificación del número de los artículos 1134 o 1382 del Código civil francés, que podría derivar de una reestructuración lógica del

¹. «Las profecías de lo que deciden de hecho los tribunales, he aquí lo que entiendo por derecho, y ninguna otra definición pretenciosa» (The path of the law, 1897, citado por P. Malaurie, *Anthologie...*, *op. cit.*, p. 217).

². F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. 1: Règles et ordres, PUF, 1980, p. 105.

³. *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, § 211.

⁴. Cf. R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 321: «los hechos penetran en la estructura del derecho inglés, y acceden ellos mismos, con mucha frecuencia, al rango de regla de derecho. El uso dado en Inglaterra a los diccionarios jurídicos demuestra una cierta hipertrofia que del derecho inglés, y que los autores han muchas veces denunciado».

plan de este Código, sería un indudable factor de inseguridad jurídica. Debido a las perturbaciones que podría generar a los juristas, esta numeración está anclada en su memoria colectiva, hace parte del patrimonio del conjunto de la comunidad de juristas. Como constató Philippe Malaurie, «los grandes números son nuestras referencias»¹.

La racionalización, queriendo reunir todo el derecho existente, impide la selección que podría efectuar una prudente y selectiva memoria humana, «olvidando» las reglas inútiles²; memoria selectiva que constituye un indispensable remedio para las imperfecciones de todos los sistemas jurídicos³.

La racionalización puede entonces dirigir sobre el código las críticas contra un derecho positivo frío y descarnado: «Toda ley, con su formalismo y su autoridad, parece fácilmente antipática», nota justamente el escritor Claudio Magris⁴. Es el cruel código que trata de oponerse a la libertad del buen ladrón Jean Valjean, y conduce al inspector Javert al suicidio...⁵.

La racionalización igualmente mata la parte de poesía -puede ser poca, pero en todo caso fundamental- que hay en nuestro derecho, verdadero balón de oxígeno, respecto del que no estamos seguros resulte inútil para remediar una crisis de las fuentes del derecho. Como observa Pierre Bourdieu, «las sociedades muy poco codificadas, donde lo esencial es dejado al azar, a la improvisación, tienen un enorme encanto»⁶. Que se codifique por ejemplo, según una forma quizás más racional, pero con menos imágenes, la regla «*Qui*

¹. P. Malaurie, *Les enjeux de la codification*, AJDA, 1997, p. 644. Lo que podría contribuir a explicar la reticencia de los juristas frente a toda novedad (cf. *supra*).

². Cf. R Libchaber, obs. a la RTD civ., 1997, p. 779.

³. Cf. a propósito del derecho inglés, J.-A. Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent, *APD*, 1985, p. 114, que observa que la aparición de bancos de datos, al impedir el olvido selectivo de malas decisiones, amenazaría la regla del precedente.

⁴. Utopie et désenchantement, *L'Arpenteur*, 2000, p. 342.

⁵. «Él, Javert, había decidido correcto, contra todos los reglamentos de policía, contra toda la organización social y judicial, contra el código entero, una liberación». (*Les misérables*, Gallimard, «La Pléiade», p. 1345).

⁶. P. Bourdieu, *Habitus, code et codification*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, p. 42.

a plumé l'oie du roi cent ans après en rend la plume»¹, implica que una parte del «tesoro de los adagios del derecho»² desaparece³; pese a que frente a la crisis de las fuentes del derecho, se haya podido hablar de la «tranquilidad que generan los adagios del derecho»⁴. Sin embargo, se podría objetar que el propio código puede, en algunas ocasiones ser poético. Dejemos hablar al decano Carbonnier, maestro en la materia, «Igualmente ellos (los miembros de la comisión) tenían por vocación abordar el código civil en trances de exaltación lírica, o por lo menos, como visionarios del derecho natural. Pero, ¿qué descubrieron? Una multitud desalentadora de reglas grises, razonables y necesarias. Entonces, renunciaron a mejorarlas una a una, y consideraron más eficazmente poético, imprimirle un impulso al conjunto, salpicándolo de un pequeño número de sentencias gnómicas. No de principios en el sentido de la jerarquía de las normas, sino más bien de máximas, dando la impresión de lo inacabado, buscando en el no-derecho tanto como en la letra, un poder de sugestión, una reserva de imaginación al infinito...⁵».

La racionalización igualmente es blanco de críticas por la unificación, que es una de sus formas no impuestas⁶, pero muy extendida, y que puede afectar la pluralidad que constituye la riqueza de un sistema jurídico.

¹. N. del T.: No existiendo en castellano un proverbio equivalente ofrecemos una traducción literal, «Quién ha desplumado la oca del rey, cien años después, entrega la pluma»; y, una traducción libre que permita comprender el sentido del proverbio, «Contra el rey, sólo se prescribe después de 100 años». Presentamos ambas traducciones porque sólo así es posible explicar la utilización de este proverbio como un ejemplo de lenguaje figurado.

². G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2º ed., 2000, nº 117.

³. Comp., sin pesares por esta desaparición, G. Braibant, *Utilité et difficulté de la codification*, art. citado, p. 66. Distinto es de todas maneras la inclusión de adagios en el código de un país que los ha desconocido (ejemplo, Código tunecino de las obligaciones y de los contratos; cf. G. Cornu, *Linguistique... op. cit.*, nº 104, n 10), ya que no hay abandono de una parte de tradición, pero al contrario, aprovechamiento de otros de esta tradición.

⁴. H. Roland y L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4ª ed., 1999, p. XIII.

⁵. J. Carbonnier, *De quelques actes manqués en législation*, Études offertes à Pierre Catala, *Juris- Class.*, 2001, p. 10. El escritor Claudio Magris adopta una posición llena de matices, «Es más tentador tomar parte por la vida que por la ley, por la creatividad móvil y espontánea que por la simetría de un código. Pero hay más poesía en los párrafos de Dante, que en una imprecisión sin forma».

⁶. Cf. las observaciones de F. Géný: «Si muchas veces también hemos asociado la idea de unificación legislativa, esto sólo es una consecuencia de circunstancias accidentales, que acompañaron el nacimiento de la mayoría de los códigos modernos, y que dieron a su elaboración este fin accesorio, de naturaleza puramente política,

La unificación igualmente fue criticada por la Escuela histórica: Montesquieu ya observaba que «hay ciertas ideas de uniformidad que aprehenden a veces los grandes espíritus (como Carlomagno) pero que inevitablemente golpean a los pequeños»¹; y Savigny, se oponía a la elaboración de un código común para toda Alemania, que habría chocado con su concepción de un código nacido de las costumbres de los pueblos². El decano Carbonnier hace hoy eco, señalando que «los que se consagran a unificar el derecho, bien podrían trabajar *bona fide* en su sentencia de muerte»³.

Unificación rima con sustracción, y es indiscutible que la unificación, cualesquiera sean sus méritos, empobrece. Un autor pudo, en este sentido, criticar de manera general, «el reinado de la hegemonía de lo homogéneo, que legitima la tendencia compulsiva a reducir una diversidad de experiencias jurídicas a una, borrando los pliegues que podrían hacer desgraciadamente áspera la bella y lisa superficie del conformismo», agregando, «esto se trata de no dudar, de una forma de terrorismo intelectual»⁴.

Así, por ejemplo, cuando la elección de un régimen matrimonial de derecho común, se planteó a los redactores del Código civil Francés, algunos autores como Maleville, propusieron respetar las tradiciones populares y adoptar el régimen dotal en los países de derecho escrito y, el régimen de comunidad de bienes y de gananciales en los países de derecho consuetudinario. Esta opinión fue rechazada a causa de la fuerte voluntad de unificación del derecho sobre el conjunto del territorio, manifestado por los codificadores de 1804⁵; solución criticable que hace caso omiso de las

incapaz de influir de cualquier modo sobre su alcance jurídico». (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 52, p. 109).

¹. *De l'Esprit des lois*, libro XXIX, capítulo XIX.

². Cf. *supra*, p. 37.

³. J. Carbonnier, pref. a A. C. Papachristos, *La réception des droits étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, *Bibl. dr. Privé*, t. 142, LGDJ, 1975.

⁴. P. Legrand, *Le primat de la culture*, in *Le droit privé européen*, bajo la dir. de P. de Vareilles-Sommières, Economica, 1998, p. 10.

⁵. J. Brisset, *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*, PUF, 1967.

particularidades locales y que además se enfrenta a resistencias feroces¹: de esta manera la maquina compresora de la uniformidad extingue las reglas creadas por siglos de práctica. Aunque el código civil pudo considerar ciertas especificidades, en particular la diversidad de nuestro mundo rural², aunque la práctica o los tribunales pudieron organizar algunas islas de resistencia³, la unificación que éste generó, sólo fue empobrecedora.

El debate contemporáneo sobre la conveniencia de un código europeo, demuestra que las amenazas de carácter reductor de una unificación están siempre presentes: si bien sus partidarios consideran que la unión hace la fuerza⁴, sus opositores argumentan que ésta solamente lograría empobrecer el mosaico de los diferentes derechos de los países europeos⁵, generando la desaparición de la tradición del *Common Law*, incluso las particularidades jurídicas propias de cada país⁶. Como observó Philippe Malaurie, «la belleza de Varsovia, es distinta a la de París, que no se parece a Roma, etc. ¡Europa sería aburrida si fuese uniforme! En las vísperas de la revolución, un grito unánime sublevaba a juristas y justiciables franceses: «¡Que Dios nos guarde de la Equidad de los Parlamentos!». Más sofocado, un grito semejante se eleva entre los europeos contemporáneos: «¡Que Dios nos guarde de la uniformidad de los eurócratas⁷!».

¹. Cf. *infra*, p. 160, n. 2.

². Cf. P. Malaurie., Les enjeux de la codification, art. citado, y los ejemplos citados: art. 663 671, 674, 1777.

³. Cf. J.-L. Halpérin, *Le code civil, op. cit.*, p. 128, que evoca la supervivencia del régimen dotal en el Mediodía Francés, o la oposición de muchas jurisdicciones del Mediodía y de la Corte de casación a propósito de la partición de la herencia realizada por el ascendiente.

⁴. Cf. por ejemplo, C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D*, 2000, p. 82: «La diversidad de lenguas y de culturas en Europa, lejos de ser una objeción para un Eurocódigo, aboga masivamente a favor de un cuerpo de reglas comunes. Este fruto de una coalición de culturas, podrá a fin de cuentas, influir fuera de Europa, donde no pueden hacerlo los derechos nacionales de obligaciones».

⁵. P. Legrand, Sens et non-sens d'un Code civil européen, *RIDC*, 1996, p. 803 (alegato virulento contra un Código civil europeo): «La defensa de un código civil europeo representa, de hecho, un ataque contra el pluralismo del derecho, un deseo de eliminar las antinomias en el mapa jurídico de Europa, y una voluntad de borrar las especificidades a escala local».

⁶. Cf. G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, p. 352: «El unitarismo comunitario sería una empresa reductora, recesiva y totalitaria, la obsesión fusionista una aberración cultural. Víctima del objetivo de uniformidad, la religión única que se complacería -lo diabólico del poder ayuda- habría superado los límites de su legitimidad y de la razón».

⁷. P. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, *JCP*, 2002, I. 110, n° 12.

Así se explica que la codificación a veces haya renunciado a la unificación. El Código prusiano de 1794, el ALR, reconoce autoridad a los derechos locales anteriores, costumbres de provincias y estatutos de ciudades, y sólo se impone a ellos subsidiariamente como derecho común. Asimismo, el Código civil español de 1889 sólo contiene algunas pocas disposiciones aplicables al conjunto del país, las otras, son de aplicación supletoria en relación a los fueros, costumbres propias de cada provincia. Para neutralizar las críticas formuladas contra un eventual Código civil europeo, se ha considerado concebirlo como una suerte de ley modelo, proponiendo varias versiones, de las cuales cada Estado podría elegir aquella que le fuera más apropiada.¹

A estos inconvenientes de la unificación, que acompañan a menudo la racionalización del derecho que persigue todo codificador, podría agregarse que el mejor fermento de unidad puede, al contrario, residir en la diversidad; como demostró magistralmente Fernand Braudel en el plano histórico para la Nación francesa en "*L'identité de la France*"²...

Por último, una racionalidad mal concebida puede llegar al extremo de alimentar la inseguridad jurídica, a la que debería combatir. Así, un autor pudo hablar a propósito de las actuales codificaciones de derecho constante «de una racionalidad que ya no es razonable»³. Entre otros ejemplos, también en relación a la numeración de los artículos del código, no es seguro que la nueva numeración de los artículos de los códigos contemporáneos de derecho constante, por su complejidad, permita un acceso más fácil a las normas⁴.

Un exceso de racionalidad produce igualmente el efecto inverso del buscado, como bien lo describió Georges Perec: «ciertamente es tentador

¹. Cf. C. Witz, *Plaidoyer...*, art. citado, p. 82 «Una ley-modelo, flexible, y tres o cuatro versiones, para un mercado de 350 millones de habitantes, ¡qué progreso! Así, entre el clan de Thibaut y el de Savigny podría formarse una escuela a favor de una tercera vía».

². *L'identité de la France*, Arthaud, 1986, específicamente t. 2: *Los hombres y las cosas*, conclusión general: «Diversidad y unidad».

³. S. Guy; *Une utopie: la codification*, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1996, n° 26, p. 307.

⁴. Cf. *infra*, p. 251 y ss.

querer distribuir el mundo entero según un código único; una ley universal regiría el conjunto de fenómenos: dos hemisferios, cinco continentes, femenino y masculino, animal y vegetal, singular y plural, derecha e izquierda, cuatro estaciones, cinco sentidos, seis vocales, siete días, doce meses, veintiséis letras».

«Desgraciadamente esto no funciona, nunca logró funcionar realmente, y no funcionará jamás»¹.

Detrás de una finalidad técnica en apariencia indiscutible, se esconden por tanto inconvenientes no despreciables. Sin embargo, este objetivo técnico rara vez constituye el único objetivo perseguido por las codificaciones: finalidades sociales la habitan con frecuencia.

II - FINALIDADES SOCIALES

Al extremo, codificar es civilizar. *Ubi societas, ibi jus*: el derecho está en el corazón de toda sociedad humana, su manifestación más visible y simbólica que constituye el código, reflejo de los valores de la sociedad que él engendra, puede ser concebido como un instrumento de civilización. Como se ha justamente escrito: «Un código participa en la definición, en la difusión, y en la garantía del “bien común” de una sociedad. Lo instituye al mismo tiempo que se constituye como garante»². Esta función civilizadora del código pudo ser concebida por el uso externo como interno.

La vocación civilizadora y universal de la Revolución, se destaca en el artículo del proyecto de constitución de Saint-Just, el cual dispone que «el

¹. G. Pérec, *Penser/Classer*, Hachette, 1985, p. 155.

². P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 18.

pueblo francés vota la libertad del mundo», perduró bajo el Imperio, y la exportación del Código civil en los equipajes de la armada francesa pudo estar investida de una misión civilizadora. Aunque este ideal haya sido ampliamente opacado por las preocupaciones más políticas de Napoleón Bonaparte¹, como su desprecio por la libertad, de donde proviene la paradoja de un Código concebido por el mundo entero como una catequesis de libertad, instaurado por un régimen autoritario y liberticida. Paradoja que subraya bien el mordaz resumen de Chateaubriand: «El 21 de marzo de 1804 trae la muerte del duque d'Enghien: ya se los he narrado. El mismo día, el Código civil o el Código de Napoleón fue promulgado para enseñarnos a respetar las leyes»². Esta misión civilizadora de la codificación francesa, aún es destacada por la doctrina y reforzada por el aura adquirida por el Código civil en el transcurso de los años³.

No es extraño que la colonización, la que se asignaba una misión «civilizadora» de las poblaciones colonizadas, haya estado asociada a la tarea de codificación, concebida «como una obligación moral en respuesta a un ideal de civilización»⁴, predicada por pastores impregnados de un celo idealista, que a veces, puede hacer sonreír⁵...

Otra ilustración de esta misión civilizadora ligada a la codificación, hoy, después de la caída del comunismo en los países de la Europa central y oriental, el Consejo de Europa, consciente del rol de la codificación en la

¹. Cf. Carta al Rey José, 5 de junio de 1806: «Establezca el código civil en Nápoles; todo lo que no os resulte importante en pocos años será destruido, y todo lo que usted quiera conservar se consolidará. He aquí la gran ventaja del Código Civil» (citado, por J.-M. Carbasse, Introduction..., *op. cit.*, n° 217).

². *Mémoires d'outre-tombe*, troisième partie, livre 20, Livre de poche, p. 688.

³. M. Vanel, *Rép. civ. Dalloz*, v. Code civil n° 175: «El código civil es más que una presentación de reglas técnicas, contiene un espíritu de libertad, un respeto a la persona, fundamentos de nuestra civilización que deben estar solemnemente afirmados».

⁴. E. de Mari, *Le coeur ou le code, La codification pénale en Indochine à la frontière de deux traditions*, in *Histoire de la codification juridique au Vietnam*, Temps & Droits, 2001. p. 257.

⁵. «El administrador Poulain fue uno de aquellos, que por los azares de la profesión durante un período fue un improvisado profesor de derecho civil en plantaciones de arroz, recorriendo su provincia con el Código Napoleón en la mano, para tratar de hacer comprender a las poblaciones locales nociones jurídicas perfectamente occidentales... sin que ninguno de sus interlocutores hubiera hecho jamás la distinción entre muebles e inmuebles, por que aparte de la plantación de arroz que él cultiva, (annamita) y cuyo valor puede ser considerable, la casa que lo resguarda es a menudo menos costosa que el búfalo que le permite plantar el arroz. (J.-P. Royer, *Le Code civil du Tonkin à l'usage des juridictions indigènes promulgués le 30 mars 1931*, *Histoire de la codification juridique au Vietnam*, *op. cit.*, p. 325).

construcción de un Estado de derecho, lo convirtió en uno de los temas principales en los programas de cooperación jurídica con estos países, a fin de facilitar su transición hacia la democracia¹.

Esta función civilizadora de la codificación puede igualmente estar destinada a los ciudadanos del Estado en el que ella es emprendida. El código es por tanto, adoptado como lo sería un manual fundamental de instrucción cívica, «un catecismo del ciudadano», con el rol de «codificar el espíritu mismo de aquellos a quienes se dirige»². A fin de facilitar esta función civilizadora y mantener la ilusión de que el código es accesible a todos³, los poderes públicos aseguran entonces una amplia difusión. Así por ejemplo, el Código civil suizo, una vez adoptado, fue distribuido en todas las familias. En la misma línea, Cambacérès, escribe muy concretamente a Bonaparte: «El código redactado por vuestras ordenes debe ser el manual de los franceses, por esto he invitado al ciudadano Rondonneau a publicarlo en un formato que todos puedan tener, con el fin de aplicar los textos que esta obra contiene a los casos que ocurren en la vida civil», agregando: «Sería bueno que los habitantes de nuestros nuevos departamentos vean algunas veces al jefe de Estado hojear nuestro nuevo código...»⁴.

Este rol civilizador de la codificación, traducción de una función pedagógica asignada a la ley⁵, ya conocida por la filosofía griega⁶, se expandió en el siglo de las Luces. De esta manera, Catalina II recomienda la utilización de libros de catecismo o códigos de leyes para que aprendan a leer los

¹. S. Leyenberger, *Les enjeux de la codification dans les pays d'Europe centrale et orientale: la coopération du Conseil de l'Europe*, *Rev. fr. d'adm, pub*, 1997, n° 82, p. 307 y ss.

². A. Sériaux, *Le droit: une introduction*, *op. cit.*, p. 99.

³. Sobre esta idea, cf. *infra*, p. 218 y ss.

⁴. Carta a Bonaparte de «11 mesidor año XI» (1 de Julio de 1803), citado por L. de Brancion, Cambacérès, *maître d'œuvre de Napoléon*, Perrin, 2001, p. 370.

⁵. Sobre esta función y una de sus manifestaciones más resaltante en el prólogo de los códigos, cf. *infra*.

⁶. Cf. J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les Belles lettres, 2001, p. 229 y ss. que cita en particular la Protágoras de Platón aconsejando hacer aprender las leyes a los niños en el colegio. (p. 234).

escolares¹; Diderot recoge este deseo precisando: «Habrá que prescribir, que en todas las escuelas se utilice para enseñar a leer a los niños, ya sea el catecismo, ya sea el código». Rousseau prevé igualmente que «estos códigos no serán solamente enseñados en las universidades, sino que también en los colegios». El éxito en un examen de conocimiento sobre estos códigos es un preámbulo para acceder a la nobleza²... La idea es recogida por Bentham: «El padre de familia, con el texto de la leyes en la mano podría, sin intérprete, enseñarle él mismo a sus hijos, y así otorgarle a los preceptos de la moral privada, la fuerza y la dignidad de la moral pública»³. Ciertos códigos del período revolucionario están marcados por este ideal. El Código propuesto por Cambacérès en 1794, compuesto de 297 artículos, sería según los términos de su autor: «una selección de preceptos donde cada uno puede encontrar las reglas para su conducta en la vida civil»⁴. Asimismo, adoptado a fines de un siglo habitado «de una ansia por enseñar y legislar», el Código civil francés «proviene de una misma vocación, un mismo deseo pasional de modelar la materia humana»⁵. El decano Carbonnier no dudó en comparar la misión civilizadora del Código civil durante la IIIª República con la de los maestros de escuela: «Entre el libro de la ley y esas casas, donde los niños iban a aprender a leer, escribir y contar, había una complementariedad espiritual».⁶

Esta misión civilizadora es particularmente ostensible respecto de los códigos penales, la expresión más tangible del orden jurídico para la opinión pública. De esta forma, el primer Código penal francés adoptado por la

¹. Citado por Y. Cartuyvels, *D'où vient le code pénal*, op. cit., p. 185.

². J.-J. Rousseau, *Considération sur le gouvernement de Pologne et sur la réformation projetée* en avril 1772, Garnier, p. 382: «Todos los nobles antes de estar inscritos en el libro de oro, que les debe abrir la puerta a una asamblea local, deben rendir sobre estos códigos, en particular sobre el primero (el código político), un examen que no es una simple formalidad y respecto del que, si no están suficientemente instruidos, serán reprobados hasta que mejoren».

³. J. Bentham, *Traité de législation*, por E. Durmont, 2ª ed., 1820, t. 3, p. 400.

⁴. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1 p. 140.

⁵. Cf. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit. p. 80.

⁶. Le Code civil, in *Les lieux de mémoire*, art. citado, p. 304.

Asamblea constituyente, fue concebido como el reverso del «catecismo revolucionario», el anverso estando constituido por la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y la Constitución de 1791¹. Objetivos similares inspiraron a códigos penales anteriores² y posteriores³, y al nuevo Código penal francés de 1994, el que indudablemente está habitado de una misión civilizadora del conjunto de la sociedad⁴.

Si esta finalidad encanta más o menos en forma consciente a todo codificador, más prosaicamente, una codificación parece, a menudo, querida por sus redactores para consagrar nuevas relaciones sociales (1) o unificar pueblos (2).

1. Consagración de un nuevo orden social

Al margen de toda crisis social, el efecto de cristalización de la codificación⁵, sólo puede generar que un grupo social dominante intente establecer una correlación de fuerzas que le resulte favorable. Georges Ripert puso en evidencia que la regla jurídica es, cualquiera que sea la época, el fruto de luchas que marcan toda sociedad⁶. Ya el código de Hammurabi consagraba la preponderancia de una clase dominante de comerciantes, que el rey apoya por intereses fiscales y políticos⁷. Un autor, por ejemplo, demostró que si las *Cortes* castellanas, a lo largo del siglo XVI, no cesan de reclamar una

¹. A. Soboul, *La Révolution française*, Gallimard, 1984, p. 183 y ss.

². Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal*, *op. cit.*, específicamente p. 372- 377.

³. Cf. P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoel, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989.

⁴. Cf. R. Badinter, *Présentation du projet de Code pénal*, Dalloz, 1988: El nuevo código penal está «inspirado por los derechos del hombre... estos son aquellos en que se basa la conciencia francesa de nuestros tiempos... constituye la afirmación de una ética social fundada sobre un cierta idea del hombre, considerado como un titular de derechos fundamentales, y cuyo respeto se impone a todos, y compromete al Estado».

⁵. Cf. *supra*. p. 96.

⁶. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 28: «En la realidad la regla jurídica fue promulgada por que una fuerza social exigió su existencia, triunfando sobre aquellos que se oponían o aprovechándose de los que eran indiferentes».

⁷. M. Weber, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 199.

codificación de la legislación es también, y sin duda fundamentalmente, porque la nobleza castellana quiere beneficiarse de su preeminencia para obtener una consagración oficial de reglas que le son favorables¹.

Pero la codificación, casi siempre, se inscribe en el término de una crisis social, permitiendo entonces, establecer las nuevas normas jurídicas resultantes de esta modificación de las relaciones sociales. Esto se traduce en la mayoría de los casos en el reconocimiento de las pretensiones de quienes han desencadenado la crisis. Ella asegura igualmente la consagración simbólica de su triunfo, facilita el retorno a la calma después de un período de disturbios, y reestablece la seguridad jurídica perturbada por el cuestionamiento de las antiguas reglas. Los vientos ideológicos amainan, «obra de razón, ésta permite cerrar una revolución»². El código sella el armisticio social, consolidándolo para el porvenir alrededor de valores que fundan la nueva sociedad, calmándola y revitalizándola. Esta función, a la vez pacificadora, fundadora y dinámica de la codificación constituye, sin suda, la más gloriosa y valorada para su imagen. Como escribe en este sentido el Decano Cornu «la virtud esencial de la codificación está en la capacidad que ella demostró de renovar el derecho de una sociedad, expresando en ella los valores de su tiempo»³.

La constatación fue esbozada a propósito de las codificaciones penales, muchas de ellas adoptadas a luego de profundas crisis políticas y sociales⁴, sin embargo, nos parece que puede ser ampliamente generalizada. Jean Gaudemet observaba ya en el Oriente o en Grecia Antigua, este llamado que los débiles hacían a la legislación para remediar la arbitrariedad y las injusticias:

¹. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 31 y 295.

². F. Terré y A. Outin-Adam, *Codifier est un art difficile...*, art. citado, p. 99.

³. G. Cornu, *Codification contemporaine: valeurs et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 361.

⁴. Cf. J. Gaudemet, *La Révolution et le droit*, in *Sociologie historique du droit*, *op. cit.*, p. 55, que presenta con prudencia esta correlación.

es así que el código de Ur-Nammu, pretende proteger al huérfano y a la viuda contra los poderosos; el Código de Hammurabi, desde el inicio de su prólogo se caracteriza por la preocupación de que «el fuerte no oprima al más débil»¹, verdadero «credo» de los códigos mesopotámicos²; y, es por esta razón que muchas ciudades griegas exigían a los legisladores, codificar su derecho³. En Roma de los siglos VI-V antes de Cristo, como lo demuestran claramente Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, la plebe aplastada por la oligarquía y por el *imperio* consular multiplica las rebeliones. El poder cede y nombra una comisión de *decemvirs*, dotada de poderes plenos y encargada de redactar la Ley de las XII Tablas, que consagra las nuevas reivindicaciones plebeyas y las instituciones destinadas a garantizarlas⁴. Este fenómeno fue claramente puesto en evidencia a propósito de este último ejemplo, y además generalizado por Max Weber, observando que «los interesados en estas redacciones son las clases sociales, que hasta ese momento son las que más sufrieron por la falta de normas jurídicas unívocas y generales»⁵.

El código civil francés, adoptado a fines de un período de transformaciones sociales y luego que el derecho privado del Antiguo Régimen fuera profundamente modificado por la legislación revolucionaria, constituye la marca de un nuevo orden social que concilia el pasado con la modernidad. Este deseo de conciliación se observa claramente en la composición de la comisión de elaboración del Código civil, en la que participan partidarios del Antiguo Régimen tanto como partidarios de la Revolución.

¹. *Le Code d'Hammurabi*, Le Cerf 1998, trad. A. Finet, p. 31.

². S. Lafont, Codification et subsidiarité dans le droits de Proche-Orient ancien, in *La Codification des lois dans l'Antiquité*, Actes de colloque de Strasbourg, 27-29 novembre 1997, *op. cit.*, p. 54.

³. J. Gaudemet, *La codification...*, art. citado, p. 245.

⁴. M. Humbert, Les XII Tables, une codification? *Droits*, 1998, n° 27, específicamente p. 106.

⁵. M. Weber, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 196. Adde: P. Grimal, *La civilisation romaine*, Champs Flammarion, 1981, p. 102: «Esto se debe a que existía una plebe exterior a las *gentes*, que hizo necesario hacer intervenir un árbitro con autoridad sobre unos y otros, capaz de asegurar la solución de los conflictos que sobrevienen no sólo entre *gentes*, pero, - lo que es más importante para el desarrollo del derecho- entre éstas e individuos aislados, que no estaban protegidos por ningún grupo intermedio, entre ellos y el Estado».

Otros ejemplos contemporáneos abundan. En 1867 en Japón, bajo la amenaza occidental, el último *Shogun* de los Tokugawa, restablece todos los poderes políticos en manos del Emperador, poniendo fin al gobierno militar que duró setecientos años. Una de las funciones asignadas a las codificaciones emprendidas al principio de la era Meiji, fue la de consagrar este cambio fortaleciendo el poder imperial, restaurado nuevamente ante los señores feudales aún poderosos¹. Otra ilustración, en China «los seis códigos de Guomintang», adoptados luego de la instauración de la República, reflejan el nuevo orden social: «Al nuevo orden social republicano, le hacía falta un nuevo espíritu revolucionario, democrático, moderno... Una codificación moderna debía tener estos elementos»². Asimismo, los códigos adoptados luego de la muerte de Mao, Código penal de 1980 o Código de procedimiento civil de 1982, traducen el giro político del país, la voluntad, «de borrar el período más utópico de su historia»³ que es la Revolución cultural, para asentar la nueva sociedad sobre un fundamento jurídico nuevo; movimiento de codificación que no puede estar en vías de extinguirse, en sintonía con las profundas mutaciones contemporáneas de la sociedad china⁴. Los códigos adoptados en la URSS, poco después de la instauración del comunismo en 1917, cuando la agitación revolucionaria se tranquiliza, muestran claramente la voluntad de consagrar este nuevo orden social, así lo prueba la celeridad de esta codificación. De este modo, una obra «oficial» de la época, advierte en este sentido: «La historia moderna no conoce otros casos de codificaciones tan rápidas luego de una transformación social»⁵. El mismo fenómeno se produjo en los países de

¹. E. Schaeffer, De l'importation de codes..., art. citado, p. 265.

². *Ibid.*, p. 268.

³. J. Tao, *Le droit chinois contemporain, op. cit.*, p. 23.

⁴. X.-Y. Li- Kotovtchikhime, La réforme du droit chinois par codification, *RID comp.*, 2000, p. 529 y ss. específicamente p. 538: «El desarrollo económico chino necesitará ciertamente la constitución de una sociedad civil basada en las nociones del derecho, igualdad, y respeto por la persona humana, en la cual la codificación será necesaria en todas las materias del derecho». *Adde*: M. Delmas- Marty, La construction d'un État de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances, *D*, 2002, p. 2484 y ss.

⁵. Introduction au droit soviétique, bajo la dir. de V. Koudriatsev, M. Kroutogolov y V. Toumanov, Éd. du progrès, Moscú 1987, p. 9.

Europa oriental después de la Segunda Guerra mundial: los códigos adoptados tienen por misión asentar el nuevo orden resultante de la Revolución socialista¹. La desestalinización en URSS y en los países satélites, se acompañan de una segunda ola de codificación, destinada a «responder a las mutaciones sociales del período transcurrido»². Desde la caída del comunismo, el código es concebido en los países de Europa central y oriental como un elemento esencial del Estado de derecho, permitiendo asentar y garantizar el nuevo orden social, y, facilitando la instauración de la economía de mercado³. Un autor pudo así observar a propósito del código civil de la Federación Rusa, entrado en vigor en 1996, que «representa el aprendizaje legislativo, conceptual e ideológico, más importante realizado durante este período de reformas democráticas en Rusia»⁴. En los países donde el comunismo se mantiene en el poder, la crisis económica de los años 1980 impuso una revolución pasiva de la sociedad; una nueva ola de códigos intenta consagrar este orden económico combinando socialismo y capitalismo. Así en Vietnam, una política llamada de «Renovación» (*Doi-Moi*) instaurada a partir de 1986, condujo entre otros, a la adopción en 1995 de un Nuevo Código civil, entrado en vigor el 1° de julio de 1996⁵. Un último ejemplo, la independencia de numerosos Estados Africanos, que se acompaña de la construcción de una nueva sociedad que descansa sobre un nuevo orden jurídico nacional, desembocó en una fase de intensa codificación en la mayoría de estos Estados entre 1960 y 1970. Como se ha escrito «la llama de los códigos toma, en efecto, la forma, pero también la

¹. Cf. V. Knapp, La codification du droit civil dans les pays socialistes européens, *RID comp.*, 1979, p. 733 y ss.

². V. Koudriatsev, M. Kroutogolov, V. Toumanov, *Introduction au droit soviétique*, op. cit., p. 15.

³. Cf. S. Leyenberger, Les enjeux de la codification dans les pays d'Europe centrale et orientale: la coopération du Conseil de l'Europe, *Rev. Fr. d'adm. Pub.*, n° 82, 1997, p. 307 y ss ; G. Ajani, La circulation des modèles juridiques dans le droit postsocialiste, *RID comp.*, 1994, p. 1087 y ss.

⁴. S. S. Alexeïev, Les perspectives de développement du droit privé en Russie, *RID comp.*, 2001, p. 159.

⁵. Cf. P. Bézard, L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne, in *Histoire de la codification au Vietnam*, op. cit., p. 379 y ss.

violencia de un fuego que quema la maleza, que abraza todo el bosque jurídico del continente africano»¹.

En sintonía con esta unificación social, las codificaciones persiguen muchas veces el objetivo de unificar los pueblos que ellas rigen.

2. Unificación de pueblos

Después de una unificación jurídica², una codificación puede igualmente facilitar la unificación de pueblos social (a) o geográficamente (b) divididos. Como se ha constatado la empresa (de codificación) sobrepasa simples objetivos jurídicos, ésta responde a un interés político: «la unidad del derecho sirve a la unidad del Estado»³.

a) Unificación social

Como toda norma jurídica, el código contribuye a organizar las relaciones sociales, tejiendo vínculos que refuerzan la cohesión de una sociedad. De manera más específica, al consagrar un nuevo orden social luego de una crisis, la codificación contribuye a la reconciliación, por tanto a la unificación de las pueblos divididos.

De este modo, la ley de las XII Tablas reconciliando patricios y plebeyos, es unánimemente reconocida como «una fuente de concordia»⁴.

El Código civil francés representa sin duda el mejor ejemplo, constituyendo el resultado del proceso de homogenización de la Nación

¹. Cf. R. Degni-Segui, - Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 1: *Les nouvelles éditions africaines*, 1982, p. 455.

². Cf. *supra*. p. 144 y ss.

³. J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 31.

⁴. M. Humbert, *Institutions sociales et politiques de l'Antiquité*, Dalloz, 7° ed., n° 299.

francesa, comenzado con las Ordenanzas de Montils-lez-Tours; homogenización tanto más exitosa en cuanto es efectuada progresivamente, el Código civil supo, en ocasiones, ocuparse de las especificidades, proponiendo reglas supletorias más que imponiendo reglas imperativas¹. Este código civil, que hace parte, como se ha bellamente escrito, «de estas *masses de granit*² que el Primer cónsul quería echar sobre el suelo francés para reunir a los individuos aislados como granos de arena»³, ha devenido «símbolo de unidad», recientemente consagrado como «lugar de memoria» de la Nación⁴. Es sintomático de observar que incluso los adversarios más feroces de la codificación, reconocen esta virtud federativa al Código civil de 1804⁵.

Sin embargo, esta importante función de unificación social no debe ser exagerada: la codificación no puede hacer milagros, y como se ha justamente observado: «la codificación unifica una nación en vías de cohesión, y por tanto separa, una nación en vías de escisión»⁶.

La codificación en la época colonial ilustra bien la relatividad de esta función de unificación social de la codificación: según la época y los países, la codificación en las colonias sirve para incorporar los pueblos indígenas aplicándoles el código de la metrópoli, o para separar indígenas y europeos, aplicándoles códigos distintos⁷.

De una manera similar, un autor observa, hoy en Francia, que la multiplicación de códigos traduce la consagración de reivindicaciones

¹. Cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil, op. cit.*, p. 292: «Una de las grandes fortalezas del código civil fue multiplicar las normas supletorias de la voluntad, al lado de las leyes imperativas».

². N. del T.: Expresión acuñada por el propio Napoleón para referirse al conjunto de modificaciones e instituciones aportadas por él para reformar Francia. Algunas de éstas son: el *Concordat* de 1801, el Código civil de 1804, el *Conseil d'État* (aunque éste remonta sus orígenes al siglo XII, es Napoleón quien le otorga las funciones que ejerce en la actualidad), la Legión extranjera, el Banco de Francia, entre otras.

³. *Ibid.*, p. 265.

⁴. J. Carbonnier, *Le Code civil*, art. citado, p. 293.

⁵. Cf. P. Legrand, *Le droit comparé, op. cit.*, p. 98: «Recordemos como el Código civil francés, por ejemplo, supo ganarse la afección de los Franceses, contribuyendo a crear un derecho francés, y por ahí, Francia».

⁶. J. Fourré, *Les codification récentes et l'unité du droit en France, Revue jurid. et polit. Indépendance et coopération*, 1986, p. 735.

⁷. Cf. E. de Mari, *Le coeur ou le code? La codification pénale en Indochine à la frontière de deux traditions*, in *Histoire de la codification juridique au Vietnam, op. cit.*

sectoriales, lo que provoca la división de la sociedad: «La combinación de corporativismo y de tecnicidad administrativa conduce a una separación del derecho, que reproduce la misma separación de la sociedad»¹.

Este afán de unificación de los pueblos, puede igualmente operar fuera de toda crisis social, para tratar de acercar pueblos que están geográficamente separados.

b) Unificación geográfica

La codificación acompaña o sigue una reunificación de pueblos bajo el regazo de un mismo Estado, que une muchas entidades, o incluso es creado por entero. Max Weber señalaba ya que «la necesidad de pacificar estructuras políticas étnicamente heterogéneas, exige imperativamente la fijación del derecho efectivamente en vigor»². Como observaba Frédéric Portalis: «Luego de una larga existencia en paralelo, una misma prosperidad, y numerosas uniones producidas por matrimonios entre distintas razas, se forma entre ellas una comunidad de intereses; esta identidad de intereses conlleva una cohesión más completa entre los sujetos de un mismo Estado, y las poblaciones unidas de este modo en realidad forman un solo un pueblo, en que las ideas, las glorias, la fortuna, el nombre y el lenguaje devienen comunes. La necesidad de unirlos por una misma legislación se hace sentir entonces; ha llegado el momento de llevar a cabo en el derecho, por medio de la uniformidad de la legislación, esta fusión que ya existe de hecho...»³.

¹. J. Fourré, art. citado, Sur le risque de codes corporatistes ou bureaucratiques, cf. *infra*. p. 276.

². M. Weber, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 198. Adde: G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 363: «Es histórico que la unidad jurídica que conlleva la codificación es un producto o una promesa -o incluso una hermana inseparable- de la unidad política, y que la afirmación de identidad en una sociedad dada, culmina con la promulgación de un código».

³. F. Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, 1838, Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1989, p. III.

Los primeros ejemplos de codificación unidos a la unificación geográfica de pueblos divididos, pueden ser encontrados en los comienzos de la Historia. El código de Hammurabi materializa la fusión de las provincias de Agadé y de Sumeria, integrando derechos surgidos de tradiciones distintas. En Roma el código Teodosiano, interviene poco después de la división entre el imperio de Oriente y el imperio de Occidente: aplicándose uniformemente en uno y otro se busca reafirmar la unidad del Imperio¹. La preocupación de unificar pueblos diferentes, de armonizar «la yuxtaposición de razas» resultante de las invasiones bárbaras, explica igualmente las codificaciones que aparecen en los diferentes Estados, nacidos luego de la caída del imperio romano, en particular el breviario de Alarico. Preocupación que culmina en la legislación carolingia, como aconseja el obispo Agobard a Luis el Piadoso: «Al cielo le gustaría que, unidos por un solo rey muy piadoso, todos los pueblos fuesen regidos por una sola ley: esto favorecería la concordia en la Ciudad de Dios»². La creación del reino franco de Jerusalén, efímero principado cristiano que los cruzados fundan en el siglo XI en el Cercano Oriente, se acompaña de una redacción de leyes civiles y criminales, que pueden ser emparentadas a una codificación con el fin de federar el nuevo Estado: *les Lettres du Sépulcre* llamadas a veces *Ley de Godofredo* (de Bouillón)³. La instauración del imperio de Gengis Khan se prolonga por una codificación, el *jasaq*, que tenía en particular por función unir definitivamente en un marco jurídico, pueblos ya emparentados por un modo de vida, dialectos y tradiciones comunes⁴.

Algunos siglos después, tal es la función de la codificación francesa de 1804, reunir los pueblos de los países de derecho consuetudinario con los de los países de derecho escrito, como señala Portalis: «Nosotros ya no somos

¹. Cf. M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 7^a ed., 2000, n° 573.

². Cf. J.-M. Carbasse, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 60.

³. A. Leca, *La genèse du droit*, *op. cit.*, n° 27.

⁴. M. Hoang, *Gengis Khan*, Fayard, 1998, p. 197.

Provenzales, Bretones o Alsacianos, sino que somos Franceses¹ ». La unificación de las poblaciones constituye ya una preocupación en los proyectos del Código civil de la Revolución, en particular el de 1793 que «debía ser como una clara manifestación de unidad de la República frente al federalismo girondino²». No se debe al azar que la adopción del Código civil haya coincidido con el establecimiento del régimen político más centralizado que Francia haya conocido a lo largo de su historia. Este aspecto unificador nacional está aún presente hoy, como destacan los adversarios de un Código civil europeo³.

Los movimientos nacionalistas que sacuden a Europa en el siglo XIX, que conducen a la creación de nuevos Estados, se acompañan de la adopción de un código nacional relacionado a la unificación.

Las primeras aspiraciones de un código de derecho alemán unificado, señaladas particularmente por Thibaut⁴, surgen luego de la liberación de la ocupación napoleónica, en un momento en que el ferviente patriotismo une al conjunto del pueblo alemán. Estas aspiraciones van a concretizarse a fines del siglo XIX, el BGB debe ser la traducción jurídica de la unidad alemana de 1871, y pone asimismo fin a un sistema jurídico fracturado, con el fin de preservar la unidad de los pueblos alemanes.

Así mismo, cuando los principados de Valaquia y de Moldavia se unieron en el reino de Rumania, eligiendo al mismo príncipe, se buscó rápidamente una unificación legislativa, la que se concretizó por la adopción en 1865 de un Código civil inspirado de su homólogo francés⁵.

La codificación acompaña igualmente la fusión de pueblos divididos en el Estado italiano: es un código directamente inspirado del modelo francés, ya en

¹. Presentación de los motivos del proyecto de ley en relación a la reunión de las leyes civiles en un solo cuerpo de leyes, bajo el título Código civil de los Franceses, presentado el 26 ventoso, año XII, in Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, op. cit., p. 180.

². J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, op. cit., p. 114.

³. Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D*, 2002, p. 2006: «El derecho civil francés, constituye un elemento importante de los cimientos de la sociedad francesa ».

⁴. Cf. *supra*.

⁵. Cf. C. Witz, Rapport introductif sur l'Europe centrale, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 311.

vigor en el reino de Piamonte-Cerdeña -región donde se inicia la lucha por la unidad-, que es adoptado en 1865 en pleno proceso de unificación¹.

La codificación suiza constituye el resultado del proceso de agregación de los diferentes cantones, que requieren un derecho común para sustituir los códigos adoptados a lo largo del siglo XIX por la mayoría de ellos². Como un autor observó, el Código civil «fortaleció en los suizos, la conciencia de formar un solo pueblo»³.

Esta función de unificación de los pueblos se encuentra en numerosas codificaciones del siglo XX.

En Turquía, las codificaciones emprendidas por Atatürk debían asegurar la unificación de numerosos y diversos grupos étnicos y sociales⁴.

Igualmente, después de la Segunda Guerra mundial, la preocupación de unificar jurídicamente los pueblos del nuevo Estado de Israel desemboca en las diversas codificaciones emprendidas a partir de los años 1960⁵.

El intenso movimiento de codificación que acompaña la colonización es entre otros, explicado por la preocupación de unificar en el seno de un nuevo Estado diversas etnias. Este efecto unificador es en este caso fortalecido por la adopción de un código extranjero, con frecuencia aquel de la antigua potencia colonial, evitando así que un grupo tribal impusiera a los otros sus propias reglas, lo que sin duda habría sido conflictivo⁶.

¹. Cf. A. Gambaro y A. Guarnri, Rapport italien, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 77 y ss.

². H. Marie de Riedmatten, La codification et l'évolution du droit suisse, *Revue juridique et politique Indépendance et coopération* 1986, p. 835.

³. W. Yung, Le Code civil suisse et nous, *Rev. de droit suisse*, vol. 80 (1961), II, p. 323.

⁴. E. Schaeffer, De l'importation..., art. citado p. 271.

⁵. C. Klein, *Le droit israélien*, PUF, «Que sais-je?», 1990. p. 82 y ss.

⁶. Cf. R. Degni-Segui, Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 1: *Les nouvelles éditions africaines*, p. 460, y los objetivos citados de M. Alphonse Boni, entonces presidente de la Corte suprema de Costa de Marfil: «Cualquiera sea la elección respecto de cada materia, los cuatros quintos de la población, verán que se les aplica una norma de derecho que les es también ajena, que no será la ley francesa o la ley italiana. Entonces, porque privarse de las ventajas de una legislación moderna, sobretodo que en caso de optar por esta legislación, ningún clan, ninguna tribu, se podrá vanagloriar de haber impuesto su ley».

Actualmente el anhelo de un Código civil europeo, manifestado por numerosos autores¹ y por ciertos parlamentarios europeos², como la codificación de los derechos fundamentales de la Unión europea mediante la adopción de una Carta³, constituyen los indicios de una unificación en curso de los pueblos europeos, quizás un símbolo tan elocuente como aquel de la moneda única, un paso hacia una Europa federal. Los adversarios de un Código civil europeo, de hecho, fundan sus argumentos en la controversia respecto de la existencia de una única nación europea⁴; mientras que a los partidarios de éste Código, el carácter inexorable de esta evolución, les ha permitido afirmar que «no podemos oponernos a este proceso, sería como luchar con molinos»⁵.

Discusiones relativas a una unificación nacional pueden parecer *a priori* un poco pasadas de moda hoy en Francia, sin embargo esta impresión es errónea, el objetivo de la unificación geográfica no está ausente de las codificaciones contemporáneas. Se pudo así elogiar el Código de Procedimiento civil de 1975, por haber realizado por primera vez la unificación territorial del procedimiento, borrando las derogaciones del derecho local alsaciano-moselano⁶. Preocupaciones análogas se encuentran en las codificaciones contemporáneas de derecho constante. Por ejemplo, se pudo ver a propósito del Código de propiedad intelectual, que: «La inserción de una división del código específica a Francia de Ultramar y a Mayotte permitió

¹. Cf. Por ejemplo, G. Gandolfi, Pour un code européen des contrats, *RTD civ*, 1991, p. 707; C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D*, 2000. p. 79 y ss. *Adde*: Los trabajos de la Comisión Lando, cf. *supra*.

². Resolución del Parlamento europeo acerca de un esfuerzo de acercamiento del derecho privado de los Estados miembros, *JOCE*, 1989, C 158/400 (26 mayo 1989); Resolución del Parlamento europeo acerca de la armonización de ciertas áreas del derecho privado de los Estados miembros, *JOCE*, 1994, C 205/518 (6 mayo 1994).

³. Cf. Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, La Documentation française, 2000.

⁴. Cf. P. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, *JCP*, 2002, I, 110, n° 11: «Entonces, Europa no es una nación, ella no tiene y no puede tener una constitución civil, incluso limitada a las obligaciones. Las realidades culturales lo impiden». *Adde*: Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D*, 2002, específicamente p. 2206.

⁵. G. Alpa, Les nouvelles frontières du droit des contrats, *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 6.

⁶. A veces, de hecho, recogiendo la solución del derecho local (cf. P. Haegel, L'harmonisation avec le droit local alsacien-mosellan, in *Le Nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 35 y ss.).

establecer un régimen uniforme de propiedad intelectual sobre el conjunto del territorio de la República, y otorgar a estos particulares territorios un área en la que puedan expresar esta especificidad»¹. Asimismo, la ley de habilitación de 16 de diciembre de 1999 permitió al gobierno adoptar nueve códigos por vía de ordenanzas, en su artículo 2, dispone expresamente que el gobierno puede extender la aplicación de las disposiciones codificadas a Nueva Caledonia, a los territorios de ultramar, como también a las colectividades territoriales de Mayotte y de San Pedro y Miguelón, con las adaptaciones necesarias; señal de una preocupación tanto más explícita de unificación, porque esta disposición va en contra del derecho constante. Por ejemplo, el Código de comercio puso ha significado en ciertos territorios una extensión notable de reglas aplicables en la Metrópolis, contribuyendo a la uniformidad del derecho en Francia².

Esta función de unificación geográfica que cumple la codificación, puede ser de hecho medida por la hostilidad que a veces encuentra en cierta parte de la población, que teme, que un código reduzca su autonomía o no considere sus especificidades.

Luego de los proyectos de unificación emprendidos por Catalina II, la Pequeña Rusia y las provincias baltas se niegan a enviar representantes a la gran comisión legislativa ordenada por el soberano, por miedo a perder sus privilegios nacionales y de ver su régimen jurídico y administrativo alineado sobre el de Rusia³.

En Francia, la adopción del Código civil no se hizo sin que se manifestara la hostilidad de ciertos pueblos, en particular aquellos del sur, aferrados a sus especificidades, como demuestran por ejemplo las reacciones frente a la

¹. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 23.

². Cf. J. Larrieu, Dispositions relatives à l'outre-mer, *Dr. et patr.*, n° 95, julio-agosto 2001, p. 96, que evoca los ejemplos de San Pedro y Miguelón, de Nueva Caledonia y de Mayotte. *Adde*: Le rapport au président de la République, ord. 18 de septiembre de 2000: «Con el nuevo Código de comercio, el derecho comercial, será con algunas excepciones, casi idéntico a aquel en vigor en la metrópolis».

³. Cf. Y. Cartyvels, *D'où vient le Code pénal*, op. cit. p. 146.

adopción de la comunidad de participación y gananciales como régimen matrimonial legal¹.

Hoy día la unificación geográfica que podría realizar una codificación europea encuentra una feroz corriente de oposición, argumentando que ella suprimiría las especificidades, en particular aquellas inherentes a las de la cultura inglesa², e incluso a las de la cultura francesa³.

A estas finalidades técnicas y sociales perseguidas por las codificaciones pueden agregarse finalidades políticas.

III- FINALIDADES POLÍTICAS

Las codificaciones persiguen generalmente una finalidad política, esto refleja la importancia del factor político en la adopción o elaboración de un Código⁴.

Llevado al extremo, el código podría ser sólo un pretexto: la adopción de un código en un Estado totalitario podría ser una maniobra hábil para aparentar una legalidad que no existe. Así, por ejemplo, en los países de Europa central y oriental después de la Segunda Guerra mundial, la adopción de los códigos de procedimiento administrativo «tenían definitivamente por objeto disimular el hecho que no había en dichos países un control jurisdiccional de la

¹. B. Beignier, *Le chêne et l'olivier*, *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p. 357, que en particular cita la posición de la Corte de apelaciones de Montpellier: «Es, una manzana de la discordia que el norte de Francia quiera disponer en el mediodía». *Adde*: A. Roux, *Les observations du tribunal d'appel de Montpellier sur le projet du Code civil*, Thèse, Montpellier, 1919.

². P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, *RID comp.*, 1996. p. 803.

³. Y. Lequette, *Quelques remarques...* art. citado.

⁴. Cf. *supra*, p. 79 y ss.

administración, de tal suerte que el buen respeto del código no era sancionado»¹.

Muchas veces un Código puede cumplir una función política por estar ligado al poder personal que lo inspiró (1) o al servicio de una ideología (2).

1. El código al servicio de un hombre

Un código puede estar ligado a un hombre, no a aquél que dirigió concretamente su elaboración sino que, en la mayoría de los casos, al que fue responsable de su aprobación, mediante una forma universalmente difundida de apropiación, una genuina usurpación de paternidad. Prueba concreta de esto es el hecho de que, a través de la Historia, el nombre de la mayoría de los códigos corresponda con el nombre del soberano que los promulgó, desde los códigos de la antigüedad hasta los códigos adoptados en el siglo XIX: *Codex Theodosianus*, *Code Henri III*, *Code Henri IV*, *Code Louis XIII*, *Codex ferdinandeo-leopoldinus* en Austria, *Codex fredericus* en Dinamarca, *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, *Codex thesianus*...².

El vínculo entre un código y el responsable de su adopción es, muchas veces, promovido por este último, quién utiliza más o menos explícitamente la codificación para asentar su autoridad. Esta necesidad se hace sentir aún más si el poder del codificador es reciente, por tanto frágil, y conquistado violentamente, como si la adopción de un código lo fortaleciera mágicamente, como unción de legitimidad al cetro adquirido por la fuerza de las armas. De esta manera, pudo ser establecida cierta correlación entre la acción militar y la acción codificadora, desde Hammurabi a Napoleón Bonaparte, pasando por Genghis Khan³, como si un eco repitiera el prólogo de la constitución que

¹. R. Drago, La codification en droit administratif français et comparé, *Droits*, n° 24, 1996, p. 97.

². Sobre el nombre de los códigos, cf. *infra*, p. 229 y ss.

³. Cf. Terré, *Légiférer, les trois unités?*, *Mélanges J. Foyer*, PUF, p. 177.

promulga el Código de Justiniano: «La salvaguardia del Estado descansa sobre dos elementos: las armas y las leyes».

La codificación, pretexto de elogios excesivos, contribuye a la gloria de su iniciador, de aquél calificado como responsable de difundir los beneficios del derecho sobre sus súbditos. Los ejemplos abundan en el mundo, a través de la Historia.

Ya el prólogo al Código de Ur-Nammu, rey de Ur, rey de Sumer y de Akkad, afirma: «Con la fuerza de Nanna (dios de Ur, fuente de la realeza, asociado a la obra legislativa), él estableció la justicia en el país »; fórmulas equivalentes se encuentran en los Códigos de Lipit-Istar¹, más aún en el de Hammurabi, adoptado poco tiempo después: «Soy Hammurabi, el pastor, el elegido de Enlil; (soy) aquel que acumula opulencia y prosperidad... Tempestad en los cuatro rincones del mundo, (soy) aquel que magnifica el nombre de Babilonia, aquel que contenta el corazón de Marduk, su señor... germen de realeza... refugio de la región... dragón de reyes... uro indomable »².

En Roma, el uso de la codificación para fines políticos aparece claramente mediante la comparación de las codificaciones teodosiana y justiniana. La primera parece esencialmente habitada por la preocupación técnica de simplificar el derecho, como lo precisa la constitución de 438 que la promulga³. La codificación justiniana, persigue igualmente ese imperativo técnico de simplificación, pero también pretende ser símbolo de la restauración de la grandeza del Imperio Romano y del Emperador, «vencedor de Alamanes, Godos, Germanos, Francos..., Africanos, piadoso, dichoso, famoso, victorioso y triunfador siempre augusto... »⁴.

¹. J. Gaudemet, La codification...art. citado, p. 242.

². *Le Code d'Hammurapi*, Le Cerf, 1998, trad. A. Finet, p. 32. Adde: J. Bottéro, *Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Folio-Histoire, 1998, p. 304 y ss.

³. J. Gaudemet, La codification..., art. citado, p. 249.

⁴. *Constitution Imperatoriam Majestatem*, que sirve como prefacio a las *Institutas*, que agrega «la majestad imperial, no sólo debe ser ilustrada por las armas, ella también debe estar armada por las leyes» (citado por J-M. Carbasse, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 28).

El mismo fenómeno se observa en la antigua China, donde el código se identifica con la dinastía que lo promulga y que se sirve de su prestigio, pues, cada dinastía desecha los códigos del Antiguo Régimen para brillar por los que ella adopta¹. Algunos siglos después, Gengis Khan impone un código a sus súbditos para asentar su poder conquistado por las armas: «El jasaq, manifestación tangible de su prestigio, viene a confirmar su legitimidad»².

Las codificaciones del Renacimiento obran en pos de la gloria del monarca codificador, el código es el instrumento jurídico de un proceso de unificación política, cuya figura central es el monarca. Esa glorificación se remite muchas veces al prestigio de antiguos codificadores, recurriendo a la fascinación por la Antigüedad, presente en las artes y en las letras. Así, Enrique III después de la publicación de su código, obra de Barnabé Brisson, pese a no haber contribuido en su elaboración, es saludado como «nuestro gran Teodosio»³. Por su parte, el abad de Saint-Pierre escribe a Luis XV, a propósito de las ordenanzas iniciadas por el canciller d'Aguesseau: «Usted puede, Señor, hacer mucho más por la felicidad de sus súbditos de lo que Justiniano hizo por el honor de los suyos... Usted puede devenir así, no sólo el gran benefactor de la nación francesa, sino también, uno de los más grandes benefactores de los hombres»⁴.

En el siglo XVIII, las codificaciones emprendidas por los monarcas ilustrados parecen destinadas tanto a servir la gloria del soberano, como a asegurar la felicidad de sus pueblos. Incluso cuando a comienzos del siglo XIX, el legislador se democratiza y colectiviza, deviniendo asamblea, la codificación debe continuar contribuyendo a su gloria. Durante la Revolución, para la *Constituyente* se tejen coronas de laureles por la legislación ya establecida, y

¹. J. Tao, *Le droit chinois contemporain*, op. cit., p. 16. Adde: Nguyễn Ngọc Huy : «El código era uno de los símbolos del poder imperial y su promulgación un evento importante» (citado por C. T. Nguyen, *Le Code des Lê et le Code des Nguyễn étaient-ils des codes nationaux?*, in *Histoire de la codification au Vietnam*, op. cit., p. 202).

². M. Hoang, *Gengis Khan*, Fayard, 1998, p. 196, que agrega: «Después de poner de rodillas más de veinte pueblos en nombre de su buen derecho, el justiciero quiere justificar su acción».

³. Pasquier, *Lettres*, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, op. cit., p. 181.

⁴. Citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, op. cit., p. 182.

se prometen otras tantas para el codificador del mañana: «Saciaos de vuestra gloria, quizás agregareis ustedes más, si reservan a vuestros sucesores la (gloria) de regenerar toda la legislación criminal y civil de este Imperio»¹.

El Código civil francés constituye, sin duda, el ejemplo más llamativo de esta asociación entre un código y un codificador que se sirve de su gloria. Testigo del glorioso triunfo de Napoleón Bonaparte, cuya autoridad política permitió su adopción y cuya elaboración fue por él vigilada de cerca: es el único de los códigos napoleónicos que lleva el nombre del Emperador. La propaganda bonapartista supo explotar este símbolo. Ya sus contemporáneos usan y abusan de la adulación: el tribuno Grenier habla por ejemplo de «héroe cuyo genio no deja escapar nada de todo aquello que es grande y útil... (que) tenía, en materia civil, concepciones tan felices como grandes, y sublimes fueron los que estuvieron a la cabeza de sus armadas»². Los juristas se unen en un concierto de alabanzas y los autores de la escuela de la exégesis rivalizan por los elogios para el Emperador. Aubry y Rau, por ejemplo, escriben en su tratado: «Estos códigos constituyen uno de los más bellos títulos de la gloria de Napoleón y serán siempre objeto de reconocimiento para los franceses»³. El propio Emperador no duda en apropiarse de esto, como lo nota, por ejemplo Cambacérès en sus *Mémoires*: «Todo lo celoso que era de su gloria militar, también lo era respecto de sus talentos de jurista. Nada le conmovía tanto como los elogios que, con frecuencia, recibía por los méritos de un código del que adoraba poder llamarse su creador»⁴. Utiliza el Código civil a fin de pulir su imagen para la Historia, afirmando en Santa Helena: «mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas y haber impuesto la ley a los reyes; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que nada

¹. Briois de Beaumetz, 23 de marzo de 1790, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification..., op. cit.*, p. 355.

². Sesión de 28 de febrero de 1803, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification..., op. cit.*, p. 356.

³. *Cours de droit civil français*, t. 1, § 6.

⁴. *Mémoires inédites*, Perrin, 1999, t. 1, p. 567.

borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código civil»¹, o más lírico aún, en 1820, en la víspera de su muerte: «Mi Código es el ancla de salud que salvará Francia, mi título de bendiciones para la posteridad»². El Emperador percibió bien el beneficio político que se podía obtener del prestigio del Código, no solamente en Francia, sino también en los reinos satélites, puesto que escribe, en 1807, a su hermano Jérôme, que acaba de colocar a la cabeza del reino de Westfalia: «Los beneficios del Código serán el carácter distintivo de vuestra monarquía. Si es necesario decir todo mi pensamiento, cuento más sobre su efecto para la extensión y consolidación de vuestro poder que sobre los resultados de las más grandes victorias»³. Igualmente impone su código a su hermano Louis, nombrado rey de Holanda, quién promulgó una versión apenas edulcorada, caricaturizada como una «caja de bombones franceses llena de pralinés holandeses»⁴. Si el Emperador insiste tanto en imponer su código en el extranjero, es porque encarna su derecho, el derecho del Estado que él gobierna, y la difusión del código sirve sus intereses personales y dinásticos. Napoleón III intentará beneficiarse personalmente del Código civil adoptado por su tío, empujando hasta el paroxismo la adulación por la «más bella conquista de los Tiempos modernos»⁵.

Esta dimensión política de la codificación está lejos de haber desaparecido hoy.

Jean Foyer observa, por ejemplo, que al proponer al general de Gaulle una renovación de los códigos envejecidos, el argumento según el cual los grandes reinos son períodos de gran actividad legislativa, no dejó indiferente a este monarca envejecido...⁶

¹. De Montholon, *Récit de la captivité de l'Empereur Napoléon*, t. 1, p. 401.

². Mémoires du Dr. Antommarchi, citado por J. Van Kan, *Les efforts de codification...*, op. cit., p. 357.

³. *Correspondance*, t. XVI, 174, citado por N. Rouland, *Introduction historique au droit*, op. cit., n° 204.

⁴. Cf. J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, op. cit., p. 135.

⁵. Cf. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, «Quadrige», 2001, n° 23.

⁶. J. Foyer, *Le code après le code, la réforme du Code civil sous la V^e République*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, op. cit., p. 65.

Otra ilustración contemporánea, el intento de recuperación política del prestigio de los gloriosos codificadores de la Historia, dirigido por el actual Presidente del consejo italiano, Silvio Berlusconi, quién, queriendo mostrar la ambición política de la renovación que preconiza, ha pomposamente evocado sus proyectos de recodificación en uno de sus discursos electorales: «Pretendo revisar todos los códigos jurídicos... En mi pequeña escala, seré Justiniano o Napoleón»¹.

Esta voluntad de todo codificador de aprovechar el prestigio político ligado a la codificación, encuentra una ilustración extrema y caricaturesca en las codificaciones griegas de mediados del siglo XX. Después de largos años de maduración, un primer proyecto es adoptado el 15 de marzo de 1940, su entrada en vigor, fijada el 1º de julio de 1941, fue suspendida por la guerra. A la Liberación, el nuevo gobierno pide una revisión de esta ley, pese a que estaba promulgada, entonces un nuevo Código civil es promulgado el 29 de diciembre de 1945 y entra en vigor el 23 de febrero de 1946. Pero, por poco tiempo: las elecciones ordinarias de 1946 llevan a la constitución de un gobierno opositor a la derogación del código de 1940. ¡Una nueva ley es promulgada para reestablecer el código de 1940 y derogar el de 1945! Como se observa, este viraje no se explica por las diferencias de fondo entre los dos códigos que eran muy reducidas. Simplemente, «esta lucha alrededor de los dos códigos no es más que un episodio de la lucha política de sus autores», cada uno rechaza la posibilidad que su adversario pueda beneficiarse de una codificación que le sería atribuida!²

Los codificadores no dudan en apoyarse en la iconografía o la poesía para contribuir a su propaganda, magnificando o adornando los lazos que los

¹. Discurso de 10 de mayo de 2001 (*Le Monde*, 12 de mayo de 2001).

². P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 2, n° 611. El Código de 1940 entró en vigor a partir del día 23 de febrero de 1946, es decir, con efecto retroactivo, la abrogación del Código de 1945 fue fijada en la misma fecha. Medidas al menos curiosas, los dos códigos proclamaban muy solemnemente el principio de no retroactividad de la ley...

unen a sus códigos. Así, se observó que el retrato del soberano que orna lo alto de la estela del Código de Hammurabi, conservada en el Louvre, parece particularmente inexpresivo, a diferencia de otras representaciones del monarca, a fin de impregnar el retrato de gravedad, según el nuevo ideal de rey-legislador¹. Asimismo, algunos siglos después, una pintura de Jacques-Louis David de 1812 muestra a Napoleón en su escritorio redactando el Código civil a la luz de las velas; el de Jean-Baptiste Mauzaisse, pone en escena a Napoleón encaramado sobre una nube, grabando solemnemente sobre una piedra el Código civil²; el de Girodet ubica el Código civil en posición central, bajo el brazo extendido del Emperador³. En representaciones de alegorías o apoteosis de Napoleón, el Código se hace omnipresente: en el bosquejo para la cúpula del Panteón pintado por Gros, detrás de la pareja imperial en majestad y del rey de Roma, dos ángeles maravillados sujetan el Código Napoleón⁴. La estatuaria no se queda atrás: una estatuilla anónima de la época, conservada en el Museo del Louvre, nos muestra a Napoleón en gloria, a sus pies, sobre un cojín, un libro designado por la inscripción «Code Napoléon»⁵; y, una estatua realizada por Chaudet para el *Corps législatif*, a fin de expresar los beneficios que la Nación recibe con la organización del nuevo Código, representa al Emperador sujetando en sus manos un código bajo la forma de rollo⁶. Finalmente, entre los péndulos conmemorativos de las batallas ganadas por Napoleón, no es sorprendente que al menos uno de éstos esté consagrado al Código, obra que el Tiempo no podría borrar y por la cual la memoria del

¹. P. Amiet, *Les civilisations antiques du Proche-orient*, PUF, «Que sais-je ?», 3^e ed., 1985, p. 84.

². J.-B. Mauzaisse, *Napoléon écrivant le Code civil*, 1808, La Malmaison, Museo de Bois-Préau (reproducido en *Les lieux de mémoire*, II: *La Nation*, bajo la dir. de P. Nora, Gallimard, 1986, p. 303, para ilustrar el artículo del decano Carbonnier, «Le Code civil»).

³. A.-L. Girodet, *Portrait en pied de l'Empereur en costume de sacre*, óleo sobre tela (Museo Girodet, Montargis).

⁴. Bosquejo para la cúpula del Panteón, 1811, Museo Carnavalet, reproducido in *David et la peinture napoléonienne*, Éd. Tête de feuille, 1976, p. 79.

⁵. Napoléon législateur, estatuilla, cerámica, anónima (Museo del Louvre).

⁶. Napoléon législateur, estatua, mármol, 1805 (Compiègne, Musée national du château).

Emperador debería vivir por siempre¹. A lo largo del siglo XIX, también en la literatura florece una «codigolatría» napoleónica², que pese a su cuestionable estética, no se ve debilitada³. Así, Decomberousse⁴, uno de los autores que rescribió en versos el Código civil⁵, proclama en la carta a Marie-Louise:

«*Au CODE de ton époux le grand NAPOLÉON,
À la fin imprima son génie et son nom.
Il y dicta ces lois de sagesse profonde
Qui doivent gouverner tous les peuples du monde,
Surpassant les héros à titre de vainqueur,
Les surpassant encor comme législateur*»⁶.

Balzac resume con precisión aquello que se convertiría en el fundamento de la leyenda napoleónica: « ¡Oh! ¡Napoleón! ¡Napoleón! respondió uno de nuestros grandes poetas, levantando sus brazos hacia el cielo con un movimiento teatral. ¿Quién podrá alguna vez explicar, pintar o comprender a Napoleón?... un hombre que tenía en su cabeza un código y una espada... »⁷.

¹. Le Code Napoléon, péndulo (Museo de l'île de l'Aix).

². A. Ensminger, *Les versifications du Code civil: un paroxysme de nomophilie*, RRJ, 1989, p. 160, y del mismo autor, *Recréation de la forme, récréation de la norme, trois versifications de Code civil au XIX^e siècle*, Tesis, Montpellier, 1986.

³. Cf. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 33: «La retórica, a veces el lirismo de los símbolos, incluso su énfasis, contribuyen a difundirlos en la sociedad».

⁴. Code Napoléon mis en vers français, por B.-M. Decomberousse, diputado de la *Convention nationale*, presidente del *Conseil des Anciens*, consejero de la *Cour impériale de Paris*, Paris, 1811.

⁵. Además de Decomberousse, un *Code civil des français mis en vers* es publicado por J.-H. Flacon-Rochelle sólo bajo sus iniciales en 1805 (acotado al primer libro), un *Analyse rimée du Code civil* es publicado por Andriot en 1852, y finalmente, un *Code civil en vers français* es elaborado por A. Pons-Euzieres en 1882.

⁶. N. del T.: Ofrecemos la siguiente traducción libre:

«Al CÓDIGO tu esposo, el gran NAPOLEÓN,
Al fin le imprimió su genio y su nombre.
Él dictó estas leyes de profunda sabiduría
Que deben gobernar todos los pueblos del mundo,
Superando los héroes a título de vencedor,
Superándolos más aún como legislador».

⁷. *Contes bruns*, ed. original, p. 17.

La identificación entre Código y hombre sobrevive muchas veces los períodos de propaganda, para asociar en los siglos futuros la gloria del codificador al éxito del Código.

Así, el *Corpus juris civilis* permitió a Justiniano tener un lugar en el *Paraíso* de la *Divina Comedia*¹; ser objeto de iluminaciones hagiográficas en muchas ediciones medievales²; ser mucho tiempo erigido como modelo para los monarcas codificadores; y, ser aún magnificado trece siglos después por Delacroix, encargado de pintar para una sala del *Conseil d'État* los grandes legisladores de la Historia, que muestra al Emperador con la mano tendida, escribiendo, guiado por ángeles, el texto de las *Institutas*³.

Asimismo, la iconografía hagiográfica que asocia a Napoleón y el Código civil no cesa con la caída del Imperio. Por ejemplo, *La promulgation du Code* figura entre los diez bajo-relieve de mármol blanco, de los que sólo siete fueron terminados y que adornan, desde fines del siglo XIX, la cripta de los Inválidos en honor a la tumba del Emperador⁴. Más recientemente, los ciento cincuenta años del Código civil recibieron una consagración... postal, un sello conmemorando el aniversario sin representarlo explícitamente, el Código eclipsado tras la efigie de Napoleón acompañado por Portalis en segundo plano, ilustración de una identificación tan profunda como perenne. Último ejemplo contemporáneo: el frontis de la actual *Revue de l'Institut Napoléon*, dirigida por Jean Tulard, reproduce el Código civil abierto bajo el ala del águila coronada.

¹. «Je fus César et je fus Justinien
qui par vouloir du premier amour que je sens
retirai des lois le trop et le vain» (Dante, *Paradis*, chant VI, v. 10 y ss.

². Cf. R. Jacob, *Images de la justice, Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, p. 165 y ss., y las reproducciones adjuntas en donde se ve a Justiniano en gloria, el índice levantado en signo de mando, recibiendo de Triboniano y de sus colaboradores el volumen del Digesto.

³. E. Delacroix, *Bosquejo para el emperador Justiniano componiendo las Institutas*, 1826, París, Museo de las artes decorativas, reproducido in B. Jobert, *Delacroix*, Gallimard, 1997, p. 86 (la tela ejecutada en sí misma desapareció en el incendio del palacio de Orsay, sede del *Conseil d'État*, en 1871).

⁴. Pierre-Charles Simart (1846-1852).

El riesgo es que la desafección, por aquél que se identifica con el código, repercuta en el propio código como lo prueban los ataques contra el Código civil francés, tras la caída de Napoleón.

En Francia, durante el hundimiento del Imperio se concentran las críticas de los adversarios del bonapartismo, en la marca más visible de lo que subsiste de Napoleón, el Código civil. Como escribe el decano Carbonnier, «la caída de Napoleón fue saludada con una revuelta contra sus leyes. El Código civil fue la víctima»¹. Luis XVIII conserva sus elementos fundamentales, pero lo juzga «ensuciado por el nombre de Napoleón», porque ve, o aparenta ver, no más que una compilación «de las antiguas ordenanzas y costumbres del reino»². El vals de denominaciones a lo largo del siglo XIX prueba esta lucha alrededor de un símbolo bonapartista sucesivamente establecido, borrado, luego restablecido³; el uso de este símbolo no atemoriza la III República que deja subsistir la denominación *Código Napoleón*.

En el extranjero, las profecías de Casandra, sobre el devenir del Código civil, sólo se explican por lo que hoy se denominaría un «anti-napoleonismo» primario, focalizado en el Código civil: así, Lord Castlereagh habría dicho en el Congreso de Viena «Inútil destruir Francia, el Código civil se encargará». El deseo napoleónico de hegemonía sobre los estados alemanes, y su fracaso, no son ajenos al rechazo parcial del Código en numerosos Estados de la antigua Confederación del Rin⁴, como tampoco lo son a la violenta hostilidad de Savigny contra la codificación⁵. Un buen número de países que adoptaron el código, introducido dentro del equipaje del invasor, lo derogan rápidamente tras la caída del Imperio; inmediatamente como en el caso del reino de Hannover,

¹. Le Code civil, in *Les lieux de mémoire*, art. citado, p. 298.

². Proclamación de 15 de febrero de 1814: «... el Nuevo Código, que no guarda, en gran parte, más que las antiguas ordenanzas y costumbres del reino, seguirá en vigor, exceptuando las disposiciones contrarias a los dogmas religiosos».

³. Cf. *infra*, p. 230.

⁴. Para un panorama completo, cf. R. Chavanne, *Napoleón, son code et les allemands*, Mélanges Lambert, 1975, p. 397 y ss.

⁵. Cf. Z. Krystufek, *La querelle entre Savigny et Thibaut*, *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, 1966, p. 59 y ss., que evoca «la psicosis con la cual Alemania reacciona contra la Revolución francesa» (p. 63).

donde la anulación de la aplicación del Código civil incluso fue retroactiva; o, a mediano plazo, con tiempo para elaborar una legislación apropiada¹, legislación apropiada muy parecida al Código Napoleón, pero poco importa, el honor está salvado, ¡ningún vínculo oficial la une al ogro corso! Este fenómeno de rechazo, o al menos de desconfianza, se extiende durante todo el siglo XIX: el proyecto de Código civil español de 1851 se inspira excesivamente del modelo francés, «galismo combatido por toda una fracción política y religiosa entonces en el gobierno»²; los proyectos de códigos rusos, calcados del modelo francés, son abandonados y, durante el medio siglo siguiente, el desarrollo del derecho ruso elimina toda la influencia de los códigos franceses, en provecho de la consolidación del derecho nacional³.

Evoluciones similares pueden ser observadas a propósito de otra finalidad política que puede habitar las codificaciones, la consagración de una ideología.

2. El código al servicio de una ideología

Todo código persigue el ideal de instaurar un Derecho bello y bueno, el ideal de Justicia, que se encuentra a lo largo de toda la Historia, desde los primeros códigos hasta los más recientes. Así, entre varios ejemplos, mediante la adopción de su Código, Hammurabi «quiso mostrar que no existía, a sus ojos, cualidad más preciosa, y quizás más escasa, para un soberano digno de ese nombre, que el sentimiento de justicia y la voluntad eficaz de hacerla reinar»⁴. Varios siglos más tarde, también los códigos franceses de derecho

¹. A. Cabanis, Le code hors la France, in *La codification* (bajo la dir. de B. Beignier), *op. cit.*, p. 39.

². B. Moreno Quesada, Rapport espagnol, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV: *La circulation du modèle juridique français*, p. 58.

³. V. Tourmanov, Rapport russe, in *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 458.

⁴. J. Bottéro, *Mésopotamie, la raison, l'écriture et les dieux*, Folio-Histoire, 1998, p. 306.

constante pretenden, de manera un tanto grandilocuente, estar bajo el auspicio de la Justicia, de la Libertad y del Progreso que deberían promover¹.

Más allá de esta preocupación recurrente, un código puede también estar al servicio de una ideología, al de una de esas ideas filosóficas-políticas que lo inspiraron. La propia ley tiene como función expresar los valores de la sociedad que lo ha engendrado, pero este rol resulta evidentemente amplificado para un código. Esta filosofía inspiradora puede estar implícita o traslucirse directamente de la letra del código, su título, una de sus disposiciones preliminares, su plan, o incluso su contenido².

Por ejemplo, el Código civil francés parece portador de ideales de la Filosofía de la Ilustración y de la Escuela de derecho natural, de la que éste constituye la prolongación técnica, incluso si hoy en día algunos autores enseñan que esos ideales influenciaron a los intérpretes del código más que al propio código³. Así se explica la influencia del Código civil francés sobre los códigos de países que buscan inspiración en los ideales de la Revolución francesa, a mediados del siglo XIX o más aún en su segunda mitad, en razón del desarrollo de las ideas democráticas: Código civil italiano de 1865⁴ o códigos de América Latina⁵, por ejemplo. En 1859, en plena efervescencia liberal alrededor de la unidad italiana, el diputado toscano Montanelli exclama en este sentido: «Viva el reino de Italia, viva Victor-Manuel, rey de Italia, viva el Código Napoleón»⁶. También explica que los Estados-Unidos hayan estado a punto de caer dentro de la familia romano-germánica poco después de su

¹. Cf. por ejemplo para el Código de consumo, D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, art. citado, n° 1.

². Cf. *infra*, p. 226 y ss.

³. Cf. por ejemplo, A. Bürge, Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, *RTD civ.*, 2000, p. 1 y ss. *Adde*: X. Martin, Nature humaine et Révolution française, du siècle des Lumières au Code Napoléon, *DMM*, 1994.

⁴. A. Gambado y A. Guarneri, Rapport italien, in *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 80: «Todo esto unido a un unánime sentimiento de simpatía por Francia, la cual había facilitado de manera decisiva la unidad de Italia, que condujo a la adopción de un Código civil (1865) estrechamente análogo al modelo francés».

⁵. C. Jauffret-Spinosi, Rapport introductif sur l'Amérique latine, *ibid.*, p. 109 y ss., específicamente p. 110.

⁶. Citado por J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, *op. cit.*, p. 140.

independencia, adoptando códigos que parecen una prolongación ideológica de las declaraciones de derechos y de la Constitución federal¹.

Así mismo, los códigos de derecho canónico expresan la dimensión universal y atemporal de la Iglesia católica y los principios fundamentales que la gobiernan, a la cabeza de los cuales figura la Revelación divina². Este rol aparece desde las primeras codificaciones canónicas privadas a través de la iconografía que las acompaña. Por ejemplo, en las iluminaciones medievales que ilustran el Decreto de Graciano se encuentra, «de manera recurrente, un personaje portador de un libro cerrado, posado sobre la rodilla izquierda y entrando en comunicación (por medio del tacto de los dedos, siguiendo la tradición de una filacteria, etc.)» que representa el Saber transmitido³.

Otro ejemplo, el Código penal francés de 1984 quiere «expresar los valores de nuestra sociedad»⁴, la filosofía de los derechos del hombre⁵, dominante desde mediados del siglo XX, como lo prueban numerosas normas adoptadas, en particular, la tipificación de los crímenes contra la humanidad.

Último ejemplo, los códigos de la URSS o los países de Europa central y oriental en la época comunista deben expresar los «principios democráticos» de la filosofía oficial⁶. Los mismos imperativos guían a los codificadores de la China comunista. Así, el nuevo Código penal, entrado en vigor el 1° de enero de 1980, anuncia claramente sus objetivos políticos: defender la dictadura del

¹. S. Herman, *Historique et destinée de la codification américaine*, *RID comp.*, 1995, p. 708 y ss., específicamente p. 710.

². A propósito del código de 1983, cf. por ejemplo, A. Sériaux, *Un code pour l'univers: réflexions sur la codification du droit canonique*, *Droits*, 1996, n° 24, p. 125 y ss.: « ¿Quién más que la Iglesia podía permitirse tal codificación? Todo código se basa en una totalización: codificar es una obra a veces totalizadora y totalitaria. Ahora bien, más que los Estados, la Iglesia posee en sí misma tales características. Ella pretende restablecer la unidad de todos los niños dispersos de Dios y someterlos así a una misma ley: la del amor» (p. 126).

³. El libro es un símbolo muchas veces utilizado en las iluminaciones del Decreto de Graciano o del *Corpus juris civilis* en el Medioevo (R. Jacob, *Images de la justice, Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, p. 171).

⁴. R. Badinter, *Présentation du projet de Code pénal*, Dalloz, 1988, p. 11, que agrega: «Las incriminaciones que formula, las penas que incluye deben estar en armonía con la conciencia colectiva».

⁵. Para una crítica de la influencia de esta filosofía sobre el Nuevo Código penal, cf. P. Poncela y P. Lascombes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 285 y ss.

⁶. V. Koudriatsev, M. Kroutogolov y V. Toumanov, *Introduction au droit soviétique*, Moscú, Ed. du Progrès, 1987, p. 6.

proletariado, proteger la propiedad socialista de todo el pueblo, la propiedad colectiva y la propiedad individual legítimamente adquirida, salvaguardar los derechos personales, los derechos democráticos y los otros derechos de los ciudadanos, mantener el orden público y garantizar el normal desarrollo de la revolución socialista y la edificación del socialismo¹. Siguiendo el modelo de los códigos comunistas, el proyecto de Código del pueblo (*Volksgesetzbuch*), engendrado por los nazis y que afortunadamente no vio la luz, se basaba en la eliminación del individuo frente a la colectividad nacional-socialista.

La propaganda ya evocada, al servicio de un hombre², puede revestir formas equivalentes al servicio de la ideología dominante que habita un código, en particular, recurriendo a las artes para intentar justificarla. El llamado a poetas para versificar los códigos soviéticos, dotados de una estética tan cuestionable como la de aquellos que versificaron el Código civil francés, fue satirizado por Paul Morand, quién bosquejó el retrato de un «poeta rojo» de variados talentos, que «puso en verso las canciones del Ejército rojo, el nuevo Código, el precio de los alimentos, el sistema métrico para los campesinos, y los reglamentos de fábricas»³...

Más allá de ideales específicos, los códigos parecen, generalmente, vinculados a ideologías recurrentes: el nacionalismo o la modernidad.

Los códigos son adoptados principalmente dentro del marco de poder político que constituye el Estado nación, por tanto la codificación parece muchas veces portadora de una ideología nacionalista⁴, consecuencia de la unificación de pueblos a la que ha contribuido a realizar⁵. Como un autor observó con precisión, «al levantar en Europa potentes murallas legislativas,

¹. Art. 2 (D. T. C. Wang, *Les sources du droit de la République populaire de Chine*, Droz, 1982, p. 73).

². Cf. *supra*, p. 165.

³. Je brûle Moscou, in *L'Europe galante*, Les Cahiers Rouges, Grasset, p. 182.

⁴. Sobre el desarrollo de este nacionalismo jurídico, cf., por ejemplo, R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 50.

⁵. Cf. *supra*, p. 154 y ss.

separando ciudadelas nacionalistas, la codificación constituye un momento importante en el desarrollo del nacionalismo jurídico»¹. Este lazo, vínculo entre codificación y nacionalismo, explica que la codificación se desarrolle más fácilmente en los países caracterizados por un Estado fuerte, sostenido por un sentimiento de identidad nacional, por ejemplo: Prusia en el siglo XVIII o Francia a fines de la Revolución.

La codificación, entonces, responde a la voluntad de resistir a una amenaza extranjera, voluntad que el código tiene por función encauzar.

La hostilidad de Savigny hacia el Código civil francés² se explica en parte por un sentimiento nacionalista alemán cada vez más marcado, que se exacerba con las invasiones napoleónicas.

Otra ilustración, a fines del siglo XIX, las potencias occidentales obligan a Japón a poner término a su política de *Sakoku* (aislamiento del país) para abrirse al mundo. En 1858, Japón se somete mediante un tratado de comercio con Estados-Unidos, Inglaterra, Francia, Rusia y Holanda. Pero, ignorando el derecho internacional, el gobierno japonés acepta condiciones desfavorables, y el nuevo gobierno debe mantener la independencia del Estado frente a las potencias occidentales. La resistencia a las amenazas extranjeras pasa por la modernización social y política del país a fin de instaurar un capitalismo nacional, cuya punta de lanza reside en la adopción de códigos paradójicamente inspirados en códigos extranjeros³.

Así mismo, durante la revolución belga de 1830, que conduce a la independencia del país, el nuevo gobierno revoca inmediatamente un decreto que permite la entrada en vigor, el 1º de febrero de 1831, del nuevo Código civil común a todo el reino de los Países-Bajos, votado en 1829; la reacción nacional anti-holandesa se traduce en un movimiento a favor del Código civil francés

¹. J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, p. 11.

². Cf. *supra*, p. 37.

³. Y. Noda, *La réception du droit français au Japon*, *RID comp.*, 1953, p. 543 y ss.

que, desde entonces, se mantiene vigente¹. Otra ilustración, a lo largo de todo el siglo XIX, «la densidad simbólica» adquirida por el Código civil francés le permite aparecer «como eminentemente representativo de un espíritu jurídico nacional, al punto que el patriotismo va a transformarse en una segunda bandera», a veces usada contra los Prusianos². Es sintomático que los manuales de derecho civil publicados a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX debuten, lo que es una novedad, con apreciaciones generales muy elogiosas sobre el Código civil³: el espíritu de los tiempos toma revancha contra Alemania y los juristas defensores de sus códigos (locales) versus la estrella ascendente de la codificación que representa el BGB. En el *Livre du Centenaire*, la introducción de Albert Sorel defiende la idea de celebración del centenario como «justa y patriótica», considerando al Código civil como un «ser de terruño», agregando: «Injertado en un árbol de Francia, extrajo su savia de la tierra francesa y fructiferó»⁴. La dimensión nacionalista del código parece igualmente percibida fuera del reducido mundo de los juristas. El Gran Larousse universal afirma así: «El triunfo del Código debe marcar el triunfo de las ideas francesas a las cuales pertenece el futuro, y en todo lugar donde penetre la verdadera civilización, él debe penetrar con ella»⁵. Bello intento de marcar la diferencia entre un código deseado como modelo universal, y un código modelo específico, incluso punta de lanza, de la Nación francesa...

Última ilustración, que muestra, por lo demás, que las preocupaciones nacionalistas ligadas a un código pueden seguir de manera aún más tormentosa los meandros de la Historia: la suerte del Código civil francés en Polonia. Introducido a la fuerza en 1808, encuentra una fuerte hostilidad de la población para la cual simboliza la intervención extranjera. Mantenido casi por azar luego del Congreso de Viena, es ferozmente defendido por los polacos a

¹. El artículo 149 de la Constitución belga de 1831 preveía su revisión, pero esta nunca tuvo lugar.

². A. Esminger, art. citado, *RRJ*, 1989, p. 162.

³. Cf. Planiol (1899), Colin y Capitant (1914).

⁴. *Livre du Centenaire*, *op. cit.*, t. 1, p. XV y XVI.

⁵. T. IV, v. Code, p. 523.

fines del siglo XIX, porque es considerado como una muralla contra la rusificación que los amenaza¹. El Código Napoleón sólo es remplazado por un Nuevo Código en 1933 respecto del derecho de obligaciones, y completamente derogado a fines de 1946.

Esta voluntad de resistir ante una amenaza extranjera puede consistir, concretamente, en la defensa de un código, parte integrante de una tradición cultural en peligro. Esta preocupación toma un tinte particular en los Estados de tradición romano-germánica que se sienten aislados en un ambiente de *Common Law*. Los ejemplos de Louisiana o Québec son elocuentes. Deseosos de defender sus particularidades, nostálgicas de su antiguo apego a Francia, estos Estados adoptan un Código civil, símbolo de su especificidad, en el medio ambiente anglosajón. Como con precisión se constató, «al igual que con la literatura y la música, elegir o adherirse a un sistema jurídico particular es un símbolo cultural a imagen del pueblo»².

Pese a la integración de Louisiana a los Estados-Unidos luego de la cesión realizada en 1803, los diferentes códigos louisianeses adoptados a lo largo del siglo XIX han dado fe, y aún dan fe, de esa misma voluntad de cultivar la especificidad local³.

En Quebec, el Código civil de Bajo Canadá, entrado en vigor el 1° de agosto de 1866, muestra la firme voluntad de los quebequeses de oponerse a la aplicación del derecho inglés, vigente en el resto de Canadá; lo que ya había intentado Georges II, en la antigua *Belle Province*, tras la cesión de Québec a Inglaterra por el tratado de París de 1763. A la inversa, al atenuarse el riesgo de desaparecer de la identidad quebequesa, el imperativo de defender su

¹. B. Lewaszkiewicz-Petrikowska, Rapport polonais, in *La circulation du modèle juridique français, op. cit.*, p. 448: «La actitud emocional del pueblo polaco respecto del Código cambió mucho en relación a la que acompañó su introducción. En la segunda mitad del siglo XIX, los polacos en general deseaban mantener el Código Napoleón. Este Código constituía una diferencia institucional importante que distinguía los territorios centrales de Polonia de los territorios del Imperio Ruso. Se transformó entonces casi en un símbolo de particularidad nacional de las tierras polacas».

². T. E. Carbonneau, Les facteurs affectant la codification du droit en Louisiane, *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1986, p. 583.

³. A. Levasseur, Les codifications en Louisiane, *RRJ*, 1986, p. 1 y ss., específicamente p. 25 y ss.

particularidad pesa con menos fuerza sobre la elaboración del Nuevo Código civil de Québec. Este nuevo código, vigente desde el 1° de enero de 1994, se permite ciertas licencias, préstamos del *Common Law*: generalización de la hipoteca mueble; consagración del patrimonio familiar; desarrollo del rol del negocio fiduciario. Por tanto, el Nuevo Código civil de Québec es el porta estandarte de la cultura francófona, y los anglo-quebequeses lo perciben, de hecho, como tal¹.

El mismo interés nacionalista habita la codificación que busca salvaguardar un sistema jurídico: sistema completo, cerrado, un código tiene más posibilidades de resistir las influencias extranjeras que un derecho disperso.

Así, en ausencia de todo Estado, en razón de los peligros y dificultades para transmitir la Tradición, Maimónides emprende la codificación del derecho hebraico como «estrategia de supervivencia»².

De la misma manera, ante la amenaza de sofocamiento religioso y lingüístico del arabismo triunfante, el gran patriarca de la Iglesia Copta, Gabriel II Ibn Tourak, codifica en el siglo XII el derecho eclesiástico con la ayuda del jurista Sadîd ibn Yânâ, preludeo del *Nomocanon* de al-safi ibn al-'Assâl, recopilación que sistematiza el derecho copto, en el siglo XIII, transformándose en el código de referencia aún vigente en Etiopía³.

Ejemplo *a contrario*, en África del Sur, es el carácter no codificado del derecho local, de origen holandés, lo que habría facilitado su reemplazo por el derecho inglés⁴.

La codificación se encuentra muchas veces ligada a objetivos nacionalistas, sin embargo, no se debe sistematizar en exceso este vínculo y

¹. Cf. por ejemplo, P. Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 54: «Profundamente marcado por su incivilidad, el Código civil de Quebec no tiene de civil más que el nombre. Porque este código se basa en la exclusión. Este quiebre, rinde cuenta de la mentalidad de supervivencia que sigue caracterizando la comunidad quebequesa francófona y pusilánime, que se manifiesta especialmente con la marginación de la colectividad anglo-quebequesa...».

². C. Leben, Maïmonide et la codification du droit hébraïque, *Droits*, 1998, n° 27, p. 117.

³. C. Cannuyer, *L'Égypte copte, les chrétiens du Nil*, Gallimard, 2000, p. 69 y 80.

⁴. Cf. H. R. Hahlo, *Here is the common law* (1967), citado por A. Viander, *Légistique comparée*, *op. cit.*, p. 41.

sus consecuencias. Con precisión, se constató que las raíces del nacionalismo jurídico son anteriores a la gran ola codificadora de los siglos XVIII y XIX, el ejemplo inglés muestra que el nacionalismo jurídico pudo prosperar sin codificación¹. De hecho, la codificación no impidió a juristas del siglo XIX seguir la evolución del derecho más allá de sus fronteras. Más aún, la codificación ha permitido, indudablemente, un acercamiento de los derechos nacionales, en lo sucesivo regidos por modelos similares, facilitando incluso un acercamiento entre pueblos aparentemente separados por movimientos de codificación diferentes. La adopción de códigos ha facilitado la difusión de sus reglas, permitiendo a otros países conocerlas o adoptarlas: la circulación de códigos, su importación a países extranjeros, ha contribuido enormemente a limitar el nacionalismo jurídico, favoreciendo el desarrollo de un derecho común. Esta observación se ha efectuado para Estados europeos a lo largo del siglo XIX², o para los Estados africanos luego de su Independencia³. Desde entonces, la codificación ha podido ser considerada no como un obstáculo, sino como una antesala indispensable para la realización del sueño de los comparatistas del siglo XIX, la adopción de un derecho común con vocación universal. Edouard Lambert escribía así: «La codificación de los derechos nacionales debe ser el punto de partida para la constitución de un derecho común legislado, tal como la redacción de nuestras costumbres fue el punto de partida de la formación de un derecho común consuetudinario»⁴. Actualmente, la codificación, al mejorar la difusión de una norma de derecho nacional, puede actuar como un remedio al chovinismo jurídico permitiendo superar las fronteras estatales. Así, el presidente Braibant defiende, en ese sentido, la codificación francesa de

¹. J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, op. cit., p. 197.

². N. Rouland, *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 286. Adde: J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme...*, op. cit., y *L'approche historique et la problématique du jus commune*, *RID comp.*, 2000, p. 729: «La difusión de la codificación, con las numerosas interacciones entre códigos, que no se limitan al influyente Código Napoleón, constituye una página común para la historia de varios países de Europa».

³. Cf. R. Degni-Segui, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 1: *Les nouvelles éditions africaines*, 1982, p. 459.

⁴. *La fonction du droit civil comparé*, Introduction aux études de droit comparé, Paris, 1903, p. 921.

derecho constante, al observar que ella puede facilitar los intercambios internacionales en un período de globalización¹.

Fuera de la idea del nacionalismo, la codificación aparece, también con frecuencia, ligada a la idea de modernidad. Como se observó: «La codificación es inseparable del modernismo. El vínculo entre codificación y modernización está tan inextricablemente establecido que sería apenas exagerado afirmar que las dos nociones son sinónimas e intercambiables»². Esta idea habita toda codificación en razón del efecto de ruptura que le es consubstancial³, y aparece claramente en las codificaciones-modificación, como el Código civil francés o el BGB alemán. Pero la instauración de un derecho moderno, o en teoría moderno, puede a veces constituir la finalidad principal asignada a una codificación. La codificación procede entonces, con frecuencia, mediante préstamos a códigos de países modelos, lo que constituye un riesgo para la recepción de esos códigos⁴.

Las codificaciones de los siglos XVIII y XIX que fueron realizadas en Europa, en Estados con un gran desarrollo político y económico, permitieron a las potencias coloniales hacer una jugada maestra al imponer, en nombre del progreso y de la modernidad, sus códigos a los pueblos colonizados. Pero estas codificaciones pudieron también, por las mismas razones, constituir modelos seductores para Estados que recién se independizaban o que estaban en plena mutación, incluso si la pretendida modernidad ligada al código muchas veces no era más que un efecto cegador. Como un autor observó, la codificación «en definitiva no es más que una panacea embriagadora, que tiende a engañarse con la ilusión de que existe un derecho del desarrollo capaz de resolver los

¹. G. Braibant, *La codification, Hommage à Lucien Mehl*, La Documentation française, 1999, p. 65.

². Cf. Degni-Segui, *Encyclopédie...*, art. citado, p. 459.

³. Cf. *supra*, p. 90.

⁴. Cf. *supra*, p. 290 y ss.

problemas del subdesarrollo tanto en su dimensión jurídica, económica y política»¹.

Por ejemplo, para Atatürk, que inició un vasto movimiento de codificación en los años 1920, en Turquía, «elegir Europa, era también elegir las luces de la modernidad»². De hecho, la idea de modernidad sigue siendo invocada hoy en Turquía por los partidarios de esas codificaciones³.

Otra ilustración, varios países africanos, tras su independencia, quisieron asentar su nueva legitimidad mediante la adopción de un código elaborado sobre el modelo occidental, muchas veces inspirado por la legislación de la vieja potencia colonial. En consecuencia, la modernización de esa codificación constituye el «motivo político fundamental»⁴. Ejemplos concretos abundan. Así por ejemplo, el Código civil etíope es concebido por René David, que se inspira de legislaciones occidentales, como un instrumento político destinado a favorecer el desarrollo y la modernización del país⁵; constatación del mismo Emperador Hailé Sellassié⁶. Asimismo, el Código senegalés de obligaciones civiles y comerciales de 1963 y 1966, calcado del modelo francés, es adoptado para tratar de «salir del laberinto del subdesarrollo»⁷.

Fuera de África, en Haití, el Código civil de 1825, fuertemente inspirado del modelo francés, aparece también dominado por la preocupación de instaurar una legislación moderna en ruptura con el derecho del pasado⁸.

El mismo fenómeno, aunque atenuado debido a la influencia del Islam, explica la ola de codificaciones en los países árabes, a partir de los años 1950,

¹. Cf. Degni-Segui, *Encyclopédie...*, art. citado, p. 460.

². J. Lafon, *L'Empire ottoman et les codes occidentaux*, *Droits*, n° 26, 1997, p. 53.

³. Cf. R. Poroy, *L'avenir du droit: optimisme malgré tout*, *Mélanges F. Terré*, PUF-Dalloz, *Juris-Class.*, 1999, p. 834.

⁴. Cf. Degni-Segui, *Encyclopédie...*, art. citado, p. 458.

⁵. R. David, *La réforme du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 160 y ss.

⁶. «Hemos promulgado el Código en un tiempo donde los progresos realizados por Etiopía demandan que sean modernizados los marcos jurídicos de la estructura social de Nuestro Imperio, para adaptarnos a las nuevas condiciones del mundo de hoy» (prefacio del Código civil etíope, R. David, *LGDJ*, 1962, p. 11).

⁷. E. Le Roy, *Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare*, in *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruylant, 1994, p. 311.

⁸. A. Cabanis y M.-L. Martin, *Un exemple de créolisation juridique modulée: le code civil haïtien de 1825 et le Code Napoléon*, *RID comp.*, 1996, p. 442.

cuyos códigos, al menos en lo que concierne el derecho de las obligaciones, se inspiran del modelo occidental que simboliza la eficacia de la modernidad.

Esta imagen del código occidental, portador de modernidad y eficacia, acompaña todavía a muchos legisladores de antiguos países colonizados en vías de desarrollo¹.

Tal modernización ligada a la codificación constituye a veces un paso obligatorio para liberarse de un *diktat* económico extranjero.

Así por ejemplo, desde fines del siglo XIX, la era Meiji que comienza en Japón se caracteriza por la apertura y la modernización. Uno de los instrumentos de esta política descansa en la codificación, como lo prueban las traducciones inmediatas de códigos europeos, y luego, la no menos rápida redacción de códigos inspirados de modelos occidentales; modernización cuyo objetivo parece, entre otros, volver sobre los «tratados desiguales» impuestos en 1858 por los Occidentales².

En el mismo período, en Siam, la reducción de privilegios económicos o jurídicos concedidos a extranjeros pasa por una modernización que se sustenta en códigos inspirados en el modelo occidental que decide el rey Râma a fines de siglo, y que desemboca en la adopción de un Código penal, de un Código de procedimiento civil (1908) y luego de un Código civil (1925)³.

Asimismo, la apertura de China al comercio extranjero desde 1842 y la multiplicación de concesiones extranjeras que le siguen, requieren de una modernización de las estructuras jurídicas, e incluso antes de la Revolución,

¹. Cf. P. Bézard, *Le droit français est-il encore exportable?*, in *Propos impertinents de droits des affaires, Mélanges C. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 46: «No podemos no sorprendernos entonces al constatar que numerosos pueblos, de culturas diversas, creyeron establecer, por referencia a los Códigos napoleónicos, Códigos nacionales, como si este paso fuera la condición necesaria para un derecho respetable y eficaz, cosa que siguen creyendo».

². E. Schaeffer, *De l'importation de codes à la fin du XIX siècle et au début du XX^e siècle et de leur réception*, *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1986, p. 265. *Adde*: J. Robert, *Rapport introductif à l'Asie*, in *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 515.

³. E. Schaeffer, *De l'importation...*, art. citado, p. 269.

comisiones de codificación trabajan en proyectos de Códigos de derecho civil, derecho penal o de derecho comercial¹.

Cualquiera sea la ideología que habita un código, el vínculo que ella mantiene con él, buscado por sus codificadores, es, con frecuencia, sabiamente sugerido y alimentado.

El codificador puede, primero, echar mano al símbolo para subrayar este vínculo. El proyecto de Código civil de Cambacérès de 1793, concebido como una brillante manifestación de unidad de la República frente a las amenazas de federalismo girondino, es presentado en la víspera del 10 de agosto, fiesta de la unidad y de la indivisibilidad de la República. Asimismo, el BGB alemán, que presume ser un ejemplo de legislación moderna -en oposición al Código civil francés, percibido entonces como obsoleto- adoptado en 1896, no entra en vigor hasta el 1º de enero de 1900 por petición expresa del Káiser, fecha eminentemente simbólica, destinada a reforzar esta idea de código moderno que mira hacia el naciente siglo XX². El Código penal francés de 1994 pretende ser una expresión de los derechos del hombre, y la voluntad de François Mitterrand de acelerar su adopción se explica, en gran parte, por el deseo de unirlo a la celebración del bicentenario de la Revolución para subrayar mejor ese vínculo³. ¿No se llegó incluso a escribir, en términos más generales, que si la mayoría de las ediciones comerciales del código son hoy día de color rojo, es porque este es «el (color) del poder en la Antigüedad, y todavía hoy es signo de prestigio»⁴? Podríamos de hecho agregar que si su principal competidor es de color azul, es quizás porque este color, a partir del siglo XII, ha simbolizado también el poder, siendo, en particular, adoptado por los reyes de Francia...⁵

¹. *Ibíd.*, p. 268.

². Los autores se mofan a veces del Káiser por que eligió esta fecha pensando que esta constituía el primer día del siglo XX, pero para otros se trataría de una leyenda (cf. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 2, n° 471).

³. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 204.

⁴. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 67.

⁵. Cf. M. Pastoreau, *Bleu, Histoire d'une couleur*, Seuil, 2000.

El codificador puede igualmente recurrir a las declaraciones de intención, indispensables cuando el vínculo entre el código y los ideales con los cuales quiere identificarse, parece bien difuso. El Código de consumo adoptado en 1993 debía promover, según el propósito de ciertos parlamentarios, nada menos que la libertad y el progreso¹: «declaración que se pretende persuasiva, abusando de los énfasis, para darle valor simbólico a un código cuyo contenido sólo podía incitar una sabia modestia »².

La identificación del código a una de las finalidades ideológicas que lo han inspirado, puede dañarlo si esta ideología levanta fuerte oposición o si sufre cierta desafección.

La literatura o las artes plásticas pueden también ser llamadas como refuerzo para combatir el código, y a través de él, las ideas que transmite. Así, la Carolina, ordenanza criminal de Carlos Quinto, fue representada por el poeta Johann Meter Hebel como una mujer cruel, la hilandera con la rueca, capataz sangrienta, reminiscencia de la maléfica hada de cuentos que amenaza con su recuerdo absolutista y represivo las reformas liberales³.

Varios ejemplos ilustran así la oposición a una ideología cristalizada en la oposición a un código.

El Código de Michel de Marillac de 1629, portador de la idea del absolutismo real, entonces en plena expansión, cristalizó la oposición a ese absolutismo, de donde viene el fracaso de este *Code Michault* ridiculizado y furiosamente atacado por sus adversarios⁴.

Otro ejemplo, la hostilidad contra el Código civil a la caída del Imperio, en Francia o en Europa⁵, parece tan dirigida contra las ideas que simboliza como

¹. J.-P. Charie, Au nom de la Commission de production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat relatif au Code de la consommation, *Doc. Ass. Nat.*, 1992/1993, n° 318, p. 5.

². D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1994, p. 291.

³. J. Carbonnier, v. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, PUF, 1996.

⁴. Cf. L. Bely, v. Code Michault, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, PUF, 1996.

⁵. Cf. *supra*, p. 167.

contra la persona del Emperador conquistador, esto, pese a que la propaganda napoleónica lo despolitizó hábilmente a fin de facilitar su supervivencia. El Código civil de 1804 fue entonces criticado tanto por los nostálgicos del Antiguo Régimen como los de la Revolución¹. Montlosier prepara el terreno, desde 1801, en sus *Observations sur le projet de Code civil*, y Balzac, quién durante un tiempo forma parte del taller del editor Raisson, critica severamente el individualismo del Código en *Le curé du village*, las sucesiones en *Le cousin Pons*, o los regímenes matrimoniales en *Le contrat de mariage*². Estos ataques se prolongan durante el Segundo Imperio, mediante aquellos de Frédéric Le Play quién reprocha al Código civil un derecho sucesorio que fracciona las herencias y una familia debilitada, en *La réforme sociale en France, L'organisation du travail et l'organisation de la famille*, aparecidos respectivamente en 1864, 1870, 1871. Ernest Renan y luego el periodista Coquille, en *La France et le Code Napoléon*, publicado en 1894, exacerbaban la nostalgia por las sanas costumbres quebradas por un código materialista y destructor. Por su parte, los liberales, Tocqueville a la cabeza, fustigan el carácter autoritario del Código, mientras que los republicanos comprometidos denuncian su conservadurismo, el jurista Émile Accolas no es nada complaciente con el código³ y escribe, en 1866, una obra de título evocador, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon*. Las críticas socialistas contra este código burgués e individualista son, a su vez, sistematizadas por Maxime Leroy en *Le Code civil et le droit nouveau*, publicado en 1904.

Asimismo, los códigos adoptados en Turquía en los años 1920 se pretenden símbolos de modernidad y de laicidad, como señalamos, esto explica

¹. Para una presentación sintética, cf. J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, *op. cit.*

². Cf. J. Maury, *Le droit patrimonial de la famille dans le roman français du XIX^e siècle*, *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 2000, p. 785.

³. El Código no es más «que un vasto osario donde espíritus mediocres no supieron más que acumular los restos de veinte siglos, donde la mano del primer Cónsul sólo aparece cuando se trata de atentar contra la idea de lo justo» (citado por A. Tissier, *Le Code civil et les classes ouvrières*, in *Livre du Centenaire*, t. 1, *op. cit.*, p. 83, y los otros autores citados).

la virulencia de las actuales reivindicaciones, contra estas codificaciones, de islamistas turcos partidarios de un retorno a las tradiciones religiosas¹.

Otro ejemplo, producto de la colonización la idea de modernización es asociada a los códigos de países colonizadores, lo que explica el brutal rechazo hacia estos códigos en las antiguas colonias tras su independencia. Aunque en algunos casos, las complejas relaciones de fascinación y repulsión, nacidas de la colonización, conducen a numerosos países independizados a copiar el código de la antigua potencia dominante². El rechazo a la colonización explica, de hecho, que a veces esta reintroducción del código de la antigua potencia colonial sea progresiva, interviniendo a medida que los recuerdos de las luchas de independencia se atenúan. En Haití, pese a su independencia en 1804, la población vive con temor a una invasión francesa, sin embargo, su Código civil de 1825 está inspirado del modelo francés, pero sólo tardíamente «la imitación se aproxima del modelo»³, y numerosas leyes posteriores son copiadas del código francés. En Estados Unidos inmediatamente después de la independencia, los sentimientos de hostilidad hacia Inglaterra alcanzan el *Common Law*, generando una reacción «de evidente atracción» por las codificaciones francesas⁴.

Cierta desafección por la modernidad occidental conduce a que muchos países africanos, que una vez independizados eligieron códigos poco efectivos pero similares a los de su antigua potencia colonial⁵, ahora renuncien a éstos, al menos parcialmente, en pos de un retorno al derecho tradicional⁶.

Finalmente, el debate contemporáneo sobre la oportunidad de un Código civil europeo prueba también que la oposición a una idea, una filosofía, o la tradición pueda traducirse en la oposición a un código. Un código constituye el

¹. Cf. J. Lafon, L'Empire ottoman et les codes occidentaux, *Droits*, n° 26, 1998, p. 51 y ss.

². Cf. *supra*, p. 177.

³. A. Cabanis y M.-L. Martin, Un exemple de créolisation juridique, art. citado, p. 455.

⁴. S. Herman, Historique et destinée de la codification américaine, *RID comp.*, 1995, p. 708.

⁵. Cf. *infra*, p. 296.

⁶. Cf. *infra*, p. 297.

producto de una historia, de una cultura, y la idea de código sigue estando, indudablemente, ligada a la tradición romano-germánica y, más parcialmente sigue siendo considerada como «un legado del mundo autocrático de Napoleón»¹. Los partidarios del *Common Law* consideran entonces la eventual adopción de un Código civil europeo, como un intento de hegemonía de las tradiciones continentales en desmedro del *Common Law*, una «excomunicación de la visión del mundo tradicionalmente privilegiada por el *Common Law*»².

La evolución cíclica de las codificaciones, así como las finalidades que ella persigue, demuestran que detrás de la diversidad está la unidad del fenómeno, unidad que se trasluce también en las técnicas de la codificación.

¹. Cf. P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, *RID comp.*, 1996, p. 808.

². *Ibid.*, p. 804. Consecuencia por tanto aún más temida que juega el efecto de contenido (sobre este efecto, cf. *supra*, n° 3), M. Legrand temiendo así «la adquisición por el código de un símbolo de otra manera más eficaz de lo que se podría reclamar de las directivas entradas en vigor bajo el signo de la discontinuidad y de la convergencia».

Título segundo Técnicas de codificación

Ya vimos que, en el origen, toda codificación nace de una necesidad social de seguridad jurídica, que luego es seguida por una fuerte voluntad política ¹ de codificación. Para acompañar este desarrollo, ¿reflexionar metodológicamente sobre las técnicas de las codificaciones, constituye una condición previa indispensable?

La elaboración empírica de numerosos códigos, a veces exitosos, se inclina a favor de una respuesta negativa. Las reflexiones acerca de las técnicas de codificación surgieron recientemente, según Gény², después de la codificación alemana, fecha antes de cual, códigos de innegable calidad pudieron ser adoptados. De esta manera, Gény observa a propósito del Código civil francés de 1804: «En el fondo, no es éste el carácter técnico más eminente del Código civil francés de 1804, aunque el más complejo de analizar, puesto que, sin procedimientos preconcebidos e incluso sin un esfuerzo visible de redacción razonada y metódica, logró con facilidad y gracias la habilidad de sus autores, con un lenguaje ingenuo y humano, hacer disfrutar tanto al ciudadano como al jurista las ideas jurídicas más plenas, más fecundas»³. La declaración

¹. Cf. *supra*, p. 68 y ss.

². F. Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne, Livre du centenaire*, París, 1904, t. 2, p. 989: «La noción de “técnica legislativa” y el problema que ella genera, no parece haberse claramente revelado a la conciencia de los jurisconsultos, sino hasta la elaboración del Código civil alemán». *Adde*: A. C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, Tesis, París, 1930, p. 11: «Esta aparición del Código civil alemán y las discusiones a las que da lugar, parecen haber nacido del interés por todas estas interrogantes».

³. F. Gény, *La technique législative...*, art. citado, p. 1014.

parece sin duda excesiva, tanto la lenta maduración del Código civil durante los últimos años del Antiguo Régimen, y durante toda la Revolución, como sus trabajos preparatorios o el famoso *Discurso preliminar* de Portalis, muestran bien que no constituye el producto de una generación espontánea, y que los codificadores ya tenían a su disposición, «al mismo tiempo, un método de trabajo y una amplia provisión de textos»¹. Además, como observa Géný: «es probable que, razonando más y elaborando más finamente su técnica, los redactores del Código civil de 1804 hubieran podido, indiscutiblemente, mejorar su obra sin perder sus méritos esenciales»². No obstante otros ejemplos, más pertinentes aún, de códigos elaborados empíricamente pueden ser mencionados. Así, el Código penal francés de 1994, adoptado en ausencia de todo método previo de codificación, al término de un proceso, por decir lo menos, caótico, que incluso permitió legítimamente preguntar «¿Dónde está el arquitecto?»³; sin embargo éste es positivamente reconocido por una gran parte de la doctrina y de sus partidarios.

Apoyándose en el éxito de los códigos elaborados empíricamente, se ha podido dudar de la utilidad de una reflexión metodológica sobre las técnicas de codificación: «En realidad, para tomar su lira, Virgilio no esperó el arte poético de Horacio, ni Racine el de Boileau. Un pueblo no tiene necesidad de un tratado de arte legislativo para tener buenas leyes: después de algunos siglos, respecto de leyes que resistieron el tiempo, sería plausible construir un arte legislativo»⁴.

Pero el argumento no resiste la comparación entre los códigos elaborados empíricamente y aquellos que son el fruto de una técnica de codificación reflexiva, como argumentó Géný, comparando metódicamente los Códigos civiles francés, alemán y suizo⁵.

¹. J.-L. Gazzaniga, *Le code avant le code*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, Dalloz, 1996, p. 31.

². F. Géný, *La technique législative...*, art. citado p. 1019.

³. Subtítulo de la obra de P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, PUF, 1988.

⁴. J. Carbonnier, *Essais sur les lois, Defrénois*, 2^o ed., 1995, p. 234.

⁵. F. Géný, *La technique législative...*, art. citado.

Igualmente, es posible objetar el carácter necesariamente imperfecto e incompleto de una reflexión metodológica sobre las técnicas de codificación: parafraseando a Portalis, de la misma manera que un código no puede prever todo, una técnica de codificación tampoco podría prever todo. Asimismo, a propósito de la actual codificación francesa de derecho constante, se pudo escribir con precisión que «muchos de los detalles fueron previstos, regulados, meditados y encuadrados por los textos. Pero numerosos aspectos importantes de la codificación -quizás incluso los más importantes- parecen haber sido tratados en base a la evidencia y dejados al determinismo de la racionalidad “natural” de los codificadores»¹.

El argumento es apenas convincente: la elaboración de una técnica de codificación, aunque incompleta, puede permitir al menos mejorar ciertos aspectos del código.

Uno de los inconvenientes de una técnica reflexiva de codificación, temido por Génny, podría residir en la elaboración de un derecho más popular que jurídico: «Al reconocer como incuestionable el principio de una técnica consciente y reflexiva, ¿no nos dejaríamos llevar por los resultados de nuestra reflexión consciente, prefiriendo una redacción fácil, popular, simple, en vez de textos elaborados científicamente y con detalles...?»². En realidad, estas reflexiones generalmente teóricas, necesariamente realizadas por juristas, en la mayoría de los casos teóricos, acerca de las técnicas de codificación, parecen acarrear el riesgo inverso: elaborar un código muy doctrinario que podría, por ejemplo, multiplicar inútilmente las definiciones³, incluso consagrar teorías fugaces o parciales de ciertos partícipes de la codificación. Por ejemplo, el Código civil argentino de 1869 fue redactado por Vélez Sarsfield, profesor de la Universidad de Córdoba, «exactamente como si fuera un tratado doctrinal»⁴, lo

¹. D. de Béchillon, L'imaginaire d'un code, *Droits*, 1998, n° 27, p. 174.

². F. Génny, La technique législative..., art. citado, p. 1020.

³. Acerca de las definiciones en los códigos, cf. *infra*, p. 223 y ss.

⁴. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1950, t. 1, n° 89.

que muchas veces lo hace poco accesible¹. Pero este riesgo no es propio de los códigos elaborados por la doctrina: «Las leyes encuentran siempre las pasiones y los prejuicios del legislador. Algunas veces ellas pasan a través y lo influncian, otras veces quedan y se incorporan»². Además hay que contar con la sabiduría de los hombres de doctrina para resistir a la tentación de no hacer un código de académicos. Se pudo escribir con precisión que «el legislador no debe temer ser muy doctrinario, sobre todo cuando se trata de una codificación»³. El Código civil suizo, elaborado por el Prof. Eugène Huber, que a veces muestra un carácter doctrinario muy marcado, o el Nuevo Código de procedimiento civil francés, a veces presentado como un *Professenrecht* (derecho de académicos)⁴, no son alabados con menos unanimidad, incluso los autores reprochan, a veces, a éste último... no ser lo suficientemente doctrinario⁵. Igualmente estos son reconocidos porque sus aspectos doctrinales son los más perennes⁶.

Ninguno de los argumentos en contra de una reflexión metodológica sobre las técnicas de codificación resiste el examen, y además su utilidad puede sustentarse en la lógica utilizada por la apuesta de Pascal, que Géný expone de la siguiente manera: ya que no ofrece inconveniente alguno, sino sólo ventajas, ¿por qué no recurrir a ella⁷? Los aportes de las reflexiones

¹. *Ibid.*: «Las definiciones a menudo inútiles y puramente didácticas abundan. El lenguaje del código es confuso».

². Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, libro XXIX, capítulo XIX.

³. J. Héron, Le Nouveau Code de procédure civile, in *La codification* bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 87.

⁴. Cf. L. Cadiet, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, in *Le Nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 55 y los autores citados.

⁵. *Ibid.* Adde: J. Héron Le Nouveau Code de procédure civile, art. citado, n° 14: «Las partes menos felices del código son precisamente aquellas donde su peso doctrinal es más débil».

⁶. L. Cadiet, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, art. citado, p. 59: «Son las posiciones doctrinales del código las que resistieron de mejor manera el desgaste del tiempo, y es como una obra de la doctrina que el Nuevo Código de procedimiento civil que será admitida en el Panteón de las grandes codificaciones».

⁷. F. Géný, La technique législative..., art. citado, p. 1019: «Sin duda nadie se atreverá a llevar la paradoja al punto de defender la ventaja ciega del *laissez-aller* o de la inconciencia, y negar el interés de un buen método para sacar partido de las mejores cualidades naturales. En síntesis, como la consideración atenta del problema no presenta inconvenientes, basta para justificarla que ella sea susceptible de eventuales ventajas».

acerca de la técnica legislativa, cuyo objeto es «la puesta en forma de la ley»¹, ya no necesitan ser demostrados², la multiplicación de normas legislativas de redacción en numerosos países, demuestra concretamente la utilidad de la técnica legislativa. Enriquecidas a veces por los aportes de esta última, pero la mayor parte del tiempo específicas, –ya que codificar «es una manera tan sublime de cultivar la legislación, que el examen profundo del método pasa igualmente por la búsqueda de los caracteres específicos que lo distinguen de otras corrientes modernas de codificación»³–, las reflexiones sobre las técnicas de codificación, la *codistique*, constituyen el preámbulo necesario para una codificación exitosa, como demostró Géný, al profundizar las reflexiones de Montesquieu, de Portalis o de Bentham.

Las experiencias más recientes militan igualmente en este sentido: las dos codificaciones que modificaron en profundidad el derecho anterior, de las más logradas en los últimos años del siglo XIX, fueron realizadas en Quebec y en los Países Bajos, países en los que la *codistique* es especialmente desarrollada. Así, se explica que la doctrina contemporánea haya reconocido la utilidad de tales reflexiones en codificaciones aún por realizar. Por ejemplo, si una codificación del derecho chino parece hoy posible, la doctrina china es unánime respecto de que ésta debe ser precedida por una fase de preparación y de reflexión teórica⁴.

Si los aportes de las técnicas de codificación para la elaboración de un código parecen entonces incuestionables, la *codistique* debe realizar varias elecciones: elección de un método (capítulo 1), elección de los hombres

¹. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 10^e ed., 2001, n° 222 (para una definición más completa, cf. *Vocabulaire juridique*, bajo la dir. de G. Cornu, *op. cit.*, v. Technique législative). Esta técnica legislativa es igualmente llamada *legistique*.

². Sobre la utilidad de la técnica legislativa, cf. por ejemplo, A. Viandier, *Recherche de légistique comparée*, Springer, 1988, p. 1 a 6.

³. G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 357. Adde: J. Carbone, *Droit civile, Introduction*, PUF, Thémis, 26 ed., 2002, n° 113: «La codificación es más que un múltiplo de la ley».

⁴. X-Y. Li-Kotovtchiknine, La réforme du droit chinois par la codification, *RID comp.*, 200. p. 529 y ss., específicamente p. 547.

(capítulo 2), elección de una estructura (capítulo 3) y elección de un contenido (capítulo 4).

1- Elección de un método

El breve panorama histórico de las codificaciones, que hemos intentamos esbozar¹, muestra que dos métodos de codificación se oponen desde la noche de los tiempos: la codificación-compilación, simple recolección de textos existentes puestos en forma; y la codificación-modificación, que efectúa una modificación más o menos importante de estos textos, o según la elegante fórmula de Guy Baibant, la codificación *racinienne*, del derecho tal cual es, y la codificación *cornélienne*, del derecho tal como debería ser². La antigüedad de esta distinción explica, sin duda, la variedad de denominaciones que surgieron con el transcurso del tiempo. Algunas coinciden exactamente con las nuestras, como codificación formal y codificación real³, y otras se distinguen muy poco. Así, la codificación de derecho constante, en la que trabajan actualmente los poderes públicos franceses, no constituye más que una versión de la codificación-compilación, que se caracteriza por sostener, como principio, la negativa de toda modificación fundamental⁴. Asimismo, la codificación administrativa que la precedió no es más que una de las variantes de la codificación-compilación, que se caracteriza por su modalidad, consistente en una codificación por decreto, sin la intervención del Parlamento.

Aunque la separación entre estos dos métodos de codificación es muy concreta, ello no impide que estos dos tipos de codificación puedan coexistir.

¹. Cf. *supra*, p. 10 y ss.

². G. Baibant, *Utilités et difficultés de la codification*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 61.

³. Cf. G. Cornu, *Codification contemporaine: valeurs et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 358.

⁴. Cf. la definición dada por el artículo 3 de la ley de 12 de abril 2000, citada, *supra*.

Así lo ilustra el caso francés, que emprendió un vasto movimiento de codificación-compilación después del fin de la Segunda Guerra mundial, mientras que el Nuevo Código de procedimiento civil de 1975 y el Código penal de 1994 constituyen una codificación-modificación, una parte del Código civil fue objeto de una re-codificación después de los años 1960.

¿Por consiguiente, cuáles son los factores de elección entre compilación y modificación (I)? ¿Cuál es la realidad de esta elección (II)?

I- FACTORES DE ELECCIÓN

De manera preliminar, no parece que la tradición histórica constituya un factor determinante en la elección de un método de codificación: por ejemplo, las codificaciones-modificaciones de la época napoleónica no impiden que Francia pueda hoy multiplicar las codificaciones-compilaciones. Asimismo, Rusia parece estar vinculada a la codificación-compilación, desde la *Rousskaïa Pravda* de fines de la Edad Media hasta el *Svod Zakonov* de 1832, pasando por el Código de 1649; sin embargo, la instauración del régimen soviético condujo a un vasto movimiento de codificación-modificación. Asimismo la caída del comunismo se acompaña hoy, en el seno de la federación Rusa, de la adopción de un Código civil y de un Código penal que modifican sustancialmente el derecho anterior.

La elección de un método de codificación depende, en primer lugar, del autor de la codificación. Una codificación privada sólo puede ser una compilación, sus autores no tienen el poder de modificar el derecho existente. A

la inversa, una codificación oficial, como lo demuestra la historia, puede ser compilación o modificación.

La elección entre modificación y compilación depende igualmente de las funciones asignadas a la codificación. Cuando el único objetivo perseguido consiste en la simplificación y racionalización del derecho, la codificación-compilación debe ser considerada. Ésta perturbaría en menor medida las costumbres de juristas y de profanos, por tanto sería mejor garante de la seguridad de las relaciones jurídicas.

A la inversa, cuando se busca una función social y política, la codificación-modificación pareciera ser preferible. Por ejemplo, el Código civil francés de 1804 favoreció más la gloria de Bonaparte, de lo que la austera compilación realizada en el Código de correos y telecomunicaciones, pudo favorecer el aura de los gobernantes de hoy.

Profundizando estas observaciones, la elección entre compilación y modificación depende de la ambición de los codificadores. Frecuentemente se critica a la codificación-compilación, calificada de «codificación del pobre»¹, o de «codificación sin aureola»², su falta de envergadura. Como ya lo observaba Francis Bacon, «posiblemente sería más fácil concebir los principios de la recta razón, posiblemente valdría más componer un texto completamente nuevo que juntar todos estos pedazos»³. De un disparatado mosaico no podría, en efecto, nacer un alma.

El reproche es acentuado por la dimensión simbólica que, a veces, adquiere un código, que lo erige en modelo único, al lado del cual los otros no son más que un pálido reflejo. El aura adquirida por el Código civil francés, y más generalmente por las codificaciones napoleónicas, explica, por ejemplo, en gran parte la virulencia de las críticas contra el movimiento contemporáneo de

¹. A. Viandier, *Légistique comparée*, *op. cit.*, p. 53.

². J. Carbonnier, v. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, PUF, 1996.

³. *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, libro 8, capítulo 3, 2º parte, trad. Lassale et Buchon, 1836, APD, p. 357.

codificación francesa de derecho constante. Esto permite comprender que, a pesar de su afán de exhaustividad, la *Commission superieure de codification* prudentemente haya decidido no incluirla en su programa de codificación. Del mismo modo, la dimensión simbólica adquirida por el BGB explica igualmente que en Alemania, «Sería inoportuno engalanarse de la pluma del pavo real o ser víctima de un engaño sobre la mercancía, utilizando la palabra código para una vulgar compilación»¹.

De un punto de vista más pragmático, es posible interrogarse sobre el interés de fijar el derecho existente en reglas a veces poco satisfactorias, cuando muchas de estas reglas deberían ser mejoradas.

Los partidarios de la codificación-compilación intentan desechar esta crítica señalando que la compilación facilitaría las modificaciones.

Muy directamente, la codificación-compilación podría permitir modificaciones luego de la fase de adopción definitiva del código. Se puede señalar, a modo de raro ejemplo, que con ocasión del examen del proyecto de ley que le daba fuerza jurídica al Código de puertos marítimos, tal como fue establecido por el decreto de 22 de marzo de 1978, el gobierno, siguiendo la proposición de la Comisión de leyes del Senado, deposita, en 1990, un proyecto de ley que prevé la validación del código con el mismo contenido que prescribía el decreto de 1978, pero al que fueron añadidos los textos que concernían la materia pero que habían quedado fuera del código, más una reforma de fondo destinada a tomar en cuenta la evolución de la realidad económica, jurídica y social de los puertos.² Desde la reactivación del proceso de codificación, el ministerio responsable de un determinado código y la *Commission superieure de codification* «disponen de una vía privilegiada para concluir los trabajos de codificación y proponer más allá del método “de derecho constante”,

¹. C. Witz, *Le droit allemand*, Dalloz, 2001, p. 156.

². Cf. J.-C. Bécane y M. Courderc, *La loi*, Dalloz, 1994, p. 262.

simplificaciones, mejoras y armonizaciones del derecho»: observaciones que se incluyen en el proyecto sometido a adopción por la *Commission* o, más excepcionalmente, modificaciones directamente incorporadas al texto propuesto. Una vez que el proyecto es adoptado por la *Commission*, el vicepresidente lo envía al Primer ministro junto con una carta que enuncia las proposiciones que contempla. Así, la *Commission* «extiende su trabajo mediante proposiciones de reforma, que le parecen pueden ser estudiadas por el gobierno, o incluso propuestas directamente al Parlamento con ocasión de la discusión sobre el proyecto del código»¹. Por ejemplo, a propósito de la codificación del derecho de consumo, la *Commission supérieure de codification* sugirió proposiciones de reforma en una carta dirigida al Primer ministro junto con el proyecto de código, a fin de simplificar el dispositivo penal que reprime las infracciones a las normas relativas al consumo. En la práctica, es forzoso constatar que el procedimiento no tiene mucho éxito, lo que relativiza los propósitos optimistas de la *Commission supérieure de codification*.

Más indirectamente, la codificación-compilación podría, al revelar las imperfecciones del derecho positivo, servir de base a una modificación profunda, realizada con posterioridad a la adopción del código: «Proporcionando a los autores del proyecto de reforma una base de textos claros, ordenados y en vigor; la codificación prepara la reforma y simplificación ulterior de los textos»². La codificación-compilación permite así, según los términos de la *Commission supérieure de codification*³, establecer de cierta manera un *check-up* del estado del derecho para luego mejorar sus debilidades y asegurar un «seguimiento de los códigos». Sin embargo, es posible dudar que estas modificaciones en dos fases permitan reducir la inseguridad jurídica, que constituye una de las misiones esenciales asignadas a la codificación. Es más, la experiencia demuestra que el legislador preso de la fiebre codificadora,

¹. Circular de 30 mayo de 1996, art. 2.1.1.

². *Ibid.*

³. Cf. Onzième rapport annuel, 2000, ed. JO, p. 15.

piensa en un código ya terminado y en codificar otra materia, más que en dedicarse a la reforma de un código recién adoptado. Sin duda este argumento tiene como única función tranquilizar la conciencia de los codificadores contemporáneos, ante todo cuidadosos de respetar los objetivos de una planificación burocrática y desmesurada...

La elección entre modificación y compilación depende, igualmente, de los obstáculos que deban enfrentar los codificadores. Una compilación supone... un derecho ya existente que pueda ser compilado. Así, un código civil europeo contemplado por iniciativas privadas, sólo podría ser una codificación-modificación o a lo más, una compilación imperfecta de reglas provenientes de diferentes sistemas jurídicos.

La innovación parece difícil cuando es el conjunto del derecho lo que se debe codificar, es más fácil cuando es sólo una materia. El tiempo concedido a los codificadores constituye, en efecto, un factor esencial en la elección de un método: en relación a la innovación, la compilación presentaría la ventaja de la rapidez. Es necesariamente más rápida, ya que «permite elaborar códigos sin demora, sin que se pierdan en el examen y en los debates de toda reforma de fondo»¹. Este argumento sostenido por los codificadores parece igualmente admitido por la doctrina². Es verdad que las codificaciones-modificaciones implican largos periodos: limitándose a ejemplos recientes, la elaboración del Nuevo Código civil de Quebec se extendió de 1965 a 1994; la del Código civil de los Países bajos de 1947 a 1992, sin haber sido completamente terminado; y con todas las dificultades que esta duración puede generar³. Pero la

¹. Circular de 30 de mayo de 1996, citada.

². Cf. a propósito del Código de comercio, T. Revet, *Le Nouveau Code de commerce et la codification*, *Dr et patr.*, n° 95, julio-agosto de 2001, p. 103: «si la oportunidad de la codificación hubiera sido utilizada para tratar de acelerar, con la ayuda de la doctrina, el avenimiento del derecho de las actividades económicas, considerando como objeto un código cuya elaboración hubiera significado duplicar la reforma del derecho a codificar, el tiempo de realización de tal proyecto habría necesariamente sobrepasado, por lejos, el cuadro temporal de la empresa actual de codificación».

³. Cf. *supra*, p. 130.

complejidad del proceso de elaboración de las codificaciones-compilaciones permite relativizar este argumento, como lo demuestra la lentitud del proceso de este tipo de codificación iniciado en Francia desde 1948; sin embargo, también es posible señalar que esta lentitud se justifica por la amplitud del área que le es asignada. La adopción de cada código se extiende considerablemente en el tiempo, en particular, por la necesidad de adoptar sucesivamente una sección legislativa y otra reglamentaria, ésta última tarda con frecuencia muchos años¹. Este desajuste provoca sin duda problemas de principios, ya que choca con los deseos de exhaustividad y de mejor accesibilidad perseguidos por la codificación de una materia². Desemboca igualmente en dificultades de orden jurídico, por ejemplo: litigantes sostuvieron que los decretos de aplicación de leyes codificadas no son aplicables mientras no hayan sido incorporados a la sección reglamentaria del código; sin embargo este argumento fue rechazado por la Corte de casación³. En realidad las dificultades suscitadas por este desajuste son fundamentalmente de orden práctico, producidas por el cambio en la jerarquía o posición de las normas: reintegración de disposiciones de naturaleza reglamentaria contenidas en las leyes en la sección «R» de un código; o menos frecuente, reintegración de disposiciones de valor legislativo hasta ahora contenidas en los decretos en la sección «L»⁴.

Cualquiera sea el método de codificación adoptado, éste no parece ser muy respetado, en la práctica, por los codificadores.

¹. Por ejemplo, la sección legislativa del Código de propiedad intelectual fue promulgada el primero de julio de 1992, mientras que la sección reglamentaria sólo fue objeto de un decreto de codificación con fecha de 10 de abril de 1995; la sección legislativa del Código de consumo fue promulgado el 26 de julio de 1993; la sección reglamentaria sólo fue objeto de un decreto el 27 de marzo de 1997; la sección legislativa del Código general de colectividades territoriales fue promulgado el 21 de febrero de 1996; y, sección reglamentaria sólo fue objeto de un decreto de 7 de abril del 2000.

². Cf. G. Braibant, préface au Onzième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. JO, 2000, p. 5: «Es importante para la comodidad de los usuarios, que los hiatos entre las dos partes de un mismo código sean lo más breve posible».

³. Cass. Crim. 4 de mayo de 1955, *D*, 1955, IR p. 181; 16 de octubre de 1996, *D*, 1997, IR, p. 24.

⁴. Ejemplo: si el artículo 23 del decreto de 30 de septiembre de 1953 que plantea el principio de la correspondencia entre el monto del alquiler y el valor locativo, deviene el artículo L. 145-33 del Código de Comercio, los artículos 23-1 a 25-5 son reenviados a un «decreto con toma de razón de la contraloría» (art. L. 145-30). Para otros ejemplos, cf. A. Lienhard y C. Rondey, artículo citado, p. 525.

II- REALIDAD DE LA ELECCIÓN

Por falta de tiempo ante la amplitud de la labor, o por simple comodidad, una codificación-modificación puede devenir una compilación. Esta mutación puede ser explícita: así, por ejemplo, una Comisión de reforma del derecho de consumo propuso en 1990 un código que modificaba la materia, sin embargo, el gobierno prefirió una codificación-compilación¹. Esta mutación puede ser incluso más engañosa: el presidente de la Comisión de reforma del Código civil francés, establecida en 1945, señala en este sentido que: «... decidimos posponer el examen de cuestiones, no obstante esenciales, que implican reformas estructurales; para así, comenzar por el estudio de las áreas del derecho civil que sólo suscitan problemas formales o de técnica»².

Más a menudo aún, una codificación-compilación opera transformando reglas, cuando debiera limitarse a reunir las. Se deberá esto a que transcribir no resulta jamás neutro: muchas veces los antropólogos han observado que el simple hecho de redactar y poner en orden observaciones hechas en terreno puede dar la ilusión que las cosas clasificadas de este modo poseen por sí mismas la coherencia de la clasificación que les ha sido dada³. Es más, ¿cómo evitar que la transcripción no sea distorsionada por la subjetividad de aquellos que la realizan?⁴

¹. Cf. J. Calais-Auloy, y F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 5 ed., 2000, nº 34.

². L. Julliot de la Morandière, *La réforme du Code civil*, Dalloz, 1948, p. 120.

³. Cf. D. de Béchillon, *L'imaginaire...*, art. citado, p. 181, citado por J. Goody, *La raison graphique*, Éd. de Minuit, 1979.

⁴. Cf. a propósito de la redacción de las costumbres, D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, O. Jacob, 1997, p. 128: «¿Cómo no temer que los codificadores responsables por este trabajo tengan, en el sentido psicoanalítico del término, proyectado su propio imaginario y su propio background sobre el objeto de su codificación?».

Sobre todo, por afán de simplificación, de coherencia, o de actualización, los codificadores no dudan en modificar las reglas codificadas, o en suprimir algunas, incluso en agregar otras.

Ya la búsqueda de simplificación condujo a la codificación teodosiana a corregir los textos para que fuesen menos oscuros¹. Poco después, Justiniano ordena expresamente a Triboniano y a sus acólitos coordinar los diferentes textos reunidos para suprimir las eventuales contradicciones². Cuando el monarca no lo impone, el codificador se atribuye personalmente esta libertad. Por ejemplo, el Zar Nicolás I solicitó establecer el *Svod Zakonov* sin modificar las leyes rusas existentes, sin embargo el conde Spréranski, quien efectuó esta compilación, estuvo lejos de respetar escrupulosamente estas instrucciones³. De la misma manera, los historiadores han señalado que la redacción de costumbres frecuentemente se acompaña de la modificación de ciertos usos o de la supresión de especificidades locales⁴. La modificación más o menos engañosa de un texto en teoría intacto, se encuentra así en numerosos códigos a lo largo de la Edad Media y los Tiempos Modernos⁵. Incluso las codificaciones inglesas que pretenden ser la continuación directa y fiel de las reglas jurisprudenciales que ellas incorporan, al punto que éstas deben guiar al intérprete en caso de dificultades; no se privan sin embargo de aportar modificaciones o aclaraciones⁶.

En la actualidad, habitadas sin duda por este mismo imperativo de simplificación y de racionalización, las codificaciones francesas modifican el derecho existente bajo pretexto de una simple compilación, apoyándose en el principio de derecho constante, que de manera recurrente es utilizado como

¹. Cf. J. Gaudemet, *La Codification et l'évolution du droit*, art. citado, p. 249.

². *Ibid.*

³. En este sentido, R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 10 ed. 1992, n° 123.

⁴. Cf. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 3 ed. 2001, p. 39.

⁵. Cf. los ejemplos propuestos por J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle*, Bruselas, 1967, p. 186.

⁶. O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 718.

justificación; y a pesar, de la opinión prudente y constante de la Corte de casación, para quien «la derogación de una ley luego de su codificación “de derecho constante” no modifica ni el tenor de las disposiciones modificadas ni su alcance»¹.

Eliminemos de manera preliminar las modificaciones introducidas por simple error, que siempre pueden ser corregidas con posterioridad, aunque éstas abundan en las codificaciones contemporáneas, y los poderes públicos manifiestan poca diligencia para eliminarlas, delegando en la jurisprudencia la tarea de atenuar sus efectos².

La circular de 30 de mayo de 1996, relativa a la codificación de los textos legislativos y reglamentarios, prevé que, para que el derecho sea comprensible, conviene añadir algunas «modificaciones de forma³»; fórmula reconocida por ser lo suficientemente imprecisa como para permitir modificaciones de fondo⁴, tanto «forma» y «fondo» están unidos⁵. El *lifting* esconde a menudo una cirugía

¹. Cass. 1^o civ., 27 de febrero de 2001, *D*, 2001, 1025, obs. A. Lienhard; Cass. Com., 13 de mayo de 1997, *D*, 1997, IR, p. 152: la codificación no deroga las disposiciones reglamentarias basadas en leyes codificadas; Cass. crim. 16 de octubre de 1996, *Bull. crim.*, n^o 367, p. 1075, *RTD civ.*, 1997, p. 778, obs. R. Libchaber: una infracción establecida por la legislación derogada por una codificación que la integra en el código, se mantiene aplicable (ya en el mismo sentido, Cass. crim. 4 de mayo de 1995, *Bull. crim.*, n^o163, p. 459, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 111, obs. B. Bouloc; Cass. crim. 12 de junio de 1995, *Bull. crim.*, n^o 212, p. 581, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 363, obs. B. Bouloc).

². Para limitarse a un sólo ejemplo, el artículo 3-1 de la ordenanza de 1967 disponía que «los artículos 1844-12 a 1844-17 del Código civil eran aplicables a los grupos de interés económico». El artículo 251-5 del Código de comercio no alude más que los artículos 1844-12 y 1844-17 C. civ. La Corte de apelación de París decidió que los artículos 1844-12 a 1844-17 eran aplicables al GIE, «la nueva codificación no podía tener por efecto modificar las disposiciones legales anteriores» (*D*, 2002, 1208, obs. A. Lienherd). Para otras ilustraciones, *adde*: V.-L. Benabou, *La codification de la propriété intellectuelle*, bajo la dir. de A. Francon, La Documentation française, 1998, p. 70 y ss.; P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif, le «droit constat des codes de la propriété intellectuelle», in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, Dalloz, 1996, p. 107 y ss.; de una manera más general, H. Moysan, La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation, *JCP*, 2002, I, 147.

³. «Para adaptar el texto a las necesidades de comprensión o de coherencia de los textos codificados» (art. 2.1.1). Sobre el contenido concreto de estas modificaciones de forma que pueden ser aportadas, cf. *infra*. Para sus aplicaciones, cf. por ejemplo, a propósito del Código de propiedad intelectual, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, bajo la dir. de A. Francon, *op. cit.*, p. 66 y ss.; D. Bureau y N. Molfessis, Le Nouveau Code de commerce? Une mystification, *D*, 2001, P. 362 y ss.

⁴. Sobre la impresión de esta fórmula en la primera ola de codificación emprendida en 1948, cf. F. Terré, Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles, *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris*, 1962, vol. 1, t. 23, p. 192. *Adde*: D. Le Ninivin, Les discordances de la codification par décret, *JCP*, 1980, I, 2982.

⁵. Cf. F. Terré y A. Outin-Adam, Codifier est un art difficile, *D*, 1994, p. 99: «Nuevamente se manifiesta la imposibilidad de disociar totalmente la forma del fondo... Pensar lo contrario es ignorar la experiencia de la lingüística,

más traumática... Así, la reescritura de un texto por la necesidad de su inclusión en el Código de consumo significó la supresión de un reenvío a un decreto, esto permitió que jueces de fondo pudieran absolver a un acusado¹. De manera más dirimente aún, se previó que las modificaciones pueden alcanzar el fondo del derecho. La misma circular precisa que «en principio, los códigos son elaborados reproduciendo la presentación de los textos en vigor (en cuanto a su redacción al momento de la codificación), sin agregar a este esfuerzo una reforma de fondo del derecho»; sin embargo, muchas modificaciones están autorizadas para transgredir este principio. Los codificadores pueden constatar ciertas derogaciones o caducidades de las que nadie se ha hecho cargo hasta ese momento, o proponer las modificaciones necesarias para que las disposiciones codificadas respeten la Constitución y los textos internacionales, en particular el derecho comunitario. Por último, «simplificaciones, mejoras y armonizaciones del derecho» pueden ser propuestas en ciertas condiciones². La ley de 16 de diciembre de 1999 que habilita al gobierno para proceder por ordenanza a la adopción de la sección legislativa de nueve códigos, dispone en su artículo 1° que «las disposiciones codificadas son aquellas en vigor al momento de la publicación de las ordenanzas». Sin embargo, ésta también prevé que es posible «efectuar las modificaciones que fuesen necesarias para asegurar el respeto a la jerarquía de las normas, la redacción coherente de los textos reunidos y para armonizar el estado del derecho»³. Varias modificaciones importantes fueron realizadas por el propio gobierno, luego de la adopción de la sección legislativa de los códigos proyectados en base a las

de la hermenéutica y de la semiología». *Adde*: en el mismo sentido, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 59.

¹. Dijon, 23 de septiembre de 1998, *Dalloz Affaires*, 1998, p. 1807, note E. P.; *D*, 2000, Somm. p. 42, obs. J.-P. Pizzio. *Contra*, París, 3 de marzo de 1998, *Contrats, conc., consom.*, 1998, n° 153.

². Circular de 30 de mayo de 1996 (art. 2.1.1). Para algunas ilustraciones, cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 59.

³. Fórmula tomada casi idéntica a la del artículo 3 de la ley n° 2000-321 de 12 de abril de 2000, referida a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración (*JO* de 13 de abril de 2000). Sobre esta fórmula, comp. N. Molfessis, *RTD civ.*, 2000, p. 193.

excepciones anteriormente mencionadas¹. No son codificadas las disposiciones implícitamente derogadas, así como tampoco las «disposiciones redundantes o desprovistas de todo alcance jurídico»². Ciertos artículos son igualmente creados «para permitir la coordinación de las disposiciones del Código de educación con aquellas pertenecientes a otros textos»³. De manera más fundamental, estas secciones legislativas de los códigos contienen disposiciones penales rescritas «a fin de que la definición de las infracciones sea precisa y que la redacción de los artículos sea del tipo que está previsto en el Código penal».⁴

Este atestado de las derogaciones aportadas al derecho constante por el propio gobierno es ilustrativo. Como observa François Terré: «¿Para qué los codificadores, tan bien encaminados, se darían la molestia? ¿Gozan de todas las amabilidades del Parlamento y de la Administración?»⁵ Sin embargo, el gobierno no es exhaustivo en las derogaciones aportadas al derecho constante que invoca, y otras discrepancias fueron señaladas con un cierto estupor por los autores. Así por ejemplo, los codificadores no dudaron en incluir en el Código de comercio textos de origen reglamentario declarados ilegales por jurisdicciones administrativas⁶.

¹. Algunos ejemplos a propósito del Código de Comercio, cf. por ejemplo, C. Arrighi de Casanova y O. Douvreur, *La codification par ordonnance, À propos du Code de commerce*, *JCP*, 2001, I, 285. A la inversa se puede observar que todas las incoherencias de forma no fueron corregidas por los codificadores (cf. P. Reigné y T. Delorme, *Une codification à droit trop constant (à propos du Code de commerce)*, *JCP E y A*, 2001, Act. p.1.

². Ordenanza de 15 de junio de 2000 que conlleva la adopción del Código de salud pública, *JO*, 22 de junio de 2000, p. 9341.

³. Ordenanza de 15 de junio de 2000, que conlleva la adopción del Código de la educación, *JO*, 22 de junio de 2000, p. 9348.

⁴. *Ibid.*, p. 9341 del Código de salud pública y p. 9347 del Código de la educación; ordenanza de 18 de septiembre de 2000 respecto a la sección legislativa del Código de comercio, *JO* de 21 de septiembre de 2000, p. 14783.

⁵. *Introduction générale au Droit, op. cit.*, n° 377.

⁶. Como el artículo 173 del decreto de 27 de diciembre de 1985, que el Consejo de Estado acababa de declarar ilegal en una decisión de 9 de febrero de 2000, y que fue codificado en el artículo L. 627-1 del Código de comercio (cf. A. Lienhard, *La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (ou les surprises de la codification à droit constant)*, *D*, 2000, n° 34, p. III. *Contra*, justificando esta inclusión, C. Arrighi de Casanova y O. Douvreur, art. citado.

Más allá de éstas, ya notables, derogaciones al principio del derecho constante previstas por los textos, importantes modificaciones pueden tomar otras formas aún más engañosas.

Los efectos ligados a la codificación¹ hacen que la inclusión o la exclusión de una norma en un código no resulte neutra. Por ejemplo, el estatus de los programas informáticos es establecido por una ley de 1985 y relegado al título V de esa misma ley, porque su proximidad con el derecho de autor era cuestionable; sin embargo éste es posteriormente incorporado en el Código de propiedad intelectual en la parte relativa al derecho de autor². Como justamente señaló un autor: «¿Quién puede negar que los programas informáticos, al salir del gueto del título especial que les fue consagrado en 1985, ganaron legitimidad?»³ Asimismo, la inclusión de los arriendos comerciales en el Código de comercio de septiembre de 2000, que no se parecía necesaria⁴, les asegura una suerte de consagración al implicar una expansión de la comerciabilidad. Otro ejemplo también tomado del Código de comercio, la codificación del derecho de la libre competencia en su libro IV hizo perder a la materia toda la especialidad adquirida, reduciéndola a una rama más del derecho comercial, lo que no parece muy pertinente⁵. A la inversa, el artículo 73 de la ley de 30 de septiembre de 1986, sobre la exhibición, que autoriza de manera limitada las secuencias publicitarias insertas en una película de televisión, habría quizás podido integrar al Código de propiedad intelectual, a título de excepción o a título de organización del derecho de autor⁶, lo que no ocurrió. Un texto omitido

¹. Cf. *supra*, p. 90 y ss.

². P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif..., art. citado, p. 113.

³. P. Sirinelli, Le raisonnable en droit d'auteur, *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1985, p. 404.

⁴. F. Auque, La Codification des baux commerciaux à droit «presque» constant, *JCP*, 2000, n° 45, Actualité, p. 2003: «Nada, en la teoría jurídica al menos, disponía que los arriendos comerciales, que no son necesariamente actos de comercio, figuraran en el seno de lo que el Informe al presidente de la República de 18 de septiembre de 2000, denominaba el conjunto de la legislación comercial».

⁵. S. Poillot-Peruzetto, De la liberté des prix et de la concurrence: la codification du droit de la concurrence, *Dr. et patr.*, n° 95, julio-agosto, 2001, p. 73 y ss., específicamente p. 74: «El derecho de la libre competencia es un elemento del derecho comercial, en el sentido del derecho francés, pese a ser aplicado a todas las actividades, comerciales o no...».

⁶. P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif..., art. citado, p. 115.

de esta forma de un código no puede ser considerado como implícitamente derogado. Sin embargo esta exclusión, aunque a veces se explique por el interés de reservar esa materia para otro código, debilita el texto excluido. Además constituye, al menos, una fuente de inseguridad jurídica en la medida que es al conjunto del derecho que la *Commission supérieure de codification* desea codificar.

La inclusión de disposiciones en una nueva estructura, constituye igualmente un elemento susceptible de producir consecuencias fundamentales en los textos codificados. Esta observación ya fue formulada a propósito de la estructura de las compilaciones de derecho canónico realizadas en la Edad Media: «Si el compilador tiene concepciones propias, preferencias o antipatías, ellas podrán influir no solamente en sus elecciones (eliminará los textos que no le gustan y mantendrá los falsos, los apócrifos, tales como las Falsas Decretales), sino también en su plan»¹. Del mismo modo, los historiadores han observado como el simple hecho de incluir las normas rusas existentes dentro de una estructura que imitaba los códigos occidentales, durante la codificación del *Svod Zakonov*, transformó estas normas.² Estas modificaciones parecen difícilmente compatibles con la supuesta neutralidad del derecho constante, aunque ellas no sean siempre evaluadas y queridas por los codificadores. Sin embargo, este último argumento no constituye en lo absoluto una justificación: el codificador, considerándose equivocadamente protegido por el principio del derecho constante, ¿no jugará peligrosamente a ser un aprendiz de brujo?

El lugar de un texto en una subdivisión del código, implica ciertas consecuencias, particularmente respecto del ámbito de aplicación de la norma que contiene. Por ejemplo, la inclusión de disposiciones generales que sólo conciernen a los tribunales administrativos y a las cortes administrativas de apelación, en un Título preliminar del Código de jurisdicciones administrativas,

¹. G. Le Bras, *Institutions ecclésiastiques de la chrétienté médiévale*, citado por P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2 ed., 2001, p. 304.

². En este sentido, R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes...*, *op. cit.*, n° 123.

parece hacer aplicables esas normas al conjunto de las jurisdicciones administrativas. Otro ejemplo aún más discutido, los artículos relativos a la usura y a la mención del *taux effectif global*¹ en los contratos de préstamo, que figuran en la ley de 28 de diciembre de 1966, aplicable a todos los créditos, fueron posteriormente incluidos en el capítulo III «Disposiciones comunes», del libro III «Endeudamiento», del Código de consumo, el que concierne solamente a los créditos concedidos a “no profesionales”. ¿La codificación ha limitado el campo de aplicación de estos textos? La doctrina y la jurisprudencia están divididas². Una última ilustración, no por eso menos relevante, el título Iº del libro Iº del Código de comercio de septiembre de 2000, «Del acto de comercio», parece optar por un enfoque objetivo, distinto de aquel más subjetivo que tenía el antiguo código que privilegiaba al comerciante, definido desde el artículo 1, versus el acto de comercio³.

Puede ser también el título de una subdivisión lo que modifica su alcance. En primer lugar, los títulos suprimidos: por ejemplo, se ha lamentado que el decreto de 30 de septiembre de 1953, sobre los arriendos comerciales, perdiera en la codificación su título, el que se refería a la renovación de los arriendos y que expresaba la filosofía del texto⁴. Sobre todo los títulos creados por el codificador pueden sensiblemente modificar el alcance de una norma⁵. Por ejemplo, el capítulo I, título II del Código de propiedad intelectual, consagrado al derecho de autor, fue titulado «Derechos morales», aunque la expresión «derecho moral» fuera consagrada por la doctrina hace muchos años, permitiendo decir a un autor que «este nuevo plural es bastante singular»⁶. Del mismo modo, las reglas relativas al régimen matrimonial que figuraban en las disposiciones generales de la ley de 1957, sobre derechos de

¹. N. del T.: Tasa de interés anual que indica el costo real de un crédito, puesto que no sólo considera la tasa de interés, sino también todos los costos asociados, contractualmente obligatorios, de un crédito.

². Ver a los autores y las decisiones citadas por A. Lienhard y C. Rondey, artículo citado.

³. Cf. C. Mascala, *Du commerce en général*, *Dr. et patr.*, n° 95, julio-agosto, 2000, p. 56.

⁴. J. Moneger, L. 145-1 à L. 145-60 del Código de comercio 2000, *Loyers et copropriété*, octubre 2000, p. 4.

⁵. Sobre el rol y el valor de los títulos, cf. *infra*.

⁶. P. Sirinelli, *Le raisonnable...* art. citado, p. 404.

autor, son incorporadas en el capítulo «Derechos morales» del Código de propiedad intelectual, con el fin de marcar «la predominancia del derecho moral, probablemente en consideración a negocios familiares de gran cuantía». Sin embargo, como muy bien ya se han preguntado: «¿Es posible que un bien patrimonial, ya sea ganancial o propio, devenga extra-patrimonial?»¹. Otro ejemplo, el Código de consumo sitúa las disposiciones relativas a la garantía de los vicios redhibitorios en el título primero del libro II titulado «*Conformité*» pareciendo zanjar –pero en realidad probablemente no lo hace– la enorme discusión doctrinal relativa a las relaciones entre la acción de garantía de los vicios redhibitorios y la acción de entrega y conformidad².

Las referencias internas del código pueden igualmente tener fuertes consecuencias jurídicas: la indicación del artículo L. 111-1 del Código de propiedad intelectual relativo a la copia privada, según la cual los derechos de autor «están determinados por los libros I y III del presente Código» parece afirmar la naturaleza del derecho de autor como aquella del salario justo³.

Más grave aún, un autor demostró que la clasificación de las disposiciones, que las hace preceder de una letra que indica su naturaleza⁴, a veces suscita errores: por ejemplo, los artículos L. O. 135-2, L. O. 163-2, L. O. 163-3 y L. O. 163-4 del Código electoral fueron considerados de naturaleza legislativa por el Consejo constitucional⁵: «La maquina de la codificación parece aplastar los principios constitucionales»⁶.

Como lo muestran claramente algunos de estos ejemplos, el alcance de las modificaciones no es despreciable: «Con el aval del “derecho constante”, el codificador tiene finalmente el poder de consolidar o, por el contrario, de

¹. P-Y. Gautier, De l'art d'être furtif... art. citado, p. 111.

². Cf. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1994, p. 295, n° 17.

³. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 129.

⁴. Cf. *infra*.

⁵. Decisión n° 88-242 de 10 de marzo de 1998.

⁶. Cf. S. Guy, Une utopie: la codification, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1996, n° 26, p. 276.

debilitar tal o cual corriente del pensamiento jurídico, sobre un determinado punto»¹. La propia *Commission supérieure de codification* no es inocente respecto de estas importantes modificaciones realizadas por la codificación (supuestamente) de derecho constante. Los últimos informes se apuran para poner en relieve el principio de la aprobación por el Parlamento, lo que sin duda revela la importancia de las modificaciones que la *Commission* desearía, de este modo, respaldar². Como muy bien se ha destacado, «en esta voluntad de someter los textos a la aprobación del Parlamento, ¿no habrá en realidad, un reconocimiento tácito de la dimensión normativa del procedimiento...?»³.

Esta desnaturalización de la codificación-compilación no fue criticada durante muchos siglos⁴, debido a que sus impulsores la justificaban por el imperativo de racionalización ya mencionado; sin embargo, esto ha cambiado en la actualidad. Modificar el derecho existente sin un debate verdadero, o democrático frente a las instituciones representativas, o científico frente a la doctrina competente, escondiéndose tras la excusa del principio de derecho constante, perjudica los principios que gobiernan nuestras sociedades. La doctrina critica con mayor vivacidad este poder que se atribuye la Administración, sintiéndose privada de una tarea que ella inconscientemente considera más o menos como propia. Así por ejemplo, François Terré denuncia «un trabajo secreto de pontífices digno de los tiempos más retrógrados»⁵. El problema subsiste, porque como hemos demostrado, estas modificaciones son consustanciales a la codificación-compilación. De la misma forma que una fotografía instantánea pretende ser el simple reflejo de la realidad, no obstante inevitablemente la transforma por el enfoque, el ángulo, incluso el

¹. P- Y. Gautier, De l'art d'être furtif... art. citado, p. 113.

². Cf. por ejemplo, G. Braibant, La codification française, Réflexion, méthodes et perspectives, *Rev. adm.*, 1994, p. 173, que evoca esta «regla de oro de la codificación: la intervención del Parlamento».

³. G. Timsit, La codification, transcription ou transgression de la loi, *Droits*, n° 24, 1996, p. 90 y ss. Adde: V. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 61, n, 22, se preguntan sobre esta ambigüedad: «es por una verdadera ingenuidad, ¿o se trata de una fachada angelical?»

⁴. Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...* op. cit., p. 187.

⁵. *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 377.

desplazamiento de los objetos o de las personas; ninguna compilación puede evitar deformar este derecho codificado, respecto del que sólo debería ser un escrupuloso reflejo. Este inevitable inconveniente constituye sin duda el vicio más relevante de la codificación-compilación.

Así, las codificaciones contemporáneas de derecho constante emprendidas en Francia pecan menos, contrariamente a lo que sugieren las superficiales críticas de una gran parte de la doctrina, por una histórica traición del concepto de código, ya que por el contrario éstas se remontan a los gloriosos modelos de los ancestros de la Antigüedad; que por un vicio que les es consustancial, no pueden ser verdaderamente de derecho constante, vicio benigno en una sociedad autocrática y burocrática, pero que se torna intolerable en una sociedad democrática.

Si la elección de un método de codificación está en el corazón de las preocupaciones de la *codistique*, lo está igualmente en la elección de los hombres.

2- Elección de los hombres

La elección de los hombres, es aquella de los codificadores (I), pero también aquella de los destinatarios de la codificación (II).

I- ELECCIÓN DE LOS CODIFICADORES

La tarea es tan difícil como interesante, Jean-Jacques Rousseau escribió que: «Para descubrir las mejores reglas de sociedad, que más convienen a las naciones, sería necesario una inteligencia superior que viese todas las pasiones de los hombres y que no fuese víctima de ninguna; que no tuviese relación con nuestra naturaleza, pero que la conociese a fondo; cuya felicidad fuese independiente de la nuestra, y que sin embargo, quisiese ocuparse de la nuestra; por fin, quien pese al transcurso progreso del tiempo y la espera de una gloria alejada, pudiese trabajar en un siglo y disfrutar en otro», agregando: «Harían falta Dioses para dictar leyes a los hombres»¹.

Si el principio de un órgano codificador específico se impone (1), este órgano ¿debe ser reducido a un solo codificador o a muchos? (2) Esta última solución parece imponerse, surge entonces la pregunta respecto de la composición de este órgano plural (3).

¹. *Du contrat social*, libro II, cap. VII.

1. Principio de un órgano codificador específico

La cuestión de la elección del codificador, que sólo se plantea respecto de las codificaciones oficiales, puede parecer sorprendente de buenas a primeras. En la medida que un código contiene textos de naturaleza jurídica, sólo el órgano con competencia para adoptar estos textos, o por lo menos para decidir su puesta en forma -ayer el monarca, el parlamento o el gobierno hoy-, parece competente para codificar. No obstante, a menudo sobrepasados por otras tareas, estos órganos no tienen el tiempo de dirigir adecuadamente la empresa de la codificación: entre miles de ejemplos, el Comité de Legislación creado durante la Revolución francesa por la Asamblea Legislativa sólo se reunía en las tardes de 19 a 23 horas, después de las sesiones de la Asamblea, lo que explica en gran parte la lentitud de sus trabajos¹. Además, en un régimen democrático, el gran número de parlamentarios puede paralizar una codificación: «Un Código es una obra de arte tanto como una obra de ciencia y de práctica. ¿Es posible creer que unos cientos de senadores y diputados puedan colaborar útil y directamente en su preparación?»². Además, la codificación surge a menudo sin un interés político inmediato, lo que no incentiva nada a los parlamentarios a emprenderla³. Por último, la influencia de grupos de presión sobre los parlamentarios podría frenar sus ansias de codificar⁴. Igualmente, la elaboración de un código es muchas veces delegada a otros, tal disociación presenta la ventaja de poder designar a codificadores especialmente competentes. Cabe agregar que tal disociación es inevitable

¹. En este sentido, J.- Gaudemet, *Les naissances... op. cit.*, p. 203.

². E. Glasson, La codification en Europe, au XX siècle, *Rev. pol. et parl.*, p. 227.

³. Cf., a propósito del derecho internacional privado, D. Bureau, La codification du droit international privé, in *La codification, op. cit.*, p. 140 n° 48.

⁴. En este sentido, por ejemplo, J. Fourré, Les codifications récentes et l'unité du droit en France, *Rev. jurid. et polit.*, Indépendance et coopération, 1986, p. 727. *Adde*: sobre el freno que pueden constituir los grupos de presión en la codificación, *supra*.

cuando el código adoptado trasciende la estructura del Estado nacional, entonces sólo podrá ser adoptado a través de un tratado internacional¹.

Frecuentemente este procedimiento de elaboración presenta inconvenientes.

En un país democrático, confiar la elaboración del derecho a técnicos no elegidos puede convertirse en blanco de críticas. Como ya lo señaló Max Weber, la racionalización formal del derecho, respecto de la cual la codificación constituye una de sus formas más características, refuerza el poder burocrático en detrimento del poder legislativo². El rol excesivo de la burocracia en la elaboración de los códigos es constantemente criticado, particularmente hoy, en Francia, a propósito del movimiento de codificación de derecho constante, tanto por la opinión pública³ como por los juristas⁴, así las críticas se han fortalecido desde los últimos avatares en este proceso⁵. Un método para evitar este inconveniente puede ser encargar la codificación a una delegación de personas electas. Así, por ejemplo, durante la Revolución francesa, el Comité de legislación creado por la Asamblea legislativa, que fue modificado pero conservado por la Convención, se compone de miembros de esas asambleas. En nuestros días, preocupados por deshacerse de las críticas contra una codificación calificada a veces como demasiado burocrática, los poderes públicos incluyeron en la *Commission superieure de codification* a

¹. Cf. a propósito de un eventual Código civil europeo, L. Idot, Les bases communautaires d'un droit privé, in *Le droit privé européen*, bajo la dir. de P. de Vareilles-Sommiers, Economica, 1998. p. 22 y ss.

². *Sociologie du droit*, PUF, 1986, trad. J. Grosclaude, específicamente, p. 185 y ss.

³. Cf. T. Desjardins, *Il y a trop de lois idiots dans ce pays*, Plon, 2000: «Es necesario leer nuestros códigos. Es un campo de acción inagotable para la imaginación destructoras de nuestros funcionarios» (p. 37), a mayor abundamiento estos textos «producto del secreto de oficinas cerradas de una administración que, no contenta de encabezar una aplicación quisquillosa, contradictoria o excesiva de las leyes votadas por los elegidos, las multiplica sin criterio».

⁴. Cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 377, que estigmatiza «la dudosa actividad de una red que es cada vez más poderosa».

⁵. En particular el hecho de que el gobierno se haga habilitar por el Parlamento para adoptar a través de ordenanzas la parte legislativa de nueve códigos (cf. *supra*). Cf. N. Molfessis, *RTD civ.*, 2000, p. 661, que habla de un «instrumento de legitimación del poder de la administración en la promulgación del derecho».

representantes del Parlamento¹. Cualquiera sea el caso, incluso si la comisión de codificación no está compuesta por personas electas, no se atenta contra el principio democrático, ya que los órganos legislativos y/o reglamentarios deciden en última instancia la adopción de un código o de su rechazo... bajo condición que el Parlamento pueda realmente ejercer su rol.

Esta última condición es difícil de cumplir en el caso de una codificación de derecho constante. En Francia, los poderes públicos, bajo la premisa de que la sección legislativa de cada código aprobado por la *Commission supérieure de codification* queda sometida al Parlamento, proclamando el principio de derecho constante, restringe así particularmente en la práctica su poder legislativo: su margen de maniobra es limitado, «excepto para despedazar los códigos propuestos y hacer su discusión casi imposible», el Parlamento no estará entonces limitado a «un rol poco glorioso: el legislador no legisla, codifica»². De un punto de vista estrictamente jurídico, se podría considerar que hay entonces un atentado al principio de la soberanía nacional y al artículo 34 de la Constitución que dispone «la ley es votada por el Parlamento», como trasgresión al derecho de enmienda. El argumento fue expresamente invocado frente al Consejo constitucional³, el que nada respondió⁴, el gobierno simplemente hizo presente en sus observaciones que el principio del derecho constante no se impone jurídicamente al Parlamento⁵. No obstante en la

¹. Artículo 2 del decreto n° 89-647 de 12 de septiembre de 1989: un miembro de la comisión de leyes de la Asamblea nacional y un miembro de la comisión de leyes del Senado son los miembros permanentes de la comisión, aunque en función del código examinado ocupan un escaño un miembro de la o las comisiones competentes de la Asamblea nacional y del Senado.

². S. Guy, Une utopie: la codification, art. citado, p. 304.

³. Cf. El requerimiento al Consejo constitucional de fecha de 24 de noviembre de 1989, a propósito de la ley que da la habilitación al gobierno para proceder por ordenanza para la adopción de la sección legislativa de ciertos códigos, in *Dixième rapport de la Commission supérieure de codification*, ed. JO, 2000, p. 50. Los requerentes sostiene que los artículos 33 y 44 de la Constitución son ignorados ya que «el Parlamento no puede ejercer su poder de modificar el contenido de los códigos».

⁴. Decisión n° 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999, citado in *Dixième rapport de la Commission supérieure de codification*, op. cit., p. 45, que se esconde detrás del espíritu y los términos de la habilitación prevista por el artículo 38 de la Constitución.

⁵. Observaciones del gobierno sobre el recurso dirigido contra la ley que da la habilitación al gobierno para proceder por ordenanzas para la adopción de la sección legislativa de ciertos códigos, in *Dixième rapport de la Commission supérieure de codification*, op. cit., p. 57.

práctica el Parlamento parece aceptar esta autolimitación¹, o al menos relativizarla, algunos parlamentarios han defendido los aportes del Parlamento al proceso de codificación², los que son cuestionados por muchos autores³. La aceptación de esta autolimitación, matiza la fuerza del disgusto de ciertos autores ante el desasimiento actual del Parlamento en favor del gobierno, habilitado por la ley de 16 de diciembre de 1999 para adoptar la sección legislativa de nueve códigos⁴.

De manera más general, el estatus ambiguo de estas comisiones, dominadas por preocupaciones científicas pero sin poder abstraerse de consideraciones políticas, que según una exitosa fórmula, deben combinar «los elementos de un laboratorio intelectual con aquellos del Consejo de un Príncipe»⁵, genera ciertas dificultades, de las cuales, una de las más importantes es su vinculación con la autoridad competente para adoptar en última instancia el código, el Parlamento en los regímenes democráticos. El código elaborado queda a merced de la instancia política encargada de adoptarlo, de sus indecisiones, de sus caprichos, o simplemente de su inestabilidad, que paraliza toda acción circunscrita a un cierto plazo, como lo exige una codificación. Así, esquemáticamente, la autoridad competente para

¹. Cf. a propósito del Código de propiedad intelectual, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 88.

² M. Rufin, La codification: un témoignage parlementaire, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1997, p. 812 y ss., específicamente, p. 816.

³. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 89: «Los textos presentados en el proyecto del código ya han sido todos ya votados, en principio, por las dos asambleas. Por consiguiente es bastante normal aceptar no volver a discutir su pertinencia. El verdadero objeto de la ley de codificación “de derecho constante” es una nueva presentación, una nueva estructuración de normas ya existentes. Es esta nueva presentación del derecho que se somete al Parlamento; se dirá, que éste está llamado a pronunciarse respecto de ella. Entonces, ¿es posible hablar de autolimitación, si el propio objeto de la ley es discutido, si la materia del código es igualmente cuestionada (como lo fue el caso para la propiedad intelectual)?». *Adde*: G. Timsit, La codification, transcription ou transgression de la loi?, *Droits*, n° 24, p. 83 y ss., específicamente, p. 91.

⁴. Cf. N. Molfessis, obs. à la *RTD civ*, 2000, p. 193: «¿Se ha debidamente considerado que por la ley de 16 de diciembre de 1999, el Parlamento otorgó a una institución desprovista de toda legitimidad, puramente tecnócrata, el derecho de eximirse de la propia ley?... En un sistema jurídico evolucionado, la seguridad jurídica, que efectivamente se debe buscar, no es más que un instrumento de concentración del poder de legislar en las manos de una institución burocrática».

⁵. P. Poncela y P. Lascoumes, op. cit., p. 97 y ss., y su estudio de esta dualidad aplicada al derecho penal.

adoptar el código puede no permitirle ver la luz, rechazarlo por razones independientes de sus cualidades, o desnaturalizarlo.

La autoridad competente puede descuidar, por múltiples razones, el código que está encargada de adoptar, las consecuencias son lógicas: el código corre peligro de caer en el olvido, o al menos de devenir obsoleto.

La autoridad competente generalmente está agobiada por otras tareas a las que les da prioridad. Así, actualmente en Francia, *la Commission supérieure de codification* denunció el hecho de que los proyectos de ley de codificación se encuentran muchas veces «detenidos a la espera de hipotéticos días menos congestionados»¹, la culpa más bien se imputa al gobierno, ya que éste controla la distribución de la carga de trabajo. Guy Braibant citó el caso del Código rural, que estuvo paralizado por más de tres años, entre tanto, la mayoría de sus disposiciones fueron modificadas, y ya no estaban vigentes². El argumento fue explícitamente invocado por el gobierno para justificar que éste se hiciera habilitar por el Parlamento para adoptar nueve códigos a través de ordenanzas³, aunque no es evidente que el gobierno sea más diligente, como lo demuestra el retraso en la adopción de la sección reglamentaria de ciertos códigos: «Esta considerable obra no debe, ante todo, correr el riesgo de envejecer antes de ver la luz. Ahora bien, esto podría ocurrir si los códigos ya terminados no fuesen adoptados antes que se modificasen los textos que estos reúnen. Es para evitar esto que el gobierno solicita la habilitación para adoptar la sección legislativa de nueve códigos ya listos⁴».

El inconveniente es que además el orden de prioridades depende, usualmente, de imperativos políticos, o incluso de los políticos. Guy Braibant

¹. Commission supérieure de codification, septième rapport annuel, ed. JO, 1996, p. 6.

². G. Braibant, La problématique de la codification, art. citado, p. 177.

³. Ley n° 99-1071 de 16 de diciembre de 1999 (Códigos de educación, de salud pública, de comercio, de medio ambiente, de justicia administrativa, de acción social, de carreteras, Código rural, Código monetario y financiero).

⁴. A. Vidalies, Joan séance du 23 novembre 1999, p. 9997. *Adde*: G. Braibant, Codification, *RFAdm.*, 2000, p. 493: «Recurrir a las ordenanzas para adoptar nuevos códigos se transformó en una necesidad, ya que estábamos en una situación de bloqueo: aunque el trabajo de codificación continuaba, ningún código fue adoptado durante tres años».

observa en este sentido, que «se prefiere crear una ley que eventualmente tendrá el nombre de un ministro, más que invertir en una gran obra de codificación que, posiblemente, será aclamada después si ella prospera, pero que no es mediática ni cotidiana»¹. Si por razones poco racionales lo transitorio precede lo permanente, el fenómeno parece aún más fortalecido por las alternancias políticas, que se traducen con frecuencia en el abandono de proyectos de códigos anteriores. Por ejemplo, se observó a propósito de la adopción del Código penal de 1994, que las interrupciones del proceso se debieron, por lo general, a cambios políticos importantes².

Sería injusto no agregar que estos factores políticos, que son determinantes, pueden, al contrario, acelerar la adopción de un código: hemos tratado de mostrar como la adopción de un código está vinculada a una fuerte voluntad política, que puede utilizarla para su conveniencia³: el objetivo ya no es el contenido del código, sino su adopción a cualquier precio, lo que sin duda afecta su contenido, necesariamente más consensual, a fin de facilitar y acelerar su adopción, lo que finalmente desnaturaliza el código.

Más frecuentemente, el código corre el peligro de ser, en efecto, desnaturalizado por su paso frente a la autoridad que lo adopta y le puede hacer perder su unidad. El ejemplo característico es extremo: ¡el Código civil francés de 1804 conserva su unidad sólo porque el Primer cónsul, luego de su adopción, destituye las primeras asambleas consultadas, en particular el *Tribunat*⁴! Igualmente se pudo observar que la necesidad de adoptar el Código penal francés de 1994 condujo a anular las críticas de la oposición, eliminando

¹. La problématique de la codification, art. citado, p. 167.

². P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le code pénal*, op. cit., p. 16.

³. Cf. *supra*, p. 79 y ss., p. 161 y ss.

⁴. N. del T.: Asamblea constituyente de 1989.

sus aspectos más innovadores, para hacer de éste un texto de compromiso¹, lo que no siempre mantiene una coherencia en las disposiciones de un código².

Percibiendo este riesgo de desnaturalización para el Código civil etíope recién elaborado, René David habría deseado someterlo a un procedimiento particular de adopción. El Código habría sido votado en bloque, publicado en el *Diario Oficial*, pero desprovisto de fuerza obligatoria, el Parlamento podría enmendarlo durante dos o tres años, el texto así enmendado entraría oficialmente en vigor³. De manera más razonable en la práctica, el riesgo de desnaturalización podría ser atenuado si la adopción de un código es sometida a un procedimiento especial que limite el poder de la autoridad competente para adoptarlo. Luego de la primera ola de codificaciones francesas de derecho constante, el gobierno elige un proyecto de ley tipo de habilitación, cuyo «punto esencial para el gobierno (fue): no provocar dificultades al Parlamento, aunque sea mediante un proyecto de ley de habilitación»⁴. La adopción de ciertos códigos en la segunda ola de codificación de derecho constante siguió igualmente el procedimiento simplificado en el Parlamento⁵. Una posible limitación al poder del Parlamento consiste en la regulación o, incluso, en la supresión del derecho de enmienda⁶. Los Parlamentos de España e Italia en el siglo XIX, autorizaron al gobierno para promulgar códigos luego de una simple discusión general en las cámaras o después del voto de los principios fundamentales de la legislación futura⁷. En Grecia, la Constitución de 1975 dispone que para ratificar códigos redactados por comités especiales, el

¹. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le code pénal*, op. cit., p. 17, p. 168 y ss.

². *Ibid.*, p. 197 y ss., que hablan de «un costoso compromiso más eficiente» (p. 198).

³. R. David, *La refonte du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 168. En la práctica el código elaborado por René David fue votado artículo por artículo, pero no sufrió una desnaturalización importante.

⁴. M. Suel, *Essai sur la codification à droit constant*, ed. *JO*, 2^o ed., 1995, p. 226.

⁵. Sobre este procedimiento y su utilización para el Código de propiedad intelectual, cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 83.

⁶. Cf. E. Glasson, *La codification en Europe au XIX siècle*, *Revue pol. et parl.* 1985, p. 227: «El mismo derecho de enmienda no se puede ejercer más que con una extrema discreción o deberá ser completamente suprimido».

⁷. Cf. F. Moreau, *La Révision du Code civil et la Procédure législative*, *Livre du centenaire*, op. cit., t. 2, p. 1043.

Parlamento debe aprobarlos en bloque, (artículo 76 párrafo 6) ¹, los parlamentarios no tendrán otra opción que adoptar o rechazar el Código en su conjunto, ninguna enmienda es admisible. Igualmente, en Gran Bretaña, si tradicionalmente la codificación emana de una ley sometida a discusión en las dos cámaras, en el siglo XX el Parlamento instauró la práctica de la codificación sin enmienda: la conveniencia de la codificación puede ser discutida, pero desde que interviene el derecho constante, ningún debate puede comprometer el fondo del derecho².

Actualmente en Francia, la adopción de proyectos de códigos de derecho constante, totalmente dispuestos por la *Commission supérieure de codification*, quedan supeditados a la buena voluntad del Parlamento para ejercer su verdadero poder legislativo, al que no renuncia todos los días, como lo prueban las vicisitudes que enfrentó el proyecto del Código de comercio³. Este riesgo es invocado por la *Commission supérieure de codification* para justificar el principio de una codificación de derecho constante: si la *Commission* propusiera reformas de fondo, el Parlamento podría querer modificarlas⁴. Explica igualmente que la *Commission* no pierda ocasión para insistir sobre el rol del Parlamento en el proceso de codificación para rendirle homenaje; propósito totalmente alejado de la realidad⁵. La habilitación del Gobierno para adoptar por medio de ordenanzas nueve códigos, ya terminados, establecida en la ley de 16 de diciembre de 1999, más allá de la preocupación de acelerar el proceso, se explica igualmente por la voluntad más disimulada de evitar todo riesgo de rebelión del Parlamento respecto del código: como se ha maliciosamente

¹. A. Viandier, *Légistique comparée*, op. cit., p. 53.

². A. L. Diamond, *La codification du droit anglais*, Annales législatives françaises et étrangères, vol. 27 (1978), p. 11.

³. Cf. F. Terré y A. Outin-Adam, *Codifier est un art difficile*, art. citado, p. 99.

⁴. Rapport d'activité 1994, p. 6: «La segunda razón (del derecho constante) proviene, en la línea de aquello que acabamos de decir, de la necesidad de preservar los derechos del Parlamento: presentar para su ratificación importantes trabajos de reforma de un derecho, elaborados por una o más comisiones de expertos, es someterle, en efecto, con el pretexto del derecho constante, cambios sustanciales».

⁵. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 88: «El propósito de la *Commission* sobre el rol del Parlamento parece muchas veces un tanto enfático, en consideración al contenido efectivo de los debates parlamentarios».

observado, «los trabajos hercúleos de la *Commission supérieure de codification* acaban de recibir más que un apoyo por parte del Parlamento: su exención»¹.

El código elaborado por una comisión puede finalmente ser impugnado por la autoridad encargada de adoptarlo, a veces por razones más o menos independientes de sus cualidades intrínsecas²: razones que se apoyan, muchas veces, en una divergencia de opiniones entre los codificadores y esta autoridad. En la historia abundan ejemplos de este tipo, proyectos de códigos expresamente impugnados por la autoridad competente encargada de ratificarlos. Así, por ejemplo el proyecto del Código civil presentado por Cambacérès, presidente del comité de legislación, el 9 de agosto de 1793 fue rechazado por la Convención por muy complicado y conservador³. El proyecto del Código civil japonés, elaborado por Boissonnade en 1891, fue igualmente impugnado por la Dieta imperial por considerarlo muy alejado de las costumbres tradicionales japonesas⁴.

Estos ejemplos demuestran la necesidad de una colaboración entre el órgano encargado de la elaboración del código y aquel encargado de su adopción, un mecanismo sería, por ejemplo, establecer directrices generales fijadas de antemano a los codificadores. Otra posibilidad de colaboración puede consistir en la inclusión de parlamentarios en la comisión encargada de elaborar el proyecto de código⁵.

Admitida la especificidad de un órgano codificador, resta precisar que parece preferible; si un codificador único o una comisión de codificación.

¹. N. Molfessis, *Obs. à la RTD civ.*, 2000, p. 186.

². Comp. La visión optimista de J. Foyer, *Le code après le code*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 65: «La experiencia ha demostrado que el Parlamento apenas enmienda los textos que tienen claramente una perfección técnica y de redacción» (a propósito de las recodificaciones del derecho de familia emprendidas en Francia en los años 1960).

³. Cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 134.

⁴. E. Schaeffer, *De l'importation des codes à la fin du XIX siècle et au début du XX siècle et de leur réception*, *Revue juridique indépendance et coopération*, 1986, p. 281.

⁵. F. Moreau, *La Révision du Code civil et la procédure législative*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 1060.

2. ¿Codificador único o comisión de codificación?

Los códigos antiguos o aquellos de los Tiempos modernos son adoptados por el monarca, ayudado por un equipo -en la mayoría de los casos- restringido, incluso reducido a un solo miembro. Se pueden nombrar numerosos casos: el nombre de Triboniano, por ejemplo, es inseparable de la codificación justiniana; las ordenanzas adoptadas en Francia en los siglos XVII y XVIII siguen ligadas a los nombres de Colbert o d'Aguesseau; los códigos bávaros del siglo XVIII están asociadas al nombre del canciller von Kreittmayr que las elaboró; el Código civil francés de 1804 es redactado por una comisión de cuatro miembros, todos dedicados a la práctica del derecho, bajo el control de Bonaparte, pero la Historia, sobre todo, retiene el rol de Portalis. Cuando Bentham considera la elaboración de un código, desconfía de la «influencia perversa de la multiplicidad»¹, y prevé encargarlo a un solo redactor.

Este esquema de códigos elaborados por un solo hombre, de «pluma legisladora», de «figura legislativa»², parece no haber desaparecido por completo de las codificaciones contemporáneas. El Código civil chileno de 1855 se debe al inmenso trabajo y a la obstinación de Andrés Bello, jurista venezolano al servicio de Chile. La elaboración de un proyecto de Código civil suizo es confiada por el ministerio de Justicia de 1898 al Prof. Eugène Huber, proyecto que culmina en el Código civil de 1912. Asimismo, los proyectos de reforma del Código civil de los Países Bajos son dirigidos a partir de 1947 por el Prof. Meijers, proyectos que se concretan en el Código de 1992. De la misma manera, sólo a Paul-André Crépeau se le encarga oficialmente la elaboración del Nuevo Código civil de Quebec. El Código civil etíope de 1960 es la obra de

¹. *Codification proposals addressed by Jeremy Bentham to all nations professing liberal opinions*, London, McReary, 1822, p. 16, citado por D. Baranger, Bentham et la codification, *Droits*, n° 27, 1998, p. 30.

². Para retomar las expresiones que designan al decano Carbonnier, reportadas por J. Comaille, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p. 138.

René David¹, el Código civil de Seychelles la del Prof. Chloros. Las recodificaciones del derecho de familia que se llevan a cabo en Francia, a partir de los años 1960, son esencialmente elaboradas por el decano Carbonnier, labor que le confía el Ministro de justicia de la época, Jean Foyer. El Código de procedimiento civil de 1975, también es esencialmente concebido por el decano Cornu². La eficacia de una codificación encargada a un solo hombre es señalada con frecuencia³, porque permite, por paradójal que esto parezca, terminar rápidamente: el trabajo de un solo hombre parece, muchas veces, garantía de celeridad. René David observa que designado como experto redactor por el gobierno etíope en 1954, presenta su proyecto en 1958, solamente cuatro años después⁴. Encargar la elaboración de un código a un solo hombre permite también garantizar su unidad, tanto en la forma como en el fondo. René David observa en ese sentido que esta homogeneidad constituye, sin duda, la cualidad esencial del Código civil etíope que él redactó⁵. Asimismo, el éxito de la recodificación del derecho de familia en Francia es, con frecuencia, explicada por su unidad de inspiración⁶.

No obstante, la idea de encargar la codificación a una comisión eminente, compuesta por miembros cuidadosamente elegidos, no es nueva. El *Corpus juris civilis* fue la obra de una comisión de poco más de una decena de miembros, liderados por Triboniano⁷. Durante el Antiguo Régimen, incluso antes de la elaboración de un código, François Hotman ya milita por una comisión eminente en el *Antitribonien*⁸; sin embargo hoy, los tiempos en que los códigos

¹. Code civil de l'Empire d'Éthiopie de 1960, LGDJ, 1962.

². Cf. J. Foyer, *Le Nouveau Code de procédure civile*, La Documentation française, 1998, p. 323: «Este código fue -o casi totalmente- redactado por la pluma del Decano Gérard Cornu, por tanto podríamos llamarlo, con toda justicia, el Código Cornu».

³. Cf. por ejemplo, P. Rémy, *La recodification civile*, art. citado, p. 15, n. 2: «Confiar la redacción de los proyectos a un solo hombre es un método eficaz».

⁴. R. David, *La refonte...* art. citado, p. 167.

⁵. *Ibid.*

⁶. Cf. G. Cornu, *Introduction... op. cit.*, n° 303 quién arrienda esta «unidad de pluma, unidad de factura, unidad de inspiración».

⁷. J. Ellul, *Histoire des institutions*, t. 1: *L'Antiquité*, PUF, 1999, p. 601.

⁸. Cf. J. Van Kan, *Les efforts de codification en France*, Paris, 1929, p. 43.

son preparados por un solo hombre parecen extinguirse. La maduración de los códigos democráticos exige incluir más personas en su elaboración. Es principalmente la amplitud de la labor lo que requiere una participación colectiva.

Así, con frecuencia es el afán de simplicidad más que la búsqueda de verdad lo que asocia ciertas codificaciones contemporáneas a un solo hombre, puesto que en verdad son una obra colectiva. Aunque el Código civil suizo es efectivamente redactado por Eugène Huber, éste es luego examinado por una comisión. Un ejemplo aún más convincente, la elaboración del Código civil quebequés no es sólo la obra de Paul-André Crépeau, sino descansa también sobre el *Office de révision* del Código civil, un comité de expertos y una comisión parlamentaria¹. Otra ilustración, el Grupo de estudios sobre el Código civil europeo, entidad de origen doctrinal que reúne juristas de todos los Estados miembros de la Unión europea, se organiza de forma compleja: alrededor de un comité de dirección, responsable de la organización general; y, de un grupo de coordinación, encargado de discutir los proyectos de textos elaborados por distintos grupos de trabajo².

La codificación de derecho constante, actualmente en curso en Francia, constituye un modelo de trabajo colectivo y exige un proceso complejo que asocia a numerosos codificadores, pese al aura de G. Braibant, vice-presidente de la *Commission supérieure de codification*³, y a quien todavía se identifica con el proceso. La decisión definitiva de proceder a la elaboración de un código fue tomada luego de una reunión interministerial, durante la que se fijaron los principios generales que permitirían seleccionar las disposiciones que deben estar en el código, a fin de delimitar sus fronteras. Una vez que se designa un

¹. El *office de révision du Code civil*, creado en 1965, reunió más de 150 juristas: el comité de expertos, creado en 1985 y compuesto de cuatro personas, redactó varios ante-proyectos y el proyecto definitivo; una subcomisión de instituciones compuesta de siete diputados fue encargada de estudiar el proyecto definitivo (cf. J.-F. Niort, *Le Code civil face aux défis de la société moderne*, art. citado, p. 852, n. 37 y 38).

². Cf. C. von Bar, *Le groupe d'études sur un Code civil européen*, *RID comp.*, 2001, p. 127 y ss.

³. Siendo el presidente de esta Comisión el Primer ministro.

ministerio responsable; se distribuyen las labores entre diferentes ministerios; y se fija una fecha de término del código, es creada al interior del ministerio responsable una misión de codificación. El responsable de la misión de codificación reúne un grupo de trabajo, jefe de obra del dispositivo. Este grupo de trabajo censa los textos legislativos y reglamentarios que conciernen la materia, luego elabora un detallado proyecto de plan, sometido a la aprobación de la *Commission supérieure de codification*. Tras la validación de este plan detallado, la misión de codificación procede a la redacción del proyecto de código. Este proyecto es inmediatamente examinado por la *Commission supérieure de codification*, finalmente sigue el procedimiento de adopción del derecho común, diferente para la sección legislativa y la sección reglamentaria.

El inconveniente es que, paradójicamente, estas codificaciones preparadas colectivamente a veces se extienden tanto en el tiempo, como las codificaciones surgidas de un solo hombre. Este defecto quizás atiende, entre otras cosas, al funcionamiento mismo de la comisión¹, o incluso al elevado número de miembros: «mientras menos somos, más rápido y mejor es el código», observa con precisión Philippe Malaurie². Constituyen una bella ilustración los propósitos del ministro Ernest Vallé, luego de la primera reunión del *Office de révision du Code civil français* el 22 de diciembre de 1904: «Es la usanza criticar las grandes comisiones y pretender que su principal defecto es no terminar. Tal lenguaje no tendrá cabida aquí»³, sin embargo, es bastante conocido el poco éxito de los trabajos de este *Office*...

El remedio para una comisión muy numerosa, que arriesga ver paralizado su trabajo, puede encontrarse en la instauración de un procedimiento de consulta, que en la práctica interviene entre la elaboración del código y su adopción definitiva. Así, entre otros ejemplos, el proyecto bosquejado por la

¹. Cf. las críticas -un poco caricaturescas- de E. Glasson, art. citado, p. 227.

². P. Malaurie, in *La codification*, art. citado.

³. E. Vallé, 1905 BSEL, p. 81, que agrega «Ya he encargado a tres comisiones elaborar proyectos de ley, las tres han terminado. Les deseo la misma fortuna».

Comisión encargada de la elaboración del Código civil francés, primero fue sometido a consulta al tribunal de casación y a las cortes de apelaciones. Este procedimiento de consulta parece ser la norma hoy, a fin de tomar en cuenta la complejidad creciente de una sociedad cada vez más especializada; a menos que sea con la intención poco confesable de escuchar a todos los grupos de presión para luego hacer callar sus eventuales críticas. Prueba de esto son las largas consultas previas a la adopción en Francia del Código de procedimiento civil de 1975¹ o del Código penal de 1994.

El principio de una comisión plural parece asentado hoy, por tanto, se plantea la cuestión de su composición.

3. Composición de la comisión de codificación

Factores contingentes explican a veces la composición de una comisión de codificación², sin embargo ésta deriva, en la mayor parte de los casos, de reglas generales.

Funcionarios, universitarios, magistrados, abogados: la comisión de codificación parece fundamentalmente compuesta por profesionales del derecho, además de la eventual inclusión de parlamentarios, que reforzaría el carácter democrático de la comisión y favorecería la adopción posterior del código³. Su número respectivo puede depender del método de codificación elegido: una codificación-compilación requiere de un mayor número de

¹. Cf. por ejemplo, G. Cornu, *L'avènement du Nouveau Code de procédure civile*, art. citado, p. 27.

². Un autor observó que un ministro de Justicia y profesor de derecho dará un amplio espacio a sus colegas en las comisiones de reforma legislativa, las «leyes de profesores», por ejemplo, prosperaron cuando MM. Foyer o Badinter eran ministros de Justicia (M.-A. Frison-Roche, *L'amour intéressé des lois particulières*, in *L'amour des lois*, bajo la dir. de F. Ost, *op. cit.*, p. 343).

³. Cf. *supra*, p. 205.

funcionarios que una codificación-modificación, como es el caso por ejemplo, de la *Commission supérieure de codification* establecida en Francia en 1989¹.

La división un tanto artificial entre «profesionales del derecho» y «académicos», a veces puede repercutir en las controversias relativas a la composición de una comisión de codificación: encargarle gran parte a los teóricos incentivaría un código demasiado doctrinario, muy desligado de la realidad y de las necesidades de los usuarios del derecho. Así, bajo el Antiguo Régimen, autores, en particular François Hotman, preconizan una comisión esencialmente compuesta de abogados, a fin de evitar un derecho excesivamente complejo. Estos reproches carecen de fundamentos: se pudo constatar que ciertos códigos considerados como muy doctrinarios, fueron en realidad la obra de profesionales del derecho. Federico el Grande, quiere expresamente prohibir la participación de universitarios en los trabajos de codificación que él pone en marcha «porque son siempre demasiado prolijos»², pero el ALR de 1794, obra de Carl Gottlieb Svarz, abogado silesiano, constituye sin embargo un monstruo de más de 19.000 artículos, unánimemente considerado demasiado...doctrinario, y criticado por esta razón³. En todo caso, los historiadores consideran que un feliz equilibrio entre los diversos profesionales del derecho se encuentra en las comisiones que precedieron la elaboración del *Corpus juris civilis*⁴.

Yendo más lejos, la gran pregunta consiste en la eventual inclusión de no-juristas en una comisión de codificación. La conversión de todo ciudadano en codificador parece bien utópica. Tal como es el llamado lanzado, en octubre de 1791, por la Asamblea legislativa, basándose en la proposición de Garran de

¹. Cf. organigrama de la *Commission supérieure de codification*, in *Dixième rapport annuel*, 1999/2000, anexo 7, que muestra que la *Commission* está esencialmente compuesta de consejeros de Estado.

². P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, op. cit., t. 2, n° 442.

³. El tribuno Jaubert, al presentar el Código civil al Cuerpo legislativo dijo: «Entre las principales imperfecciones del Código prusiano, observamos la sobreabundancia de doctrina», y agrega: «La ley no debe ser nunca un razonamiento o una disertación» (citado por A.-J. Arnaud, Pour une pensée juridique européenne, *Les voies du droit*, PUF, 1991, p. 140).

⁴. Cf. M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 7° ed., 2000, n° 578 y ss.

Coulon, a todos los ciudadanos franceses o extranjeros, a fin de que ayuden a los diputados a «dar a la nación, un código de leyes digno de tal pueblo y del siglo en el cual vivimos»¹. La solución de una comisión compuesta, en todo o parte, por no-juristas sigue siendo más bien excepcional, como lo prueba, por ejemplo, el proceso de elaboración del Código penal francés de 1994: pese a tratarse de un período y de una materia bastante animados por profundos debates de sociedad, la participación de profanos es muy excepcional y se limita a audiencias con personalidades ajenas a la comisión².

El llamado a profanos, en general, interviene como consecuencia a las críticas que recibe un proyecto juzgado como muy técnico. De esta manera, cuando es rechazado el proyecto de Código civil de Cambacérès tras la sesión de la Convención de 3 de noviembre de 1793, Levasseur denuncia las imperfecciones dejadas por los hombres de ley en el Código, y logra el reenvío del proyecto a una comisión de seis miembros, filósofos designados por el *Comité de salut public*³. Asimismo, cuando el primer proyecto de Código civil alemán es presentado, en 1887, por una comisión compuesta exclusivamente de juristas⁴, se enfrenta a fuertes críticas: se le reprocha estar muy alejado de la realidad y de las necesidades sociales. La segunda comisión encargada de mejorar el proyecto inicial es extendida a no-juristas⁵, y son sus trabajos los que conducen a la versión definitiva del BGB.

Es cierto que el llamado a profanos es muchas veces considerado como innecesario, incluso anecdótico. Así, a propósito del Código civil italiano de 1942, cuya relectura es encargada a un hombre de letras de la época, se

¹. Citado por J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, op. cit., p. 99.

². P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le code pénal*, op. cit., p. 126.

³. Respecto de los cuales Cambacérès se desilusiona: «Juzguen ustedes lo que hicieron estos filósofos. Ellos no consideraron para nada necesario ocuparse del código civil, y el trabajo ahí quedó» (citado por H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, tesis, París, 1910, p. 85).

⁴. Esta comisión comprendía 11 miembros, de los cuales 8 jueces (o funcionarios ministeriales) y 3 profesores universitarios.

⁵. La nueva comisión estaba compuesta de 10 miembros permanentes, juristas, y de 12 miembros no permanentes que representan los grandes sectores de la actividad económica (3 terratenientes, un inspector general de aguas y bosques, un director de banco, un director de fábrica de cerveza...).

observa que «el episodio es presentado fundamentalmente como un hecho excepcional, más que de importancia práctica»¹. Asimismo, en 1904, el ministro de Justicia, Ernest Vallé se felicita por abrir la Comisión de revisión del Código civil «a los representantes más ilustres del espíritu público»², en particular a escritores de moda como Paul Hervieu de *l'Académie française* o Marcel Prévost, antiguo presidente de la *Société des gens de lettres*, sin embargo, esa invitación es percibida por la ciudadanía como una especie de truco mediático, según una fórmula actual...

La opinión pública puede estar indirectamente asociada a los trabajos de elaboración de la comisión por la vía de una consulta, que puede tomar muchas formas en la práctica: encuesta sociológica para el BGB³ o la recodificación civil francesa de los años 1960, amplia solicitud de observaciones o proposiciones para el Código civil suizo...

Pero la elección de los hombres, más allá de la difícil elección de los codificadores, es también la elección de los destinatarios de la codificación.

II – ELECCIÓN DE LOS DESTINATARIOS

La pregunta puede plantearse bajo dos formas distintas: ¿Un código tiene vocación universal (1°)? ¿Un código está destinado sólo a juristas o también a profanos (2°)?

1. ¿Un código universal?

¹. Negri y Gambado, citado por A. Viandier, *op. cit.*, p. 111.

². 1905 BSEL, p. 81.

³. Cf. F. Moreau, *La Révision du Code civil...*, art. citado, p. 1063.

La idea de un código universal nace con la Filosofía de la Ilustración, por tanto varios códigos de los siglos XVIII o XIX persiguen ese objetivo. Por ejemplo, el proyecto de Código de Federico ya en su título dispone que establece un «derecho cierto y universal». La idea llega al paroxismo con Bentham y su sueño del Pannomion (etimológicamente «toda la ley»): una vez redactado en un país, el código será transplantado a los otros¹. De hecho el propio Bentham actúa como *VRP*² de este código de vocación universal: «iba de país en país ofreciendo a Madison, presidente de los Estados-Unidos, al emperador Alejandro, a las Cortes de España, este eterno Código civil o penal que debía convenir indistintamente a países con diferentes costumbres, climas, historia»³.

Esta idea de código universal es retomada a comienzos del siglo XX por un buen número de comparatistas que lo erigen como primera finalidad de su disciplina. Así, Charles Boucaud considera que «los estudios de derecho comparado» ya constituyen los «trabajos preparatorios» de un «Código civil universal»⁴, mientras que Henri Capitant escribe que «la adopción por diversos estados de un único Código para regular las relaciones jurídicas, civiles y comerciales de sus nacionales... constituiría indudablemente un gran progreso»⁵.

Esta ambición de un código universal es desmesurada y utópica. Aunque se puedan reconocer algunos esbozos en textos de vocación universal, como la Declaración universal de derechos del hombre, y pese a que la idea de *jus commune* asociada a la de codificación contribuya a reducir la inseguridad

¹. Cf. D. Baranger, Bentham et la codification..., art. citado, p. 30.

². N. del T.: Viajero representante de palacio.

³. E. Laboulaye, Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric-Charles de Savigny, 1842, p. 39, citado por F. Terré, *La codification*, European review of private law, 1993, p. 35.

⁴. C. Boucaud, Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé, *Mélanges E. Lambert*, t. 1, LGDJ, 1938, p. 308.

⁵. H. Capitant, Un projet de code international des obligations et des contrats, *Extraits des Bulletins de la Classe des lettres et des sciences morales et juridiques*, Bruselas, M. Hayez, 1928, p. 199.

jurídica¹. Portalis, de hecho, influenciado en esto por la célebre teoría de los climas de Montesquieu, explica con sabiduría que las leyes «deben adaptarse a las características, a los hábitos, a la situación del pueblo para el cual fueron hechas»². Desde un punto de vista técnico un código universal parece bastante irrealizable, ya que supondría que cada uno de los Estados del globo lo adoptara en términos idénticos.

La ambición de un código universal sólo parece concebible para un derecho trans-estatal, como un derecho religioso, por ejemplo. Así, el código canónico de 1983 puede con justicia quererse universal, herencia de la vocación universal de la Iglesia católica³.

2. ¿Un código para juristas como para profanos?

Dentro del marco geográfico determinado para el cual ha sido establecido, ¿un código debe ser concebido para todos, profanos como juristas, o sólo debe ser accesible para estos últimos?

La idea de un código accesible para todos nació en el siglo de las Luces; el código debe ser simple como la naturaleza, todo ciudadano debe poder comprender sus disposiciones. Jean Jacques Rousseau preconiza, por ejemplo, códigos «claros, cortos y precisos, tanto como sea posible»⁴. Montesquieu prevé igualmente que: «Las leyes no deben ser en lo absoluto sutiles; ellas están hechas para gente de entendimiento mediocre; ellas no son en lo absoluto un arte de lógica, pero sí, la razón de un simple padre de familia»⁵. Esta idea alcanza su punto culmine tras la revolución francesa y se une al sueño de un mundo sin juristas, en este sentido un diputado de una de las

¹. Cf. *infra*, p. 270, 307.

². J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire..., in *Naissance du Code civil*, *op. cit.*, p. 38.

³. Cf. A. Sériaux, Un code pour l'Univers, réflexion sur la codification du droit canonique, art. citado.

⁴. Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en avril 1772, Garnier, p. 382.

⁵. Cf. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, libro XXIX, capítulo XVI.

asambleas de la Revolución declara que: «Un número pequeño de leyes bien claras, bien simples, volverán inútiles vuestros tribunales. Yo podría juzgarme a mí mismo o bien podría hacerme juzgar por un amigo, o por un vecino, o por el primero que pase»¹. La idea de un código accesible a todos también es defendida poco tiempo después, por Bentham, quien sueña con un Pannomion de perfecta claridad, legible para juristas como para profanos. Esta preocupación traduce la filosofía utilitarista que la habita: cualquiera, jurista o profano, puede juzgar la utilidad de toda norma, el código debe ser legible por todos². Para algunos originales aduladores, permitir a todos el acceso al Código civil francés constituye una de las justificaciones de su versificación: «El Código Napoleón está hecho para estar en todas las manos; debe ser para los franceses el libro más familiar, puesto que les es el más útil... Es necesario que pueda grabarse en la memoria; y la forma bajo la cual intentamos reproducirlo debe contribuir poderosamente»³. Asimismo, en el siglo XIX, un autor, con el fin de «vulgarizar la ley que puede en cualquier instante ser aplicada, a cualquiera de nosotros, pese a ser conocida o comprendida sólo por algunos pocos»⁴, trabaja en la realización de cincuenta y dos códigos, de los cuales sólo seis son publicados, destinados a sacerdotes, herederos, libreros, comerciantes de vino, posaderos, contribuyentes, artistas... Reencontramos este anhelo utópico en los códigos adoptados en los países comunistas: por ejemplo, el ZGB (*Zivilgesetzbuch*), Código civil vigente en la RDA de 1976 a 1990, «consagra los derechos de los ciudadanos, haciendo fácilmente comprensibles sus disposiciones... Su estructura y la sucesión de disposiciones están en concordancia con las condiciones de vida de los ciudadanos, y está escrito en un lenguaje que le es familiar»⁵.

¹. Carta del diputado Sedillez, 26 de septembre de 1792, citado por H. Cauvière, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*, op. cit., p. 88.

². D. Baranger, *Bentham et la codification...*, art. citado. p. 30.

³. Decomberousse, *Observations préliminaires au Code Napoléon mis en vers*, Paris, Clamant Frères, 1811.

⁴. H. Celliez, *Code du voyageur*, Paris, Marchant, 1836.

⁵. *Bulletin de l'Association des juristes de la RDA*, citado por Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, LGDJ, 1980, pref. D. Tallon, p. 15.

Estos últimos ejemplos hacen evidente el carácter más bien utópico de este deseo de código accesible a todos¹, no es sorprendente entonces encontrarlo formulado por Tomás Moro: «Todo el mundo es, en utopía, doctor en derecho; ya que, lo repito, las leyes existen en una muy pequeña cantidad, y su interpretación más grosera, la más material, es considerada como la más razonable y la más justa»². Este carácter utópico de un código inteligible por todos parece extremado por la evocación a una idílica edad de oro de la ley que los juristas habrían arruinado: «Las leyes primitivas de todos los pueblos estaban escritas en un idioma que todo el mundo entendía, con el paso del tiempo los legistas formaron códigos complicados, oscuros, escritos con un estilo ininteligible para todos salvo para ellos mismos»³. Incluso si durante el siglo XIX se desvanece el sueño de un código legible por todos, un autor sugiere todavía a fines de ese siglo realizar «leyes tan claras y tan completas que sean susceptibles de ser comprendidas, sin auxilio de ideas por el padre de familia, el comerciante, el industrial, el agricultor, el patrón, el obrero»⁴. Es cierto que la imagen del jurista enfrascado en un lenguaje incomprensible para profanos constituye una temática atemporal y universal de la caricatura literaria, que incita a militar por un código redactado con un lenguaje accesible a todos⁵.

Esta voluntad utópica de un código inteligible por todos debe ser condenada, puesto que la precisión del lenguaje jurídico es irremplazable. Como preconiza Géný, es necesario «separar y aislar del lenguaje común un

¹. V. Lasserre-Kiesow, *La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI siècle*, *D*, 2002, p. 1159: «La comprensibilidad jurídica de las leyes es una quimera».

². T. Moro, *L'Utopie*, trad. V. Stouvenel, Libro, p. 96.

³. Condorcet, citado por D. Gutman, *L'objectif de simplification du langage juridique*, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, *op. cit.*, p. 74.

⁴. E. Roguin, *Observations sur la codifications des lois civiles*, citado por F. Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 917.

⁵ Cf. F. G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, § 215: «Colgar las leyes tan alto como lo hizo Dionisio el Tirano, para que ningún ciudadano pudiese leerlas, o bien sepultarlas bajo un imponente aparataje de sabios libros, selecciones de jurisprudencia, opiniones de juristas y de costumbres, y por sobre el mercado, en lengua extranjera, de manera que el conocimiento del derecho en vigor sólo sea accesible para aquellos que se instruyen especialmente, todo esto es una sola y misma injusticia».

lenguaje técnico que se adapte específicamente a su fin»¹. El derecho constituye una ciencia que sólo puede expresarse con la ayuda de términos que le son propios². Más allá de algunos excesos ya mencionados, existe una oposición bastante clara que separa una concepción que podríamos llamar francesa de otra, más bien, germánica³.

En la concepción francesa el deseo de un código, más o menos, accesible a todos parece recurrente, sin embargo durante mucho tiempo su realización ha sido débil.

De esta manera, la voluntad de elaborar un código legible por todos se encuentra, a veces, entre los codificadores revolucionarios, bajo la influencia de la Filosofía de las Ilustración⁴, sin embargo el Código civil «supo mantener un sabio equilibrio entre la abstracción infecunda y la casuística engañosa»⁵. Pese a la claridad de su estilo, el Código civil francés es una obra de juristas, destinada a juristas, de hecho sus redactores rechazan expresamente la idea de un código comprensible por todos: «Se dice que, en este laberinto, el pueblo no logra distinguir entre aquello que debe evitar y aquello que debe hacer para tener certeza acerca de sus posesiones y derechos. Pero un código, incluso el más simple, ¿puede estar al alcance de todas las clases sociales? Es que acaso, ¿las pasiones no se volcarían perpetuamente a corromper su verdadero

¹. F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, op. cit., n° 254.

². Cf. H. Mazeaud, *Méthodes générales de travail*, Montchrestien, ed. 1994 por D. Mazeaud, p. 109: «Constantemente escuchamos que se reclama la redacción de códigos "populares", es decir cuyos textos sean comprendidos por todos...Olvidan que el derecho es una ciencia, y que toda ciencia requiere un vocabulario para designar brevemente nociones que, sin las cuales, necesitarían varias frases para ser definidas».

³. Comp. V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative, Étude sur les codes civils français et allemand*, tesis, París II, 2000, p. 26, que retrocede hasta los orígenes de esta oposición materializada en los dos códigos estudiados por el autor.

⁴. Cambacérès afirmaba al presentar su proyecto de Código civil de 1793 que «el legislador trabaja para el pueblo: debe principalmente hablar al pueblo; cumple su tarea cuando es entendido» (P. A. Fenet, op. cit., t. I, p. 3). Pese a esto su proyecto fue rechazado porque no era accesible para todos (cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, op.cit., p. 135).

⁵. F. Génay, *La technique législative...*art. citado, p. 1012. En el mismo sentido, G. Cornu, *Droit civil, Introduction...* op. cit., n° 284, n. 7: «¿Qué parte corresponde al lenguaje técnico y cual al lenguaje corriente? Esta sutileza determina una línea divisoria. Pero, más allá de las declaraciones de principios, el texto no lleva la marca de ninguna de ellas, y el conjunto, globalmente, funciona bastante bien».

sentido?»¹. Como un autor observó, si el Código civil fuese realmente «popular», sin duda no se hubiese sentido la necesidad de publicar al poco tiempo un resumen accesible para todos, el cual por cierto ha tenido gran éxito en la práctica². En *l'Exposé des motifs* de su ante-proyecto de Código civil suizo, Eugène Huber procura la misma «gran distinción», al afirmar que: «Las reglas establecidas deben tener sentido incluso para el profano, lo que no impide al especialista descubrir un sentido más extenso o más profundo que el primero»³. De más está decir que imprecisiones terminológicas inherentes a un lenguaje no exclusivamente técnico fueron denunciadas tanto en el Código civil francés como en el Código civil suizo⁴.

La irrefutable complejización del derecho contemporáneo sólo puede, como reacción, favorecer el deseo de un código accesible a profanos – manifestación del principio de igualdad ante la ley⁵-, pero vuelve más difícil su realización⁶. De este modo, el legislador quebequés de 1994, pese a que busca hacer reglas de derecho accesibles a todos⁷, realiza una obra técnica destinada a juristas. Las codificaciones francesas contemporáneas de derecho constante se inscriben dentro de esta misma línea: declaran que una de las funciones fundamentales de la codificación es facilitar el acceso de todos los ciudadanos al derecho⁸, preconizan una simplificación y una modernización de los textos a

¹. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaires...*, *op. cit.*, p. 11.

². V. Lasserre-Kiesow, tesis, cit., p. 233, que cita la obra de Morin, *Résumé populaire du Code civil*, la que tuvo varias ediciones a fines del siglo XIX.

³. *Exposé des motifs de l'avant-projet*, 1901, I, p. 10.

⁴. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 2, n° 588, que da bastantes ejemplos.

⁵. Cf. D. Gutman, *L'objectif de simplification du langage législatif*, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, *op. cit.*, p. 75.

⁶. Cf. M. Weber, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 234: «Será difícil evitar, dada la evolución económica y técnica, el crecimiento de la ignorancia de los profanos».

⁷. *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 4 junio de 1991, discurso de M. Remillard, ministro de Justicia, 8765: «Su lenguaje contemporáneo es tan accesible como se puede. No utiliza una terminología muy técnica o hermética».

⁸. Circular de 30 de mayo de 1996, preámbulo: «La realización de este ambicioso objetivo (la codificación del conjunto de leyes y reglamentos) debe facilitar la puesta en práctica del principio según el que "se presume el conocimiento de la ley" para permitir a los ciudadanos, a los electos a cargo públicos, a los funcionarios, a las empresas a conocer mejor sus derechos y obligaciones».

este efecto¹, sin embargo estas codificaciones terminan siendo obras muy técnicas, abstrusas para el profano².

A la inversa, para la tradición germánica, el código debe ser una obra de técnicos. Aunque el ALR se pretende redactado en un lenguaje simple, el primer código del pueblo (*Volksgesetzbuch*) que cualquier habitante debe poder leer, comprender y respetar, se pierde en los meandros de una casuística desmesurada. Los redactores del BGB tienen conciencia de «no hacer un código popular, accesibles a todos los ciudadanos, pero sí una obra jurídica destinada principalmente a juristas...»³, lo que ha permitido a eminentes juristas hablar, de manera quizás un tanto excesiva, de superioridad técnica del BGB por sobre el Código civil francés⁴. El NBW, nuevo Código civil de los Países Bajos, adopta la misma posición, su principal redactor, Meijers, desea un código científico, no un código destinado al hombre de la calle⁵. Esta tradición germánica marca igualmente, desde hace varios siglos, los códigos de los países nórdicos⁶. Los códigos de derecho canónico son, de manera similar, deliberadamente redactados con «estilo jurídico»⁷.

Es cierto que estas dos tradiciones, francesa y germánica, son menos irreconciliables de lo que parece: «Cada tesis encierra una verdad que descalifica la ilusión común y la pretensión abusiva de todo o nada», como lo

¹. Circular de 30 de mayo 1996, citada art. 2.1.1.: «Las palabras, expresiones o conceptos en desuso u obsoletos, para una legislación más reciente, serán reemplazados por términos que correspondan con el derecho vigente y el lenguaje actual».

². Comp. La lucidez de M. Rocard, *RFAdm.*, 1990, p. 303: no hay que «alimentar la ilusión de que existe un derecho milagrosamente simple, redactado con un vocabulario limitado a 500 palabras y accesible para cualquiera mediante su simple lectura».

³. M. Pédamon, *Le centenaire du BGB*, *D.*, 1997, p. 107. *Adde*: V. Lasserre-Kiesow, tesis citada, p. 205 y ss.

⁴. F. Gény, art. citado p. 1023. Comp. las críticas de P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 2, n° 473.

⁵. D. Tallon, El nuevo Código civil de los Países Bajos, NBW, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 182.

⁶. T. Modeen, *Rapport scandinave*, in *La circulation du modèle juridique français*, *op.cit.*, p. 463.

⁷. P. Toxé, La codification en droit canonique, *Rev. fr. de dr. adm.*, 1997, n° 82, que agrega, respecto del código de 1983, «lo que en el clima anti-jurídico post-concilio no era evidente».

recalca el decano Cornu, que extiende su propósito formulando dos exigencias que se imponen al codificador: «Cada vez que sea posible, el legislador debe expresarse de manera tal que sea comprendido por todos... Cada vez que sea necesario, el legislador debe utilizar la precisión de su lenguaje técnico»¹.

No es sorprendente entonces, que el Código de procedimiento civil francés de 1975, principalmente elaborado por el decano Cornu, haya sido calificado como «el ejemplo más logrado en el derecho contemporáneo, de precisión técnica unida a claridad»²...

Profundizando la discusión acerca de la mayor o menor accesibilidad de un código, se plantea una eventual inclusión de definiciones que faciliten la comprensión de la regla de derecho por profanos. También encontramos en Bentham una ardiente defensa de las definiciones: «Si estamos forzados a utilizar términos técnicos, es necesario tener el cuidado de definirlos en el cuerpo mismo de las leyes»³. Sin embargo, la inclusión de definiciones en un código no es aceptada de manera unánime: muchas veces consideradas desprovistas de interés jurídico⁴, las definiciones, necesariamente imperfectas, serían una fuente inagotable de contiendas⁵, frenarían toda evolución atando al intérprete⁶, por tanto deberían estar reservadas a la doctrina⁷. Estas ambigüedades que se encuentran en numerosos códigos, son ya perceptibles en el Digesto, éste contiene un título especial, «*De verborum significatione*», sin

¹. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat, 2 ed. 2000, n° 83.

². J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 2° ed., 1999, n° 32, quienes agregan: «Los redactores del Nuevo Código se esforzaron en rejuvenecer el derecho judicial, de vincularlo al utilizado y comprendido por el juez, sin por tanto ceder ante un laxismo que hubiera podido comprometer la precisión del pensamiento jurídico». Adde: C. Parodi, *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile*, Defrénois, 1976, art. 3115, n° 19.

³. *Traité de législation civile et pénale*, citado por D. Gutman, L'objectif de simplification du langage juridique, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, *op. cit.*, p. 80.

⁴. Ejemplo: art. 1553 NCCQ que definió así el primer: «Por pago se entiende no solamente el deposito de una cantidad de dinero para extinguir una obligación, pero también la ejecución del objeto de la obligación».

⁵. G. Cornu, Les définitions dans la loi, *Mélanges J. Vincent*, Dalloz, 1981: «Muchas veces es necesario razonar para ponerla en obra –aún cuando el razonamiento pueda llevar a error- no se puede razonar sobre todo».

⁶. En este sentido, E. Gaudemet, Les codifications récentes et la révision du Code civil, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 970, especialmente a propósito del BGB.

⁷. Cf. J. Carbonnier, Introduction, *op. cit.*, n° 115: «Una opinión frecuente es que las definiciones deben ser asunto de la doctrina, no del legislador».

embargo también critica las definiciones legales, consignando «*Omnis definitio in jure civili periculosa est*».

Así, el Código civil francés de 1804 sólo usa definiciones con relativa parsimonia¹, además la mayor parte de ellas son criticadas por los autores². Aquellos pocos códigos que, preocupados por la claridad, consagran una parte completa a definiciones, son presentados como «un ejemplo repulsivo»³ y los que abusan son unánime y severamente denunciados, como por ejemplo el Código civil argentino de 1869⁴.

Tradicionalmente, las definiciones se desarrollaron sobre todo en códigos muy marcados por la influencia de la doctrina, como el Código civil argentino de 1869, el BGB⁵, o el Código de procedimiento civil francés de 1975⁶, sin embargo, éstas parecen tener hoy en día el apoyo de los codificadores contemporáneos, como lo prueba el reciente ejemplo del Código civil de los Países Bajos⁷. Así mismo, la comparación entre el Código civil de Quebec de 1994 y el Código civil de Bajo Canadá de 1866 ilustra claramente esta evolución: por ejemplo, el codificador de 1866 renunció a incluir las disposiciones de los artículos 1101 a 1106 del Código civil francés, que consideraba como puramente escolásticas y a veces incluso falsas, pero el nuevo Código civil consagra los artículos 1378 a 1384.

¹. Comp. F. Génay, *La technique législative...*, art. citado, p. 1013 y ss.

². Ejemplo, a propósito de la definición de usufructo dada por el artículo 578, P. Malaurie y L. Aynes, *Les biens*, Cujas, 1999, n° 804: «A esta definición le faltan dos elementos esenciales, porque no muestra que el usufructo es un derecho temporal, ni un derecho real.»

³. Cf. D. Gutman, *L'objectif de simplification du langage législatif*, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, *op. cit.*, p. 80, n° 6, cita el Código civil de Louisiana que consagra un título entero a los significados de los términos empleados. El Código de bienes de Montenegro de 1888, que consagra una última parte «Explicaciones, definiciones, disposiciones complementarias», es «más curioso que destacable» (P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 2, n° 461).

⁴. Cf. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 1, p. 89, que deploran el exceso de «definiciones con frecuencia inútiles y puramente didácticas».

⁵. Cf. por ejemplo, M. Fromont y A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 1, Cujas, n° 29.

⁶. Cf. G. Cornu, *La codification de la procédure civile en France*, in *L'art du droit en quête de sagesse, op. cit.*, p. 391: «La codificación utilizó con moderación pero de manera decisiva el método de la definición legal».

⁷. Cf. D. Tallon, *Le Nouveau Code civil des Pays-Bas*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 182.

Este renuevo de interés por las definiciones parece tener muchas explicaciones. Ante un derecho cada vez más inaccesible para el profano, las definiciones comparten el objetivo de simplificación del lenguaje legislativo ya evocado¹. Ante un derecho cada vez más fragmentado, éstas confieren a los conceptos repartidos entre diferentes partes del código, incluso entre diferentes áreas del derecho, una cierta unidad, evitando las incoherencias y permitiendo al código constituir el derecho común. Éste es uno de los objetivos claramente asignados a la parte general del BGB, al Código civil quebequés de 1994, o a las «Disposiciones preliminares» del Código de procedimiento civil francés de 1975. Como constata respecto de éste último uno de sus ideólogos, el decano Cornu: «El Nuevo Código de procedimiento civil francés cultiva la disciplina de especificar cada término con precisión, de manera que el intérprete pueda estar seguro de que, en este Código, la acción designa el derecho de actuar ante la justicia, la demanda el acto jurídico por el cual se ejerce ese derecho y el requerimiento o la citación la forma variable que reviste la demanda», y agrega: «Un código debe o, al menos puede estar *codificado*²»³.

Este favor contemporáneo, del que parecen beneficiarse las definiciones en los códigos, sin duda, es reforzado por la influencia anglosajona. Los países del *Common Law* son adeptos a definiciones terminológicas que se refieren al sentido de un término en un texto en particular, en oposición a las definiciones reales, a las cuales se emparentan las definiciones de códigos clásicos, que se refieren a una cosa o a un concepto general⁴. A esta influencia, que ha transitado por el derecho europeo, se relaciona por ejemplo la definición de producto contenida en el artículo 1386-3 del Código civil francés surgido de la ley del 19 de mayo de 1998.

¹. Cf. *supra*, p. 222.

². N. del T.: Codificar en el sentido de transcripción de un mensaje, por tanto *codificado* significa en este caso que contiene códigos. Derivación del inglés *to decode*.

³. G. Cornu, *Codification contemporaine: valeur et langage*, in *L'art en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 368.

⁴. G. Cornu, *Les définitions dans la loi*, art. citado, p. 77. *Adde*: S. Balian, *Essai sur la définition dans la loi*, tesis, París II, 1986.

Elección de un método, elección de los hombres: una reflexión sobre las técnicas de codificación requiere igualmente la elección de una estructura.

3- Elección de una estructura

La elección de una estructura con la que los codificadores deben proceder requiere determinar tanto los atributos del código (I), como también su articulación (II).

I – ATRIBUTOS DE UN CÓDIGO

Los atributos de un código constituyen el lenguaje con el cual es redactado (1), el nombre que lleva (2), y los accesorios que pueden acompañarlo (3).

1. Lenguaje

La pregunta respecto del lenguaje de un código merece atención en ciertas circunstancias específicas.

El lenguaje elegido puede primero reflejar una elección estrictamente política. Así, la elección de un idioma ilustra los lazos con el país del que éste es originario y con el cual tiende a identificarse. Por ejemplo, tras su independencia en 1844, Santo-Domingo adopta el Código civil francés. Luego de la anexión por España en 1861, el Código civil francés es conservado pero

en una versión en español. Posteriormente, al recuperar Santo-Domingo su independencia en 1865 se vuelve a aplicar la versión francesa del Código, que será traducida al español en 1884 y se mantendrá en esta lengua en el seno de la República dominicana, desde entonces se atenúa el recuerdo de la colonización española.

La elección de un lenguaje puede igualmente reflejar una elección político-técnica, como lo ilustra la elección entre lenguaje científico y lenguaje corriente. Así, en una época en que el latín constituía el lenguaje científico dominante, la redacción de un código en lengua vernácula sólo podía traducir la voluntad de hacer el código legible por muchos¹. Ya François d'Hotman reclama en el *Antitribonien* un código redactado con lengua vulgar, es decir, en francés. Los autores del *Code d'Orange* de 1607 también exigen la traducción al francés de su texto². La elección de una lengua vernácula a veces se explica igualmente por motivaciones abiertamente nacionalistas. Así, el ALR, Código civil prusiano de 1794, es redactado en el idioma nacional y no en latín, a fin de subrayar las especificidades de la identidad prusiana y la originalidad del derecho alemán en relación al derecho romano³.

Incluso cuando una lengua vernácula ha sido elegida, la voluntad ya evocada de permitir a todos acceder al código también puede conducir a plantearse la pregunta sobre su rejuvenecimiento. El codificador, incluido el de derecho constante, se permite a veces la modificación de palabras o fórmulas en desuso: así, en su *Codex brabanticus* de 1781, Verloo habla de modificar la puntuación y la ortografía de ciertas palabras obsoletas⁴. El codificador francés contemporáneo va más allá, puesto que: «Las palabras, expresiones y conceptos en desuso o superados por la legislación más reciente serán

¹. Sobre esta voluntad, cf. *supra*, p. 218 y ss.

². J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 338.

³. Patente de 20 de marzo de 1791 (una primera versión del ALR data de 1791), citado por J. Gaudemet, *Les naissances*, *op. cit.*, p. 199 (sobre este deseo, cf. *supra*).

⁴. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 179.

reemplazadas por las nociones que correspondan al derecho en vigor en la actualidad»¹.

En los Estados plurilingües, el código puede ser establecido en varios idiomas. El Código corso de 1778 es bilingüe, escrito en francés y en italiano. El Código civil de Quebec de 1994 es oficialmente elaborado en francés e inglés². Asimismo, conforme al artículo 116 de la Constitución federal, el Código civil suizo es establecido en tres versiones, alemán, francés e italiano. En caso de problemas de interpretación, para evitar toda dificultad de preeminencia de un idioma sobre los otros, todos son considerados como una versión oficial original³. Como por ejemplo, en el caso ya evocado de las tres versiones del Código civil suizo.

La elección de el o de los idiomas de un código en Estados plurilingües, ciertamente constituye el reflejo de consideraciones lingüístico-políticas. Así, el Código civil suizo tiene una versión en lengua romance, establecida por exigencia del Consejo federal, pero que no es considerada como una versión oficial⁴, regla criticada por esa minoría lingüística. En Louisiana, los dos primeros Códigos civiles de 1806 y 1825 son redactados en inglés y francés, el de 1870 sólo en inglés, cambio que revela la pérdida de influencia de la lengua francesa en ese Estado. Los problemas de multilingüismo explican, al menos en parte, el espacio restringido de la codificación en el marco de la Unión europea⁵, así como las dificultades que suscitaría la adopción de un Código civil europeo⁶. El renacimiento de las minorías lingüísticas desde hace algunos años

¹. Circular de 30 de mayo de 1996, art. 2.1.1.

². R. Cabrillac, *Le Nouveau Code civil du Québec*, D, 1993, p. 267.

³. Sobre las dificultades de esta corección, cf. por ejemplo, G. Cornu, *Rapport de synthèse*, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, *op. cit.*, p. 100.

⁴. H. Maire de Riedmartin, *La codification et l'évolution du droit suisse*, *Revue juridique et politique*, Indépendance et coopération, 1986, p. 840.

⁵. S. Peruzzetto, *La codification du droit communautaire*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier., *op. cit.*, p. 151.

⁶. Cf. G. Cornu, *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, D, 2002, p. 351: «Un derecho civil suspendido en un ensamble no satisface las necesidades de los franceses, si le falta, en su fuente, una expresión nativa en francés... ¿Es posible imaginar que leyes civiles no fuesen, para nosotros, más que la traducción de textos modelados por grupos de expertos mayoritariamente extranjeros, y, con frecuencia, en un idioma de trabajo distinto que

en el mundo no puede más que multiplicar estas dificultades producidas por el plurilingüismo de los códigos.

Los Estados plurilingües no son los únicos confrontados a complejos problemas de traducción. La traducción directa de un código foráneo puede enfrentarse a la dificultad, incluso a la imposibilidad, de transponer conceptos propios de un sistema jurídico. Así, en Japón, a comienzos de la era Meiji, el gobierno encargó a uno de sus consejeros traducir al japonés los códigos napoleónicos, éste se enfrenta, según su propio relato, a la dificultad de encontrar términos en japonés para expresar conceptos inexistentes en la cultura tradicional del país del sol naciente. Su traducción genera algunas polémicas: por ejemplo la transposición literal de «derechos civiles» conduce al neologismo «fuerza de disponer del pueblo», el que es reprobado por las autoridades...¹ Como señala M. Noda: «Recuerden que, antes de la recepción, nuestra sociedad no conocía las nociones de derecho y de obligaciones...»².

Profundizando en la elección del lenguaje, la elección del estilo también puede ser compleja. La codificación constituye «un pacto lingüístico... posee un título, como monumento del derecho y del lenguaje, que se transformará en uno de los depositarios de sus tesoros y uno de los mensajeros de su resplandor»³.

Existe un «estilo legislativo», que se diferencia del estilo corriente y de otros estilos jurídicos, como el estilo judicial o el estilo administrativo⁴, es un estilo que puede variar de un código a otro; sin embargo, la elección esencial es entre el lenguaje técnico y el lenguaje corriente, cuestión que ya se abordó respecto de los destinatarios del código⁵. Además, la posibilidad de dictar reglas generales depende de una pluma codificadora privilegiada: el éxito de una

el francés?» *Adde*: Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D*, 2002, p. 2208.

¹. T. Yamaguchi, Rapport japonais, in *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 532.

². Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, citado por E. Schaeffer, De l'importation de codes... art. citado, p. 276.

³. G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 369.

⁴. Cf. G. Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 81 y ss.

⁵. Cf. *supra*, p. 218.

codificación requiere «una pluma digna de tocar la ley»¹. Y tanto más cuanto, las imperfecciones que podrían ser toleradas en una ley por cierto no pueden serlo en un código que tiene la ambición de adquirir la dimensión de símbolo². Como escribió el decano Cornu, el código debe ser, «para el lenguaje del derecho, un baño de juventud y planta de depuración»³.

2. Nombre

Otorgarle un nombre a un código constituye también una de las primeras elecciones que el codificador debe efectuar y está lejos de ser anodina. El nombre de un código parece desprovisto de valor normativo directo, sin embargo por razonamiento analógico la jurisprudencia toma posición respecto del título de la ley⁴. En efecto, «el título de un código, tal como el título de un libro, tiene valor filosófico porque es la suma que expresa las relaciones entre la escritura legislativa y la realidad –un fragmento de la realidad física, social, humana»⁵.

Generalmente, los códigos privados, independiente de la época, llevan el nombre de su redactor, como lo prueban, por ejemplo, los códigos gregoriano y hermogeniano del siglo II, el *Codex fabriana*, redactado en Saboya por Faber en el siglo XVIII, o la denominación comúnmente utilizada hoy en día para el Código Dalloz o el Código Litec. Excepcionalmente, algunos hacen referencia al espacio geográfico en que se adoptan, como el *Codex belgicus* de Anselmo de 1649; mientras que otros, en los que ha intervenido la iniciativa de poderes

¹. J. Foyer, Le code après le code, la réforme du Code civil sous la V^e République, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 67.

². Cf. *supra*, p. 99 y ss.

³. G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 362.

⁴. Cf. *infra*, p. 243 y ss.

⁵. J. Carbonnier, v. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, 1996.

públicos en su elaboración, toman el nombre del soberano, como el *Codex ferdinandeo-leopoldinus* de von Weingarten de 1701.

La práctica de usar el nombre del soberano, para asegurar su vigencia por mucho tiempo, se impuso respecto de los códigos oficiales, indicando de esta manera la voluntad de asociar directamente el reinado de un monarca a la estabilidad y perennidad que simboliza el código. Los códigos de la Antigüedad permanecen ligados, para sus contemporáneos o para los historiadores de los siglos venideros, al monarca, Hammurabi, Teodosio o Justiniano. Este fenómeno sobrevive la caída del Imperio Romano, como lo prueba por ejemplo el breviario de Alarico, y subsiste durante varios siglos hasta su culminación en el siglo XVIII. En efecto, los códigos elaborados por monarcas ilustrados del siglo XVIII, en general son designados por el nombre del soberano que los promulga, a fin de, como se diría en la actualidad, proteger su imagen corporativa: *Codex Theresianus*, de la Emperatriz María Teresa, adoptado en sus Estados hereditarios, *Code Frédéric* para el proyecto de Código prusiano de 1749, *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, de Maximiliano José III, adoptado en Baviera, *Codice Leopoldino*, del gran Duque Leopoldo, instaurado en Toscana¹... El Código civil francés en su primera versión es, de esta manera, el Código Napoleón. Cuando la codificación permanece en estado de proyecto, y ninguna denominación oficial le ha sido atribuida al código, esta práctica ya referida subsiste pero bajo una forma distinta. El código se designa por el nombre de su principal autor, con frecuencia el presidente de la Comisión que lo elaboró: así, se habla del Código Boissonade para el proyecto de Código civil japonés de fines del siglo XIX, o el Código Morand para el proyecto de Código de derecho musulmán algerino de 1916. Pero la dispersión de los códigos y la disolución colectiva del poder, consecuencia del desarrollo de la democracia, son causa de que hoy en día el código sea mayoritariamente designado por el

¹. Sobre estos códigos, ver por ejemplo, J. Vanderlinden, *Le concept de code... op. cit.*, p. 22 y ss.

radio geográfico en el que se adopta y, sobre todo, por la materia que concierne.

El nombre del código siempre ha constituido una apuesta política de importancia¹. Cuando Tapia, magistrado del Reino de Nápoles, redacta a fines del XVI-comienzos del XVII su *Ius*, soñaba con bautizarlo *Codice Filipino*, en homenaje al soberano Felipe III de Castilla y de las Dos Sicilias², apelación que le confería un carácter oficial. El vals de denominaciones del Código civil francés durante el siglo XIX ilustra, esta importancia simbólica del nombre del código: Código civil de los Franceses en su primera redacción, Código Napoleón con el primer Imperio, luego nuevamente Código civil de los Franceses con la Restauración y finalmente Código Napoleón bajo el Segundo Imperio. El símbolo no asusta a la III República, que deja subsistir esta última denominación.

Dos ilustraciones, quizás anecdóticas, porque están ligadas a un apelativo más que a una denominación oficial, parecen demostrativas de la importancia de la apelación dada a un código. El apelativo de *Code Noir*, para designar la ley de marzo de 1685, que regula en las colonias francesas el régimen de los esclavos y emancipados, rápidamente simbolizó la negrura moral de sus disposiciones, permitiendo cristalizar los ataques abolicionistas y el oprobio de las generaciones futuras. El apodo irónico de *Code Michault* dado por parlamentarios a la ordenanza del canciller Michel de Marillac, sin duda contribuyó a precipitar su fracaso. Otra ilustración, un autor constató que la ambigüedad de la política de colonización, dividida entre integración y segregación de los pueblos colonizados, se tradujo en la vaguedad de las denominaciones de los códigos adoptados para ponerla en marcha³.

¹. Comp. con el título de las leyes (Cf. N. Molfessis, *Le Titre des lois*, Études offertes à Pierre Catala, *Juris-Classeur*, 2001, p. 47 y ss).

². Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 332.

³. E. de Mari, *Le coeur ou le code?*, La codification pénale en Indochine à la frontière de deux traditions, in *Histoire de la Codification juridique au Vietnam*, Temps & Droits, 2001, p. 272: «La política de asimilación no es más que un engaño o galimatías de un colonizador respecto del que se recordará, nunca supo denominar los códigos que

El alcance político del nombre de un código puede parecer disminuido en la actualidad, pero esto es tan sólo aparente. Como precisamente se escribió a propósito de las codificaciones francesas contemporáneas: «Las dificultades generadas por las apelaciones de ciertos códigos, de hecho revelan apuestas políticas y jurídicas¹». Por ejemplo, El Código de la educación perdió el calificativo de nacional², el que en primera instancia se denominaría Código de la moneda, la banca y las finanzas, finalmente se adoptó bajo el nombre de Código monetario y financiero³... Ejemplo revelador, una parte del Código rural fue codificada bajo el nombre de *Código del medio ambiente*, este cambio traduce indudablemente la evolución de las preocupaciones de la sociedad⁴. Así mismo, durante el proceso de reforma del Código penal, se propuso llamarlo *Código penal de las personas*, para subrayar que tiene como fuente los derechos del hombre, esta denominación no se mantuvo en lo sucesivo, porque se consideró que no aludía a todo su contenido⁵. La decisión de conservar la denominación de *Código de comercio*, más que *Código del comercio* o *Código de los negocios*, incluso *Código de actividades económicas*, ilustra la voluntad de los codificadores de inscribirse dentro de la tradición del Código de 1807, pese a las dificultades de delimitar la materia con precisión⁶. Último ejemplo, el *Código de la familia y de ayuda social* se transformó en el *Código de la acción social y de la familia*, el orden de las prioridades de los poderes públicos se vislumbra claramente en esta inversión. El Parlamento quiso, por razones

dictaba», agregando al pie de página: «De esta manera, es posible utilizar al mismo tiempo los términos “Código penal Tonquinés, Código penal de Tonkin, Código penal annamita aplicable a Tonkin...”».

¹. E. Catta, Les techniques de codification: de la cire au silicium, *AJDA*, 1997, p. 648.

². *Ibid.*

³. Cf. H. Causse, Le Code monétaire et financier; observations générales, *l'AGEFI*, 24 de enero de 2001: «El Código monetario y financiero perdió durante el camino parte de su nombre... Esto es una elección técnica que traduce en realidad una opción de política jurídica. El derecho bancario no es más que una parte de otros derechos...».

⁴. El libro II del Código rural (Protección de la naturaleza) fue trasladado al Código del medio ambiente por el artículo 11 de la ordenanza de 18 de septiembre de 2000 relativa a este último Código. Sobre los códigos «de moda», cf. *infra*, p. 276.

⁵. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal...*, *op. cit.*, p. 81, citando un Informe de la comisión de reforma de 1982: «El Código penal que proponemos no es ni un Código de los propietarios, ni el Código de los individuos de un Estado todopoderoso, busca ser el Código penal de las personas».

⁶. Cf. D. Bureau y N. Molfessis, Le Nouveau Code de commerce?, *Une mystification*, *D*, 2001, 362, n°5.

políticas, conservar el término «familia» en el título del Código, y el gobierno deseaba suprimirlo, siguiendo en esto la opinión de la *Commission supérieure de codification*, que observaba, con razón, que la familia estaba, en realidad, ausente de este código¹.

3. Accesorios

El código puede ser acompañado de un prólogo, comentarios o un epílogo.

Como prelude al texto del código propiamente tal, los codificadores o la autoridad que lo adopta, muchas veces incorporan un prólogo². Los prólogos parecen ser tan antiguos como los códigos, puesto que se encuentran rastros de éstos en los primeros códigos mesopotámicos, pero su preeminencia sin duda alcanza su apogeo durante el siglo de las Luces, no sin excesos³, lo que no es sorprendente en un siglo charlatán y filósofo, sin embargo el gusto por los prólogos perdura hasta códigos más recientes.

El rol de este prólogo parece a la vez político y pedagógico.

El prólogo puede servir para magnificar el poder de aquel que lo promulgó, asociándolo a los gloriosos codificadores del pasado, subrayando sus vínculos con divinidades inspiradoras. Así, el Código de Lipî-Istar dispone que «para establecer en el país el derecho... para romper por la fuerza el desorden y mala voluntad, para establecer el derecho», los Dioses llamaron a Lipî-Istar al trono⁴. En el prólogo de su Código, Hammurabi declara encomendarse a dioses de la gloria militar y política de su país, gloria que proclama haber asegurado mediante una serie de conquistas, presentando las

¹. Cf. Onzième rapport de la Commission supérieure de codification, 2000, ed. JO, 2001, p. 13.

². La terminología es variada (prólogo, discurso preliminar, preámbulo, exposición de fundamentos...), sin que esta diversidad de denominaciones corresponda a desarrollos diferentes.

³. J. Carbonnier, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 169, n. 34, que revela las bromas que se hacían sobre los redactores de preámbulos.

⁴. J. Gaudemet, *La codification...*, art. citado, p. 254.

medidas que siguen como una realización de esta grandiosa voluntad divina¹. *El Discurso preliminar del proyecto de Código civil*, establecido por la comisión del gobierno consular y pronunciado por Portalis frente al Consejo de Estado el 1º pluvioso año IX (21 de enero de 1801), no está exento de lisonjas para Napoleón Bonaparte: «La redacción del Código civil primero recogió la dedicación del héroe que la nación ha designado su primer magistrado, él que todo anima con su genio, y que siempre creará en el trabajo para su gloria, mientras haya algo que hacer por nuestra felicidad».

El prólogo también tiene una función pedagógica: al exponer sus motivos, el codificador aclara las disposiciones del código. El método es recomendado desde la Antigüedad, Platón observaba que, de la misma manera que los músicos preludian para preparar el oído del auditor, el legislador debe preparar a los ciudadanos para las leyes que deberán obedecer²: «La obediencia ilustrada marcha con buen paso, mientras que la obediencia ciega titubea o arrastra los pies³». De esta manera, el prólogo explicita las funciones asignadas a la codificación justificando las elecciones realizadas, eventualmente reconstruyendo su proceso de elaboración: puede guiar al intérprete, permitiendo precisar el espíritu del código. El preámbulo parece de esta manera destinado a servir como «brújula para los jueces», según la fórmula de Bentham⁴. Francis Bacon, que aconseja «tanto como sea posible, eviten esos preámbulos», reconoce sin embargo su rol pedagógico: «En consideración a la época en que vivimos, con demasiada frecuencia estos preámbulos de las leyes son necesarios, más que para explicar la ley, para persuadir, para procurar facilitar su presentación a los comicios: en una sola

¹. Cf. *Le Code d'Hammurapi*, Le Cerf, 1998, trad. A. Finet, p. 31-44. Adde: J. Bottéro, *Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Folio-Histoire, 1987, p. 287.

². Des lois, libro IV: «El legislador debe velar, al mismo tiempo, por que haya un preludio a la cabeza del código que reúna todas las leyes, y que ninguna de ellas individualmente considerada este desprovista» (Folio, p. 191, trad. A. Castel-Bouchouchi). Platon, entonces, presenta una versión simple y una versión con un prólogo de un mismo texto relativo al matrimonio, para privilegiar esta última. Adde: J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les Belles Lettres, 2001, p. 246, que subraya la importancia de la función pedagógica en los pensadores griegos.

³. J. Carbonnier, *Flexible droit*, op. cit., p. 168.

⁴. *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., p. 250.

palabra para contentar al pueblo¹». La *Exposición abreviada del plan del Rey para la Reforma de la Justicia* que precede el Código prusiano de 1749, el *Discurso preliminar* de Portalis ya evocado², o la *Exposición de fundamentos* que precede el Código civil suizo, elaborado por su creador Eugène Huber³, constituyen ilustraciones destacables de esta función pedagógica del preámbulo.

No es sorprendente que en el siglo XX los códigos adoptados en los países comunistas con frecuencia recurran a preámbulos, para explicar el vínculo entre el código y los principios fundamentales del sistema socialista, sugiriendo entonces un principio de interpretación socialista de sus disposiciones⁴. Las funciones asignadas al preámbulo se asemejan entonces a las de las disposiciones preliminares⁵, como lo prueba el recurso a unos y otras, indistintamente, en los códigos de los países socialistas⁶, pese a que esta aproximación no debe esconder una diferencia de naturaleza fundamental. El preámbulo está en general desprovisto de valor normativo, mientras que las disposiciones preliminares tiene valor de normas positivas.

El código también puede estar acompañado de comentarios, lo que constituye una antigua tradición. Los antiguos códigos chinos están acompañados de varios comentarios: un comentario agregado entre líneas o al final de cada artículo, impreso en pequeños caracteres; el *hsiao chu* o pequeño comentario, comentario más general, referido a un conjunto de artículos que consta al final de ese conjunto; y finalmente, el *shang chu* o comentario

¹. *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, libro 8, cap. 3, 2ª parte, trad. Lassale y Buchon, 1836, APD, p. 357.

². Firmado por los cuatro miembros de la comisión, es en realidad atribuido a Portalis porque tiene fórmulas, párrafos enteros, que ya había redactado anteriormente (cf. M. Long y J.-C. Monier, Portalis, Michalon, p. 19).

³. *Exposición de fundamentos del anteproyecto del departamento federal de justicia y policía*, 3 vol., 1901-1902.

⁴. Cf. Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, LGDJ, 1980, pref. D. Tallon, p. 74.

⁵. Cf. *infra*, p. 245 y ss.

⁶. Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, *op. cit.*, p. 69 y ss.

superior, impreso en la cabeza del código¹. Bentham es, sin duda, el autor que otorgó mayor importancia a estos comentarios, mientras que fustiga los discursos preliminares considerándolos, como el enunciado de algunos principios generales, vagos y destinados a esconder los fines políticos del déspota que adopta el código. El comentario, que toma la forma de un *rationale*, incluido en el cuerpo del código, se justificaría por una necesidad explicativa, la voluntad que el código pueda ser comprendido por todos. Este comentario justificativo debe entonces permitir apreciar el fundamento de cada disposición: se reconoce en ello el utilitarismo que caracteriza el pensamiento de Bentham².

Los comentarios, en general oficiales, tiene como función reducir, incluso eliminar toda otra interpretación, traducción de la voluntad de completitud del código³. Florecen durante la Ilustración, como por ejemplo el comentario de cada uno de los códigos bávaros del siglo XVIII, establecidos y publicados anónimamente por von Kreittmayr, vice-canciller luego canciller del rey Maximiliano-José III⁴. Se encuentra también una apología del comentario oficial, votado al mismo tiempo que el código y teniendo la misma fuerza obligatoria que él, a fines del siglo XIX, en algunos autores como Roguin⁵. En la actualidad, los comentarios oficiales son más escasos, aunque el Código civil de Québec de 1994 esté acompañado de comentarios del ministerio de Justicia⁶. L' *Uniform Commercial Code* adoptado en Estados Unidos fue presentado en dos ediciones: una «texto solamente», y otra «texto y comentarios» que precisa bajo cada artículo la indicación de una disposición anterior de una ley uniforme si es el caso, una explicación del objeto del artículo y un reenvío a otras disposiciones que se pueden consultar provechosamente.

¹. Cf. J. Vanderlinden, Comparer les droits, *Story scientia*, 1995, p. 252.

². Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 182.

³. Cf. *supra*, p. 105 y ss.

⁴. Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 397.

⁵. E. Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recopilación publicada por la Facultad de derecho de Lausana, 1896, p. 119.

⁶. Commentaires du ministre de la Justice, Publications du Québec, 1993.

Comentarios privados de códigos oficiales siguen siendo escasos en los países latinos: en Francia por ejemplo, los códigos Litec anotados de color naranja no tienen la misma difusión que los pequeños códigos azules. En oposición a los países de tradición germánica, como Suiza y Alemania, en donde juegan un rol esencial¹.

Comentarios privados acompañan a veces los códigos privados. De esta manera, *los Principes du droit européen des contrats*, fruto de la Comisión Lando, que se presentan como las premisas de un futuro Código europeo de las obligaciones, acompañan cada artículo de comentarios y notas que contextualizan la cuestión tratada, el estado de las legislaciones de cada Estado miembro de la Unión europea des *restatements* americanos y de las principales convenciones internacionales².

Los códigos elaborados bajo el impulso determinante de un solo autor, con frecuencia son objeto de comentarios de su parte, al límite entre comentario oficial y comentario privado. Tal es el caso, por ejemplo, de los códigos elaborados por Boissonade para Japón a fines del siglo pasado³, del Código civil argentino de 1869 comentado por su autor, Vélez Sarsfield⁴, o el Código civil establecido por Réne David en 1960 para Etiopía⁵.

Aunque la frontera entre lo normativo y lo no normativo tienda a diluirse⁶, no parece que a los comentarios, incluso los oficiales, pueda reconocérseles un valor jurídico vinculante, pudiendo simplemente ser invocados para interpretar el código que acompañan⁷.

¹. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 111.

². *Principes du droit européen des contrats*, La Documentation française, 1997.

³. *Projet de Code civil de l'Empire du Japon*, 5 vol., 1882-1889, que comprende el texto y los comentarios del proyecto.

⁴. Cf. P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 1, n° 89, que observan que sus comentarios acompañan las ediciones oficiales del código.

⁵. *Code civil de l'Empire d'Éthiopie*, LGDJ, 1962.

⁶. Cf. C. Atias, *Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé*, *RRJ*, 1992, p. 219.

⁷. Cf. Acerca del rechazo del Consejo de Estado a considerar los informes anexados a una ley (CE, Ass. 5 de marzo de 1999, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, *AJDA*, 1999, 420), o sobre las orientaciones y objetivos presentados en esos informes (CE, Ass 5 de marzo de 1999, M. Rouquette, Mme. Lipietz y

Más allá del prólogo que lo introduce o del comentario que lo acompaña, el código es concluido a veces por un epílogo, que persigue los mismos objetivos que el prólogo. Así, el epílogo del Código de Hammurabi, destacando la sabiduría y equidad de las decisiones que acaban de ser enunciadas, las ofrece como modelo para la posteridad, amenazando a los que osen oponerse en el futuro¹. El epílogo parece bastante ignorado por los codificadores de los tiempos modernos y de la Época contemporánea.

Los atributos de un código, su lenguaje, su nombre o sus accesorios suscitan, entonces numerosas cuestiones que precisan de decisiones; así como ocurre respecto de la articulación del código.

II- ARTICULACIÓN DE UN CÓDIGO

El código se articula alrededor de un plan general (1), que prosigue con subdivisiones (2), a la cabeza del cual disposiciones preliminares juegan un rol particular (3), estando sometido todo el conjunto a una numeración (4).

1. Plan general

El plan general constituye el alma de toda codificación, consustancial con la idea de racionalización que la habita: «Un código no es una masa de artículos. No es un caos, sí un orden, una presentación ordenada de una parte

otros, *AJDA*, 1999, p. 420; *RFD adm*, 1999, p. 357, concl. C. Mangue). Sobre esas decisiones, *adde*: las observaciones críticas de N. Molfessis, *RTD civ.*, 1999, p. 729.

¹. Cf. *Le Code d'Hammurapi*, Le Cerf, 1998, trad. A. Finet, p. 135. *Adde*: J. Bottéro, *Mésopotamie, L'écriture, la raison et les dieux*, Folio-Histoire, 1987, p. 287.

del ordenamiento jurídico»¹. Siguiendo la metáfora ya esbozada por Domat, entre codificación y arquitectura², el codificador francés contemporáneo dispone con precisión que el plan de un código «traduce una arquitectura jurídica y una voluntad de otorgar valor a las grandes distinciones que van a orientar el derecho del área en cuestión»³. La importancia del plan explica así que éste pueda ser el reflejo directo de la voluntad política que preside a toda codificación. Por ejemplo, el plan adoptado por los códigos chinos a partir de aquel de los Ming, y bajo su influencia los planes de los códigos coreanos y vietnamitas, está formado sobre la base de seis administraciones imperiales encargadas de aplicar: la administración, el hogar y el matrimonio, los ritos, la guerra, los castigos, y los trabajos públicos⁴.

El plan general de un código se presenta así, «cargado de ideas... (éste) traiciona el espíritu de sus autores o algunas de sus intenciones principales»⁵. El plan general de un código posee, generalmente, una dimensión simbólica, reflejando la filosofía general de sus autores o, más simplemente, su concepción sobre la materia codificada.

Por ejemplo, parece innegable que la amplitud desproporcionada del Libro III del Código civil francés, «de las distintas maneras que se adquiere la propiedad», demuestra la importancia de la propiedad, el lugar primordial que le es otorgado por los codificadores a imagen del lugar que ésta ocupa en la sociedad resultante de la Revolución. Otra ilustración, los teóricos de la Academia comunista de la URSS proponen reemplazar el Código civil de 1922 por un código económico, reagrupando las normas de producción del sector colectivo y los elementos puramente privados del Código civil anterior, en un

¹. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 77.

². «Es fácil juzgar cuántas diferencias hay entre la manera de observar aisladamente los detalles de las verdades que componen una ciencia, y la imagen del mismo detalle en su conjunto, puesto que no hay menos diferencias que entre la imagen de un montón revuelto de materiales destinados a un edificio y la imagen del edificio elevado en su simetría» (Les lois civiles dans leur ordre naturel, citado por A. Sorel, *Introduction au Livre du centenaire*, op. cit., p. XIX).

³. Circular de 30 mayo de 1996, citado, art. 2.2.3.

⁴. Cf. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, op. cit., p. 260.

⁵. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 77.

plan que debe establecer claramente la subordinación de los segundos a los primeros¹. Asimismo, cuando una Comisión de revisión del Código civil francés es formada durante la Liberación, la primera pregunta que se plantean sus miembros es aquella referente al plan del código: reflejando las concepciones fundamentales del derecho civil, ¿debe éste integrar la socialización del derecho, en particular la del derecho de las obligaciones o del derecho de bienes, que impregna la sociedad francesa de esta época?² Más recientemente, a propósito del Código penal francés de 1994, un autor destacó que «el orden de los desarrollos no es inocuo, traduce una escala de valores»: en este caso, el código trata en primer lugar los crímenes y delitos contra las personas, luego contra los bienes y por último contra la nación, el Estado y la paz pública; en forma inversa a la clasificación del Código penal de 1810, lo que demuestra la primacía que le es otorgada hoy a la persona³. Desde un punto de vista más técnico, la repetición, como *summa divisio*, en el Código de propiedad intelectual, de la distinción entre propiedad literaria y artística y propiedad industrial, parece una consagración de una clasificación hasta ahora ignorada por los textos, lo que sólo puede favorecer el acercamiento de las dos materias⁴.

Muchos tipos de planes generales de los códigos son, *a priori*, concebibles, pudiendo, a veces, incluso ser combinados.

El plan asociativo, sin duda el más rudimentario, consiste en agrupar normas por asociación de palabras o de ideas, y es utilizado, por ejemplo, en el Código de Hammurabi, que trata las disposiciones relativas a las nodrizas justo

¹. Plan particularmente propuesto por L. Guinsbourg, que no concluye (cf. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolff, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 3, n° 899).

². Sobre estas preguntas, cf. L. Julliot de La Morandière, *La réforme du Code civil*, *D*, 1948, p. 120.

³. G. Roujou de Boubée, *Le nouveau Code pénal*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beigneir, *op. cit.*, p. 94. *Adde*: P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 74 y ss.

⁴. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 102.

después de aquellas relativas a la adopción, ya que ellas, al igual que el adoptante, se hacen cargo de un niño¹.

El plan alfabético es, a veces, utilizado, como por ejemplo, en el *Codex belgicus* de Anselmo de 1649², o en los códigos americanos, tal como la compilación de leyes federales establecidas en la *United States Code*, pero resulta extraño, ya que supone de antemano un importante trabajo de calificación de las cuestiones tratadas en cada artículo.

Un plan cronológico parece posible para una codificación- compilación, clasificando los textos en función a su fecha de entrada en vigor, como lo es, por ejemplo, el caso del Código militar de chevalier de Sparte de 1708³. Sin embargo, no puede ser utilizado para una codificación- innovación, ya que, al menos en apariencia, ésta busca hacer tabla raza del pasado.

El plan sistemático, que se basa en una división lógica de las materias, fue adoptado por primera vez por el Código teodosiano, el que agrupa las constituciones por materia en dieciséis libros, subdivididos en títulos, aunque igualmente se aplica en el seno de cada título una clasificación cronológica. El mismo tipo de plan fue retomado un poco después por el Código de Justiniano. Las *Institutas* de Justiniano descansan sobre una división fundamental entre personas, cosas y acciones: «*Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*» (I, 3). El Digesto consagra su primer libro a las fuentes del derecho, la división de las cosas, el estatus de altos funcionarios, para continuar con la introducción de la instancia judicial, luego la reglamentación de diversas instituciones⁴. El plan sistemático actualmente parece, por lejos, ser el más difundido.

¹. Cf. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, op. cit., p. 231.

². Cf. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, op. cit., p. 356.

³. *Ibid.*, p. 376.

⁴. J. Gaudemet, *Tentatives de systématisation du droit à Rome*, APD, 1986, t. 31, p. 11 y ss., específicamente p. 26 y ss.

El carácter fundamental del plan explica, quizás, el respeto a veces excesivo de la tradición en la materia, la frecuente reutilización de planes heredados de modelos históricos notables. Así, el *Codex* de Justiniano adopta un plan de doce partes, probablemente como un homenaje simbólico a la Ley de las XII Tablas¹, sin embargo las *Institutas* de Justiniano se inspiran del plan de los de Gayo, y el Digesto de aquel de la codificación del edicto elaborado por Juliano². La Ley sueca de 1734 retoma el plan del *Codex* de Cristóbal de Baviera de 1442, el que fue tomado, a su vez, de las *Leyes* promulgadas un siglo antes por Magnus Eriksson³. Los planes de los antiguos códigos chinos perduran durante muchos siglos, salvo por ciertas adaptaciones; e influyen los planes de los códigos vietnamitas o coreanos adoptados en base a estos⁴. El plan del Digesto y del *Codex* de Justiniano inspiraron a muchos códigos hasta el siglo XVIII⁵, antes que aquel de las *Institutas*, alcanzara amplia difusión como el reflejo de un orden perfectamente «natural»⁶, e influenciara a numerosos códigos del siglo XX. Así se puede decir, sin exagerar, que los planes de las grandes codificaciones del siglo XIX y de principios del siglo XX: la codificación francesa, la codificación alemana y por tanto la mayoría de aquellas que siguieron, obtienen directamente su inspiración de los planes de las codificaciones romanas.

Los diferentes proyectos de códigos propuestos por Cambacérès durante la Revolución francesa -período en que la ruptura con el pasado constituye la consigan- son ya copiados de aquel de las *Institutas*⁷, y el plan del Código civil

¹. Y quizás homenaje más piadoso a los doce apóstoles...

². J. Gaudemet, Tentatives de systématisation du droit à Rome, *APD*, 1986, t. 31, p. 11 y ss., específicamente p. 20. Las *Institutas* de Gayo estuvieron perdidas por muchos siglos, es por ello que las de Justiniano y su plan fueron transmitidos en la posteridad.

³. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 206.

⁴. Cf. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, *op. cit.*, p. 270.

⁵. J. Vanderlinden, *Le concept de code...*, *op. cit.*, p. 207.

⁶. Cf. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, capítulo 14: «Todas la materias del derecho civil tienen un orden natural y simple... y este orden tiene sus fundamentos en el plan de la sociedad...».

⁷. Cf. J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 122.

de 1804 se inspira igualmente en éste. Este plan fue sin embargo criticado¹, y con justa razón: el derecho de los contratos está subordinado al derecho de bienes como modo de adquirir la propiedad, en un título más que dispar. Por su lado, el derecho de familia está dividido entre el derecho patrimonial y el derecho extra-patrimonial, división realizada, de hecho, de manera imperfecta, ya que el régimen matrimonial primario se encuentra integrado en la parte consagrada al derecho extra-patrimonial. Por otro lado, el plan del Código civil se traduce en una gran desproporción entre los libros: 11 títulos y 509 artículos en el primer libro, 4 títulos y 195 artículos en el segundo y 20 títulos y 1.571 artículos en el tercero, más largo que los otros dos juntos.

El Código de derecho canónico de 1917 mantiene igualmente un plan general copiado a aquel de las *Institutas*, y es únicamente el Código de 1983 que se libera de éste para inspirarse en conceptos más teológicos².

El BGB adopta un plan directamente inspirado de la Escuela de las Pandectas³, consagrando su libro primero titulado «Parte general», a todas las instituciones susceptibles de jugar un rol general en el conjunto del derecho privado: personas físicas y morales, cosas y animales, reglas generales aplicables a los actos jurídicos, a los plazos, a la prescripción...⁴ Luego de esta parte general vienen cuatro libros que tratan sucesivamente sobre el derecho de las obligaciones, el derecho de las cosas, el derecho de familia y el derecho sucesorio. Una parte general se presenta también en muchos códigos influenciados por el BGB: en Brasil⁵, en Grecia el Código civil de 1940, en Japón el Código civil de 1898⁶, en Portugal el Código civil adoptado en 1967 y en la mayoría de los países del Este en la época del comunismo, (república

¹. Para un panorama de estas críticas, cf. por ejemplo, V. Lasserre-Kiesow, tesis citada, p. 139 y ss.

². P. Toxé, La codification en droit canonique, *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1997, n° 82.

³. Sobre los orígenes históricos de este plan, cf. V. Lasserre-Kiesow, tesis citada, p. 116 y ss.

⁴. F. Ferrand, *Droit allemand op. cit.*, p. 69.

⁵. Esta idea, de una parte general, fue presentada bajo forma legislativa por primera vez en Brasil en el *Consolidação das lei civis* d'Augusto Teixeira Freitas en 1858, y si el Código civil brasileiro lo consagró en 1916, fue sin duda inspirado más en este modelo que en el BGB (R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit.*, n°67).

⁶. Cf. Y. Noda. *Introduction au droit japonais*, Dalloz, 1966, p. 215.

socialista soviética, Polonia, Checoslovaquia)¹. Este tipo de plan es, a menudo, considerado por los autores como mejor que aquel del Código civil francés, la inclusión de una parte general es elogiada como «modelo de la facultad de abstracción germánica²». Es más, este plan permitiría consagrar la autonomía del derecho de las obligaciones en relación al derecho de bienes, y así evitar la división entre el derecho extra-patrimonial y patrimonial de la familia. Esto explica por que se consideró la introducción de una parte general en el Código civil francés, por la Comisión de revisión designada durante la Liberación. Sin embargo, estos argumentos pueden ser relativizados, y la introducción de una parte general es también a veces criticada³. Su utilidad es dudosa en la medida que las normas enunciadas no tengan el mismo significado en el conjunto de las materias⁴. Es más, la inclusión de una parte general conduciría a veces a una abstracción excesiva⁵. En cuanto a la autonomía del derecho de las obligaciones en relación al derecho de bienes, ésta presentaría a veces el inconveniente de dispersar la reglamentación de una misma cuestión en los distintos libros. Por ejemplo, el BGB trata el problema de la entrega de las mercancías consecutiva a una venta en el § 433 y aquel de la transferencia de la propiedad en el § 929.

El plan general se extiende naturalmente a subdivisiones secundarias.

¹. Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, *op. cit.*, p. 69.

². Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, *Livre du centenaire*, *op. cit.*, t. 2, p. 591.

³. Cf. V. Lasserre-Kiesow, tesis citada p. 122 y ss.

⁴. El argumento también fue utilizado por Eugène Huber para rechazar la inclusión de una parte general en el Código civil suizo: «Nosotros vemos, por el contrario, que los principios generales tienen una importancia particular con respecto a una institución determinada, mientras que en otras esta importancia es menor o diferente. Por ejemplo el error. El error se puede presentar bien en el derecho de familia como en los derechos reales o en el derecho de las obligaciones. Se podría en consecuencia, establecer un conjunto de reglas en la parte general. Pero en la práctica, se reconoce que el error juega un rol muy diferente en cada uno de sus ámbitos, y aunque se crea que hay una teoría general, no podríamos omitir las disposiciones especiales» (*Exposé des motifs*, *op. cit.*, p. 18).

⁵. Es por ejemplo el argumento de René David para excluirla de su proyecto del Código civil de Etiopía (cf. R. David, *La refonte du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 165).

2. Subdivisiones secundarias

Al interior de este plan sistemático, la división tradicional se hace eventualmente en partes, en todo caso en libros, títulos, capítulos, secciones y párrafos, división tradicional en general conservada por los codificadores contemporáneos¹; aunque a veces estos hacen una utilización poco racional². En las codificaciones de derecho constante, en las que coexisten textos de origen legislativo y de origen reglamentario, los capítulos de cada una de las partes deben corresponder.

La subdivisión de base es el artículo en la tradición romana³: constituyendo «la unidad de base del texto legislativo»⁴: el artículo es a los códigos lo que el átomo es a los organismos. El ideal perseguido es aquel de una idea formulada en cada artículo, ideal que descansa sobre una consideración jurídica; el texto estaba destinado a ser votado artículo por artículo, sin embargo esto fue raramente respetado⁵. En el derecho francés, el lugar del artículo como subdivisión de la ley es consagrado por la propia Constitución de 1958, su artículo 10 dispone que el Presidente de la República, puede exigir al Parlamento una nueva deliberación «de la ley o de algunos de sus artículos». Los artículos son eventualmente divididos en párrafos, respecto del que las controversias sobre la definición hacen la contabilización imprecisa⁶.

¹. Cf. circular de 30 mayo de 1996, citado, art. 2.2.3.

². Cf., à propos du Code des collectivités territoriales de 1996, S. Guy, Une utopie: la codification, *Rev. fr. de dr. constit.*, 1996, n° 26, p. 277: «El sistema conduce a capítulos y títulos sin intítulo, únicos, y comportando artículos únicos».

³. Sin embargo, «se ignoran las vicisitudes lingüístico-culturales que le han dado una connotación legal al término “artículo”, que viene de una palabra del latín desprovista de significación jurídica particular, por sobre párrafo o sección» (G. Rouhette, *L'article premier des lois*, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfesis, Economica, 1999, p. 39).

⁴. G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 74.

⁵. *Ibid.*, y los ejemplos propuestos en el Código civil o el Nuevo Código de procedimiento civil.

⁶. El parlamento considera como un párrafo cada vez que hay un salto de línea, el gobierno, adoptando el modo de cómputo seguido por el Consejo de Estado, considera que hay un párrafo si hay un salto de línea luego de un punto (cf. Circular de 20 octubre de 2000 relativa al modo de recuento de los párrafos luego de la elaboración de los textos, *JCP*, 2000, III, 20385). *Adde*: A. Le Gall, *Alinéa, vous avez dit alinéa?*, *D*, 2001, Point de vue, p. 133.

El equivalente del artículo en la tradición del derecho canónico es el canon, en la tradición germánica el párrafo, y en la tradición del *Common Law*, *la section*.

Esta división racional fue consagrada en el siglo XVII bajo la influencia de la Escuela de derecho natural. Así, Domat, influenciado por el Discurso del método de Descartes, propone «distinguir las materias del derecho, y reunir las según el rango que ellas tienen en el cuerpo que componen naturalmente: dividir cada materia según sus partes; y ordenar en cada parte el detalle de sus definiciones, de sus principios y de sus reglas...»¹. El ideal perseguido es bien comprendido por Cocceius en su *Projet de code Frédéric*: crear un sistema en que las diferentes partes estén «unidas entre ellas como los eslabones de una cadena»².

Igualmente, el desarrollo clásico del código parece ir de lo general a lo particular, con el fin, siguiendo los consejos de Domat, de no anticipar nada «que no sea claro por sí mismo, o precedido de todo lo que sea necesario para comprenderlo»³. La parte general antecede a las partes especiales, el código descende progresivamente hacia las partes particulares. Este desarrollo aparece frecuentemente en numerosos códigos. Dos ejemplos, los códigos chinos a partir de la dinastía Tang comienza también por los principios generales que anteceden la reglamentación de materias particulares,⁴ igual que los Códigos penales adoptados en la época de la Ilustración⁵. Este avance de general a particular, generalmente se funda en un criterio de importancia jurídica, aunque puede igualmente fundarse en un criterio de importancia económica: por ejemplo, numerosos códigos, cuando tratan los contratos especiales, comienzan por el estudio de la compra venta que constituye, por su

¹. Les lois civiles dans leur ordre naturel, ed. 1776, Candelier, prefacio. Cf. Descartes, Discurso del Método para conducir bien su razón y buscar la verdad en las ciencias, que propone como una de las cuatro reglas de su método «dividir cada una de las dificultades, y examinarlas en tantas parcelas resulte necesario y sea posible; para así mejor resolver» (Garnier-Flammarion, p. 40).

². Projet de code Frédéric ou Corps de droit pour les États de sa Majesté le roi de Prusse, 1751, citado por Y. Cartuyvels, *D'où vient le Code pénal?*, De Boeck, 1996, p. 369.

³. Les lois civiles dans leur ordre naturel, ed. 1776, Candelier, prefacio.

⁴. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, op. cit., p. 369.

⁵. Cf. Y. Cartuyvels, *Doù vient le Code pénal?*, op. cit., p. 369.

frecuencia, el contrato económico más importante: tal es el caso de las codificaciones otomanas del siglo XIX, del BGB y del Código civil francés en el que la compra venta figura justo después del contrato del matrimonio¹.

La dimensión simbólica de la estructura general del código recientemente invocada, se encuentra igualmente en los detalles de la estructura interna. De la misma manera que la codificación de una materia asegura muchas veces su consagración², reservar una subdivisión a un mecanismo o a una institución manifiesta el reconocimiento de su autonomía y de su importancia. Por ejemplo, la cuestión se planteó en virtud de las disposiciones relativas a Mayotte, en el Código general de colectividades territoriales: el gobierno prefirió codificarlas a lo largo del Código más que incluirlas en una parte específica, por la evidente razón política de no reservar a Mayotte un estatus a parte, y así, progresivamente, unirla al derecho común.

Como la elección del nombre de un código³, la elección de los títulos de las divisiones (partes, títulos, capítulos, secciones, párrafos...), incluso a veces un artículo⁴, produce consecuencias jurídicas. Aunque la antigua jurisprudencia, (cuya positividad es hoy incierta), les niegue valor normativo⁵, los títulos pueden al menos servir de guía de interpretación revelando la voluntad de los codificadores; función reconocida por la doctrina⁶ y, explícitamente, admitida por los codificadores contemporáneos⁷. Por ejemplo, en el Código de procedimiento civil francés de 1975, las disposiciones de los artículos del 232 al

¹. Cf. J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, *op. cit.*, p. 246.

². Cf. *supra*, p. 100.

³. Cf. *supra*, p. 229.

⁴. Como era el caso en la tradición de los códigos soviéticos, tradición por ejemplo recogida en el Código penal ruso de 1996 (cf. L. Golovko, *Le Nouveau Code pénal russe*, *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 565).

⁵. Cass. Civ., 20 de abril de 1920, *D*, 1923, 1, 87, que invoca la ausencia de voto del Parlamento sobre el título, para afirmar el apoyo a su rechazo del recurso, las indicaciones resultantes del título de las leyes no tienen fuerza legal. Sin embargo hoy, el alcance de esta jurisprudencia es incierto, los títulos de las leyes estaban sometidos al voto en ciertas circunstancias. *Adde*: J.-C. Bécane y M. Couderc, *La loi*, Dalloz, 1994, p. 203, y N. Molfesis, *Le tire des lois*, *Études offertes à Pierre Catala*, *op. cit.*, p. 47 y ss., específicamente p. 67.

⁶. Cf. por ejemplo, J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, *op. cit.*, n° 130: «Es admitido que, sin participar de la fuerza obligatoria de la ley, los títulos pueden, como el conjunto de los trabajos preparatorios, contribuir a la interpretación»; en el mismo sentido, G. Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 78.

⁷. Cf. Circular de 30 mayo de 1996, citada, art. 2.3: los títulos «pueden ser utilizados para interpretar una disposición... Igualmente la formulación de los títulos y de los subtítulos será objeto de una particular atención ».

248 fueron reagrupadas en una misma sección bajo el título de «Disposiciones Comunes», se puede concluir que ellas se aplican a las tres instituciones señaladas a continuación del capítulo: *Constatations, consultations et expertises*^{1 2}.

En relación con las elecciones de los títulos, el lugar de un artículo en una subdivisión del código posee igualmente un valor jurídico directo³ que puede, al menos, servir de argumento de interpretación. Por ejemplo, el artículo 215 párrafo 3º del Código civil francés, asegura la protección de la vivienda familiar, este texto no tendría aplicación luego de la disolución del matrimonio, como lo señaló una decisión de la Corte de casación, la que decidió que uno de los esposos puede ceder solo la vivienda familiar⁴. El rol de este argumento de interpretación se refuerza en las codificaciones de derecho constante, donde el único poder verdaderamente creador de los codificadores reside en el posicionamiento de los textos en el código⁵.

El lugar de una disposición en relación a otra en un código, fue igualmente invocado como argumento a favor de la preeminencia de la materia tratada en primer lugar⁶. De esta manera, en respuesta a aquellos que veían en el derecho de las patentes la «locomotora» del Código de propiedad intelectual⁷, el Prof. André Françon responde: «Si se quisiera ironizar, se podría desde ya observar que, en el Código de propiedad intelectual, es la propiedad literaria y artística la que se trata en primer lugar, y la propiedad industrial, en cambio, se trata en segundo lugar, por su parte, el derecho de las patentes sólo

¹. G. Cornu, *Linguistique juridique, op. cit.*, n° 77.

². N. del T.: Etapas del proceso civil francés.

³. Cf. Circular de 30 mayo de 1996, citado, art. 2.3.

⁴. Civ., 1, 22 de octubre de 1974, D, 1975, p. 645, nota C.-I. Foulon-Piganiol: *JCP*, 1975, II, 18041, nota Y. Chartier; *RTD civ.*, 1975 p. 296, obs. R. Nerson.

⁵. Cf. *supra*, p. 194 y ss. específicamente p. 199.

⁶. Sobre el valor simbólico de una parte preliminar, cf. *infra*, p. 245 y ss.

⁷. J.-M. Mousseron, y J. Schmidt, *Brevets d'inventions*, D, 1993, *Somm. com.*, p. 375.

es tratado en el libro VI, lo que es un lugar muy pobre para un líder (es una posición muy extraña para una locomotora)»¹.

La importancia del lugar de una disposición en un código muestra incluso, más claramente, el rol específico reconocido a las disposiciones preliminares.

3. Disposiciones preliminares

En el encabezamiento de un Código figura muchas veces un artículo, un capítulo o un título preliminar consagrado a recordar los principios que lo inspiran. Su situación preliminar, su inclusión afuera de la estructura, o de la numeración reservada a otras disposiciones, marcadas a menudo de un estilo solemne, les confiere una dimensión simbólica innegable, a la manera de un frontispicio, sin quitarles por eso su valor de normas de derecho positivo². Estas disposiciones preliminares, más frecuentes en los códigos civiles, ocupan, por el hecho de la amplitud de su ámbito, un lugar privilegiado de *primus inter pares*³, sin embargo no están ausentes en otros códigos. Enunciando los principios generales a menudo más sensibles al paso del tiempo, las disposiciones preliminares constituyen un zócalo de reglas, con una función a la vez aseguradora y pedagógica⁴, y cada vez más indispensable en un mundo

¹. A. Francon, *RTD com.*, 1994, p. 49.

². *Contra*, para el artículo 1° del Código de procedimiento penal, resultante de la reforma de 15 de junio de 2000, E. Putman, L'article préliminaire du Code de procédure pénale a-t-il une portée normative?, *Annales de l'Université d'Avignon*, 2001, p. 43 y ss.: el artículo podría ser considerado como un simple «encabezado», una suerte de «sombrero» del código, que el juez utilizará para justificar su interpretación de éste... El artículo preliminar no sería el «chef (jefe)» del código: sólo sería el «*couvre-chef* (sombrero)» (p. 47).

³. Cf. J.-E.-M. Portalis, Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, in Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, *op. cit.*, p. 66: «Estas máximas son el objeto del proyecto de ley que yo presenté; ellas no pertenecen a ninguna época en particular. Ellas son como el prólogo de todos los códigos. Sin embargo, nos pareció que su verdadero lugar era el comienzo del Código civil, por que esta especie de código es aquel que, más que cualquier otro, abarca la universalidad de las cosas y de las personas».

⁴. Sobre esta función, a propósito, por ejemplo, del artículo preliminar del Código de procedimiento penal, resultante de la ley de 15 de junio de 2000, cf. M. Delmas-Marty, *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 4: «El recurso a principios rectores, también tenía un objetivo, que se podría decir es pedagógico: hacer visibles las líneas de fuerza, cuyas técnicas no son más que reflejos más o menos inteligibles, para facilitar la comprensión de estas reglas». *Adde*: C.

jurídico más conmocionado. La inclusión de disposiciones preliminares constituiría, por tanto, una garantía de perennidad para un código, como lo puede ilustrar *a contrario* el ejemplo del Código de comercio francés de 1807 en que la ausencia de disposiciones preliminares habría facilitado su debilitamiento¹.

Así se explica que estas disposiciones preliminares conozcan un incuestionable renuevo de apoyo de parte de los codificadores contemporáneos. Por ejemplo, el codificador español enriqueció notablemente en 1974 el Título preliminar del Código civil de 1889², así como el Nuevo Código civil de Costa Rica de 1986, bajo la influencia del decano Cornu³, desarrolló ampliamente el Título preliminar del Código originario que databa de 1888⁴. La ley de 15 de junio de 2000, reforzando la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, inserta en el comienzo del Código de procedimiento penal francés un artículo preliminar que consagra principios ya latentes⁵, típica ilustración del apoyo contemporáneo para estas disposiciones preliminares. Incluso nuestras prosaicas codificaciones-compilaciones contemporáneas, quieren poner en relieve los principios fundamentales, no dudando en contravenir el principio mismo del derecho constante⁶. La circular de 30 de mayo de 1996, fija las grandes líneas de la codificación francesa contemporánea de derecho constante, enuncia en efecto que «los autores de un código se esforzarán en reagrupar a la cabeza de éste, los principios que gobiernan la legislación de la materia», dando muchos

Lazerges, Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes, *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 9 y ss. Comp. con la función pedagógica de los prólogos de los códigos, *supra*, p. 233.

¹. M.-A. Frison-Roche, L'amour intéressé des lois particulières, in *L'amour des lois*, *op. cit.*, p. 347.

². J.-M. Castan-Vasquez, La réforme du Titre préliminaire du Code civil espagnol, *RID comp.*, 1974, p. 835 y ss.

³. G. Trejos, Le Nouveau Titre préliminaire du Code civil du Costa Rica, *Mélanges G. Cornu*, PUF, p. 463.

⁴. G. Cornu, Le Nouveau Titre préliminaire du Code civil du Costa Rica, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 411.

⁵. Cf. E. Putman, L'article préliminaire du Code de procédure pénale a-t-il une portée normative?, art. citado p. 43 y ss.: «Los dioses escondidos en los códigos, nos son así revelados» (p. 45).

⁶. Comp. respecto del Código de propiedad intelectual, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 75.

ejemplos para su apoyo¹, sustituyendo así los deseos de las autoridades². Este entusiasmo contemporáneo por las disposiciones preliminares, impuesto, a veces, por un gusto por la ostentación más que por una preocupación de eficacia jurídica, debe saber evitar la tentación de un verbalismo vacío, contentándose con enunciar bellos sentimientos en fórmulas sofisticadas, ante el riesgo de desnaturalizar los códigos en los que estas disposiciones serán insertadas.

Estas disposiciones preliminares pueden consistir en principios filosóficos, el código recoge en sus primeras líneas la quintaesencia de los valores de la sociedad que lo ha engendrado³, recordando los objetivos fundamentales que inspiran la política jurídica del Estado.

«Es necesario honrar la armonía»: de esta manera comienza el Código de 17 artículos del príncipe Shotoku, considerado como una de las primeras manifestaciones del derecho japonés (año 604)⁴, principio fundamental de los derechos de los países del Extremo Oriente, el cual hace eco por ejemplo al artículo 1ero del Código civil japonés producto de una reforma de 1947⁵... incluso si otros códigos orientales consagran en una disposición preliminar una filosofía menos pacífica, como el *jasaq* promulgado por Gengis Khan: «El deber de los Mongolos es acudir a mi llamado, obedecer mis órdenes, matar a quien yo decida. Aquel que no me obedezca tendrá la cabeza separada del cuerpo »⁶.

La Filosofía de la Ilustración y el derecho natural inspiraron a muchos códigos del siglo XVIII y XIX, lo que se traduce en varias de sus disposiciones

¹. Citado, art. 2.2.3: principios de «el que contamina paga» o de prudencia en el Código de medio ambiente, principios comunes a los mercados y los servicios públicos, en el futuro códigos de mercados y de contratos públicos, principios de laicidad y de neutralidad en el Código de educación.

². Cf. M. Rocard, Discours de 7 novembre 1989, in Rapport d'activité de la Commission supérieure de codification, 1990: «Me tienta decir, pero esto no es más que es un indicio, que se debería dudar de la pertinencia de todo código que no comience por disposiciones generales de gran y constante aplicación».

³. Cf. *supra*, p. 169 y ss.

⁴. J.-H. Moitry, *Le droit japonais*, PUF, «Que sais-je», 1988, p. 1.

⁵. Este artículo 1º dispone que el derecho privado debe estar dirigido al bienestar público, el ejercicio de este derecho y el cumplimiento de los deberes que éste impone, deben satisfacer imperativos de confianza y seguridad.

⁶. M. Hoang, *Gengis Khan*, Fayard, 1998, p. 195.

preliminares. Por ejemplo, el ALR prusiano comienza con una introducción que contiene muchas afirmaciones de principios, un verdadero manifiesto de la Ilustración. Del mismo modo, el artículo 1º del Título preliminar del proyecto del Código civil francés, dispone que «existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, es la razón natural que gobierna a todos los hombres»¹. Así, este artículo consagra explícitamente la preeminencia del derecho natural, tal como lo muestra la omisión de éste en la versión definitiva, por el afán de hacer del Código civil una obra esencialmente técnica.

Los códigos adoptados en los países comunistas retoman frecuentemente, en sus primeras disposiciones, los principios jurídicos-políticos que los gobiernan. Así, por ejemplo, el Código penal chino de 1980, enuncia en su artículo 2º el objetivo del derecho penal: «Utilizar la sanción penal para luchar contra los actos contra-revolucionarios y todos los actos criminales, a fin de defender el régimen de la dictadura del proletariado...»². La mayoría de los códigos adoptados en los países de Europa del Este, después de la Segunda guerra mundial consagran en sus disposiciones preliminares la determinante influencia de la filosofía socialista sobre el derecho positivo: «El sistema social socialista constituye el fundamento del derecho civil», mientras que el artículo 1º de los Códigos civiles checos y rusos de la época, luego que el artículo 1º del Código de la RDA enunciara: «El crecimiento continuo del nivel de vida material y cultural del pueblo, y la transformación de los ciudadanos en personalidades socialistas de formación multilateral, representan los objetivos primordiales de la sociedad socialista. El derecho civil de la República democrática alemana ayuda, también, a su realización»³. En el mismo sentido, el proyecto del Código civil elaborado por los nazis afirma en su § 1º del libro 1º: «Cada compañero del pueblo debe, por su persona y su patrimonio, dar a la

¹. Art. 1º del Libro preliminar «Del derecho y de las leyes», título 1º «Definiciones generales» del proyecto de la Comisión de gobierno presentada el 24 mesidor año VIII (13 de julio de 1800).

². Cf. R. David y C. Jauffret-Spinozzi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., nº 489.

³. Y. Eminescu y T. Popescu, *Les codes civils des pays socialistes*, op. cit., p. 76.

comunidad popular lo que es necesario para su existencia y su prosperidad»¹. Los países comunistas al abrirse a la economía de mercado tratan de concretar este enorme cambio en una disposición preliminar del Código. De la misma manera, el Código civil de Vietnam de 1996, dispone en su artículo preliminar: «El Código civil contribuirá en la edificación de una economía socialista de mercado, con muchos componentes bajo la gestión del Estado, con el objetivo de darle prosperidad al pueblo, tener un país más poderoso, una sociedad más equitativa y civilizada»².

La ideología de los derechos del hombre, dominante en Occidente desde fines del siglo XX, se traduce en varias disposiciones preliminares de códigos recién adoptados. Ésta aparece, por ejemplo, implícitamente consagrada en el Nuevo Código civil de Quebec, en una disposición preliminar que se refiere a la carta de derechos y libertades de la persona³, y también en las nuevas disposiciones preliminares del Código de procedimiento penal resultante de la reforma de 15 de junio del 2000⁴.

Finalmente, los Estados cuyos sistemas jurídicos están marcados por la religión reconocen, a menudo, esta influencia en una disposición preliminar de sus códigos. Por ejemplo, en numerosos países islámicos incluyen en su Código civil un artículo 1º invitando a remitirse «a los principios del derecho musulmán» en ausencia de una disposición específica aplicable⁵.

Los principios enunciados al comienzo del código pueden, igualmente, ser más técnicos, aunque siempre conservando un valor particularmente

¹. Cf. C. Witz, *Le droit allemand*, op. cit., p. 22.

². Citado por P. Bézard, L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne, in *Histoire de la codification au Vietnam*, op. cit., p. 393.

³. Párrafo 1: «El Código civil de Quebec rige, en armonía con la carta de derechos y libertades de la persona y los principios generales del derecho...». El primer libro del Código está, en efecto, consagrado a la persona, el artículo 1º enuncia: «Todo ser humano tiene personalidad jurídica; tiene pleno goce de los derechos civiles».

⁴. Cf. C. Lazerges, *Le renforcement...* art. citado, p. 9.

⁵. Ejemplo que constituye el modelo: el artículo 1º del Código civil egipcio: «1 / La ley rige todas las materias que hacen referencia a la letra o al espíritu de sus disposiciones. 2/ En defecto de una disposición legislativa aplicable, el juez decidirá en base a la costumbre, y en su defecto en base a los principios del derecho musulmán. En defecto de estos principios, el juez podrá recurrir al derecho natural y a las reglas de equidad». Encontramos la misma referencia en el artículo 1º del Código civil Algerino de 1975, o más recientemente en el Código civil de Bahrein de 2001.

simbólico que les confiere su lugar. Los principios así enunciados deben inspirar al conjunto de disposiciones que le siguen¹; manifestación de aquella regla general de lógica que impone avanzar de lo general a lo particular². Incluso se ha sostenido, que una regla particular que no respete los principios enunciados en una disposición preliminar, podrá ser desechada por el juez³. La preeminencia conferida a estos principios puede igualmente, contribuir a erigirlos en regla fundamental de interpretación de otras reglas codificadas a su continuación.⁴

Una disposición preliminar es a menudo, por ejemplo, consagrada a las fuentes del derecho y, eventualmente, a las reglas comunes de interpretación. Esta se presenta en general en el Código civil, pero con vocación para ser aplicada al conjunto del derecho. De este modo, el Código civil suizo contiene un Título preliminar compuesto de cuatro artículos, en que el primero prevé particularmente el rol atribuido a cada una de las fuentes del derecho⁵. Un rol similar fue asignado al Título preliminar del Código civil francés, consagrando la primacía de la ley, jugando «con lo simbólico de los números y del orden, comenzando por artículos fundamentales, simples y puros como el agua de roca»⁶. El Nuevo Título preliminar del Código civil de Costa Rica establece en

¹. Cf., a propósito del artículo preliminar del Código de procedimiento penal, introducido por la ley de 15 de junio de 2000, C. Lazerges, *Le renforcement...*, art. citado, p. 11, que considera que estos principios «irrigan el conjunto del procedimiento».

². Cf. G. Rouhette, El artículo primero de las leyes, en *Les mots de la loi, op. cit.*, p. 42: «Una primera directiva, o recomendación, que parece de alcance universal, es que, para comprender una disposición (un artículo), no debe ser necesario remitirse a lo que está establecido en una disposición posterior. A partir de esto, es tentador inferir, por un *a contrario* discutible, que el artículo primero es aquel que permite comprender las disposiciones subsecuentes». *Adde*: cf. *supra*, p. 244.

³. Cf., a propósito del artículo preliminar del Código de procedimiento penal introducido por la ley de 15 de junio del 2000, D. Mayer, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal?*, *D*, 2001, 1645: «Para respetar la voluntad del legislador, el juez podrá descartar una disposición legislativa, a causa de que ésta no respeta un principio legislativo».

⁴. *Ibid.*, «Los tribunales podrán utilizar el artículo preliminar del Código de procedimiento penal, para eliminar las ambigüedades de otros artículos más precisos y técnicos, o para llenar los vacíos de la ley».

⁵. «La ley rige todas aquellas materias que se remiten a la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. En defecto de una disposición legal aplicable, el juez fallará en base a la costumbre, y en defecto de ésta, según las reglas que éste establecería si tuviese que actuar como legislador. Él se inspira en soluciones establecidas por la doctrina y la jurisprudencia».

⁶. M.-A. Frison- Roche, *L'amour intéressé des lois particulières*, in *L'amour des lois, op. cit.*, p. 347.

sus primeras disposiciones un verdadero sistema de fuentes del derecho, y propone, igualmente, principios de interpretación¹. El Título preliminar del Código civil español, resultante de la reforma de 1974, consagra su artículo primero a las fuentes del derecho, otras disposiciones relativas a la interpretación y a la eficacia de las normas jurídicas². La disposición preliminar del Código civil de Quebec de 1994 refleja su preeminencia sobre otras reglas de valor legislativo, erigiéndolo en derecho común.³

Otro rol asignado a una disposición preliminar es enunciar principios jurídicos propios de la materia que rige el código. Así, puede tratarse de afirmar las prioridades asignadas a este último: por ejemplo, la Parte I (Protección general de la salud) de la sección legislativa del Código de salud pública, adoptado por la ordenanza de 15 de junio de 2000, comienza por un libro primero consagrado a los derechos de las personas, lugar que da cuenta de la preeminencia dada a los derechos de las personas enfermas⁴. De una manera más evidente aún, el artículo preliminar del Código de procedimiento penal, resultante de la ley de 15 de junio de 2000, que refuerza la protección de la presunción de inocencia, dispone que «el procedimiento penal debe ser justo y contradictorio y debe preservar el equilibrio de los derechos de las partes...». Puede igualmente tratarse de establecer solemnemente un derecho común, constituido de principios válidos para el conjunto de la materia codificada. El código de procedimiento civil francés de 1975, consagra en su capítulo 1º «Los principios rectores del procedimiento», contenidos en los artículos 1 a 24 del título 1º del libro 1º, «escritos a principios del código, como portadores de su

¹. G. Cornu, *Le Nouveau Titre préliminaire du Code civil du Costa Rica*, in *L'art de droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p. 411.

². J.M. Castan-Vasquez, *La réforme du Titre préliminaire du Code civil espagnol*, *RID comp.*, 1974, p. 835 y ss.

³. Párrafo 2: «El código está constituido por un conjunto de reglas que, en todas aquellas materias que se remiten a la letra, el espíritu o el objeto de sus disposiciones, establece, en términos expresos o en forma implícita, el derecho común. En estas materias, éste constituye el fundamento de otras leyes, pudiendo ellas mismas ser agregadas o derogadas del código».

⁴. Ordenanza de 15 de junio de 2000, *JO*, 22 de junio, p. 9340.

espíritu»¹, con un aura particular: «El lugar que ocupan en el código, la consistencia de su enunciado, todo confluye para otorgarles la fuerza doctrinal que sus autores quisieron»². Asimismo, el Código penal francés de 1994 decide -apartándose del Código de 1810- enunciar los principios penales fundamentales que lo gobiernan en un Libro primero, «Disposiciones generales»: principio de legalidad, principio de irretroactividad, principio de personalidad de las penas... Otra ilustración tomada de un producto de la codificación actual de derecho constante: el Título preliminar del Código de justicia administrativa, cuya sección legislativa fue adoptada por ordenanza de 4 de mayo de 2000, enuncia diez principios fundamentales que rigen la justicia administrativa y que constituyen el «Decálogo» de la materia, según palabras de un autor³, puesto deliberadamente en relieve mediante su inclusión en una división original, dotada de una numeración específica cuyo carácter continuo contrasta con la numeración decimal del resto del código⁴.

Como precisamente demuestra este último ejemplo, la elección de una numeración constituye, también, un elemento importante de un código.

4. Numeración.

La numeración, consustancial a la división en artículos, no es exclusiva de los códigos, puesto que los simples textos de ley son igualmente numerados, sin embargo ésta juega un rol particularmente importante en razón del conjunto de disposiciones que debe ordenar.

Muchos tipos de numeraciones son concebibles, particularmente la numeración continua (1, 2, 3, 4...) o discontinua, la numeración que vuelve a

¹. G. Cornu, L'avènement du Nouveau Code de procédure civile, in *Le Nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 22.

². J. Héron, Le Nouveau Code de procédure civile, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 87.

³. R. Chapus, Lecture du code de justice administrative, *RFD adm.*, 2000, p. 931.

⁴. *Ibid.*

comenzar en cada grado de subdivisión previamente fijado (ejemplo: el título 1° comprende los artículos 1 a 234, el título 2° de 1 a 165, el título 3° de 1 a 312...). En los países anglosajones, particularmente en Estados Unidos, la numeración es indiciaria: tal es, por ejemplo, el sistema del *Uniform Commercial Code*: los artículos del libro I° comienzan por 1, los del libro II por 2, y, para cada título que compone las partes, comienza una nueva centena, (por ejemplo, los artículos del título 3 del libro II son numerados a partir de 2- 301).

Numeración discontinua y numeración continua compiten hasta el siglo XIX: así, las grandes ordenanzas reales sobre el comercio de 1673 y la marina de 1681 fueron divididas en artículos numerados por títulos, mientras que la ordenanza sobre donaciones de 1731 fue numerada de forma continua¹. En el extranjero, la numeración continua es la más frecuente, sin embargo el ALR prusiano de 1794 adopta una numeración discontinua por títulos, quizás porque éste contiene muchísimos artículos (¡el título 20 del libro segundo contiene 1577 artículos!). En el siglo XIX, la numeración continua parece imponerse: todos los códigos napoleónicos, por ejemplo, la adoptan. La numeración continua es aún aplicada en las numerosas codificaciones contemporáneas, como en el Código de procedimiento civil francés de 1975, o en el código civil de Quebec de 1994. Sin embargo, las codificaciones francesas de derecho constante, luego de ciertos titubeos², adoptan una numeración más compleja inspirada del sistema indiciario. Por el hecho de la coexistencia de textos de naturaleza diferente, el número del artículo es precedido de LO, para una ley orgánica, de L para una ley ordinaria, de R* para un decreto del Consejo de Estado adoptado por el Consejo de ministros, de R. para un decreto del Consejo de Estado no adoptado por el Consejo de ministros, de D* para un decreto simple adoptado en consejo de ministros, de D para un decreto simple no adoptado por el consejo de ministros, de A para un decreto. En cuanto a la numeración misma,

¹. P. Reigné, Remarques sur la numérotation des articles dans la codification, *Rev. fr. d'adm. pub.*, 1997, n° 82.

². *Ibid.*

la circular de 30 de mayo de 1996 contempla sólo el sistema indiciario: «En principio, los números de los artículos del código se componen de tres cifras que indican el libro y el capítulo, seguidos de un guión y de una numeración secuencial»¹.

Si cada tipo de numeración presenta sus ventajas e inconvenientes, la preferencia por una u otra, traduce la función de la numeración privilegiada por el codificador.

El triunfo de la codificación continua en el siglo XIX no es fruto del azar: facilita la citación de un artículo designado por un solo número, y además traduce la unidad y la completitud del código, como lo demuestra claramente la justificación dada por Portalis a propósito del Código civil: «Habrà únicamente una serie de números para todos los artículos del Código: pensamos que esta medida no debe en lo absoluto ser desdeñada. Ésta hace más evidente el carácter real de unidad adecuado para la obra; ahorra tiempo y reduce el esfuerzo de aquellos que estudian y aplican las leyes»². Esta función explica que este tipo de numeración aún sea utilizada en la actualidad en las codificaciones- modificaciones.

Sin embargo, ésta pareciera ser menos compatible con una codificación- compilación que se extiende en el tiempo, para la cual una numeración discontinua resulta preferible, más si se trata de la cita de un artículo complejo, ya que contiene el número del libro en el que está inserto: de esta forma esta numeración discontinua fue, por ejemplo, adoptada por el primer Código del trabajo, elaborado de 1910 a 1927. No obstante, es un hecho que estos dos tipos de numeración no facilitan la actualización, función esencial en un tiempo de frecuente cambio legislativo, obligando a veces a complejas acrobacias para

¹. Circular de 30 mayo de 1996, citada, art. 2, 3, que señala el caso de los códigos que contienen un gran número de artículos para los que «resulta necesario agregar una cifra indicadora de la sección, cuando el código está dividido algunas grandes secciones».

². J.-E.-M. Portalis, Exposé des motifs du projet de loi à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil français, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844, p. 292, citado por P. Reigné, *Remarques...*, art. citado.

agregar artículos que necesitan de la inclusión de números de artículos con guiones, para evitar que una actualización cambie los números ya existentes (ejemplo: art. 373-2-1 y ss. C. Civ., resultante de la ley del 4 de marzo de 2002, que sin duda haría estremecerse a Portalis...) o la adición de *bis*, *ter*¹...

De esta manera, se explica el éxito contemporáneo de la numeración indiciaria, que facilita en mayor medida la actualización: la ordenanza de 15 de junio de 2000, que introduce la sección legislativa del Código de salud pública, considera, por ejemplo, que esta numeración «debería permitirle acoger las modificaciones legislativas que la evolución de las ciencias, las técnicas y las previsiones en materia de salud producirán»². Además, permite la ubicación de un texto en el código sólo por su número. Como un autor lo constató a propósito del *Uniform commercial code* que la adopta: «Los americanos numeran los artículos de sus leyes como las casas de sus calles, lo que otorga un referente preciso»³. Por último, la numeración indiciaria permite designar bajo un solo número la legislación o la reglamentación del conjunto de una institución o de un mecanismo, lo que facilita su registro en los bancos de datos⁴. Sin embargo, esta numeración no eliminó completamente las dificultades de actualización, dejando subsistir los artículos con guión, impidiendo intercalar las modificaciones al comienzo de una subdivisión⁵. Sobre todo, ésta es compleja, y por consiguiente es fuente de error en las citas; su generalización en las codificaciones francesas contemporáneas ha sido, con frecuencia, objeto de

¹. Como lo demuestra el ejemplo del Código del trabajo ya señalado (cf. *Les critiques des rapporteurs du Nouveau Code du travail*, P. Reigné, art. citado, nº 12).

². JO, 22 de Junio de 2000, p. 9343.

³. A. Tunc, prefacio de la traducción del Uniform commercial code, A. Colin, 1971, p. 16.

⁴ Cf. Y. Guyon, *Le Nouveau Code de commerce et le droit des sociétés*, *Rev. soc.*, oct.- déc. 2000, p. 648: «los fanáticos de los números, en vez de hablar de SARL o de sociedades anónimas, podrán designarlas como las sociedades de los artículos L. 223 y de los artículos L. 225. Por su parte, los bancos de datos podrán inventariar bajo estas cifras las informaciones concernientes a estas sociedades».

⁵. Cf. a propósito del Código de propiedad intelectual, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 187, lo que puede tener consecuencias de fondo: «Las novedades estructurales son por tanto, condenadas a estar relegadas en el final, lo que puede presentar inconvenientes cuando se trata de prescripciones generales».

críticas¹, la *Commission supérieure de codification*, no dudó en reconocer su complejidad² y trató, en la medida de lo posible, de evitar la «des-numeración»³. Es necesario constatar en retrospectiva, que la doctrina y la jurisprudencia muestran poca diligencia en este sentido, prefiriendo citar las leyes antiguas⁴. Esta complejidad parece incluso empeorar, más si por otro lado contribuye a reabsorber ciertas ambigüedades, por la adición de números dentro de ciertos artículos: I, II, III, etc. para los párrafos, y 1,2,3, etc. para los subpárrafos⁵.

Las mismas dificultades de elección de técnica de codificación se presentan a propósito del contenido del código.

¹. «El sistema de numeración de los artículos es agobiante y... complica, ya que no facilita la consulta y la memorización». (J. M. Mousseron y J. Schmidt, *D*, 1993, Somm 375, a propósito del Código de propiedad intelectual). *Adde*: V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 183).

². Cf. Onzième rapport annuel, 2000, ed. *JO*, 2001, p. 24: «Es cierto que, será necesario un cierto tiempo para que los usuarios puedan adaptarse, al nuevo plan y a la nueva numeración de los artículos, que contienen a lo menos cinco cifras, en razón de la división en secciones» (a propósito del Código de salud pública).

³. Onzième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. *JO*, p. 44.

⁴. P. Malaurie, Les enjeux de la codification, *AJDA*, 1997, p. 642.

⁵. Cf. por ejemplo, para el Código de comercio, F. Perochon, Des difficultés des entreprises, *Dr. Et patr.*, n° 95, julio-agosto 2001, p. 88.

4 – Elección de un contenido

Elegir el contenido de un código, es determinar su ámbito (I), pero también sus fronteras (II), para garantizar su efectividad (III).

I – ÁMBITO DE UN CÓDIGO

Muchas preguntas se plantean: ¿Un código puede contener todo el derecho (1)? ¿Todas las materias pueden ser codificadas (2)? Respecto de una materia considerada individualmente, ¿es posible codificar todas sus fuentes (3)? ¿Un Código debe contentarse con enunciar reglas generales o debe extenderse a una reglamentación de detalle? (4).

1 ¿Todo el derecho?

¿Un código puede abarcar todo el derecho? El deseo de exhaustividad, inherente a la codificación¹, a veces es llevado al paroxismo, entonces la codificación es concebida para abrazar no solamente el conjunto de un área del derecho, sino que el derecho en su totalidad. Esta es la opinión, ya enunciada,

¹. Cf. *supra*, p. 105 y ss. (efecto de completitud).

de Bentham, quien sueña con un código universal, el Pannomion¹. Pero quien mucho abarca poco aprieta y Bentham no redactó ningún código, si no es por un código constitucional que fue letra muerta. Sus proyectos pertenecen al terreno de lo utópico, como lo demuestra el fracaso de sus ofertas de servicio como codificador ante diferentes Estados.²

A lo largo de la historia, ciertas codificaciones han perseguido este objetivo de exhaustividad. Así, el *Svod Zakonov*, de la Rusia zarista del siglo XIX, es concebido como una codificación única y *cuasi* universal, de reglas de derecho público y de derecho privado, contenidas en 16 grandes tomos³. Este tipo de «codificaciones sistemáticas»⁴ gozan hoy de cierta popularidad: particularmente en Francia, el vasto movimiento de codificación emprendido, que se extiende a numerosas áreas del derecho, tiene como objetivo explícito la exhaustividad, el conjunto del derecho francés debería ser reunido en una sesentena de códigos⁵. Como un parlamentario, también universitario, declaró con cierto chovinismo: «Si el programa gubernamental es llevado a término, seremos el único país del mundo en disponer de una codificación total del conjunto del derecho. Esto significa que, en adelante, ningún legislador, en ningún país, hará la más mínima reforma sin referirse a lo que han hecho los franceses...»⁶. Este afán de exhaustividad también parece condenado a mantenerse en el terreno de la utopía⁷. La amplitud de la tarea pareciera ser desmesurada, como lo demuestra el retraso de la *Commission supérieure de codification* respecto del programa que ésta misma definió, obligando a retardar

¹. Cf. D. Baranger, Bentham et la codification, *Droits*, 198, nº 27, p. 19 y ss., específicamente p. 25.

². Cf. *supra*, p. 217.

³. P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. 2, nº 880.

⁴. Según la fórmula de M. Braibant, La problématique de la codification, art. citado, p. 172.

⁵. *Ibid.*

⁶. P. Gélard, *JO Sénat CR*, 13 octobre 1999, p. 5089.

⁷. Cf. D. De Bechillon, L'imaginaire d'un code, *Droits*, nº 27, 1998, p. 176, que habla de «la dimensión un tanto eufórica de tal esperanza». *Adde*: C. Jamin, comentando los propósitos de M. Gélard citados en la nota precedente, que alude a la «locura cartesiana» (*RTD civ.*, 2000, p. 185).

el plazo¹. Los códigos son adoptados con precipitación, plagados de todo tipo de errores, incluidas faltas ortográficas². Es más, el principio de exhaustividad parece singularmente maltratado, puesto que numerosas fuentes del derecho son marginadas de este movimiento de codificación³. Finalmente, este conjunto de códigos resulta igualmente incapaz de resistir el paso del tiempo, no pudiendo, por parafrasear a Portalis, preverlo todo. Ante una nueva ley que no pertenece al campo de uno de los códigos ya existentes, el legislador puede, ya sea, integrarla a uno de esos códigos, deteriorando su unidad lógica; o mantenerla, al menos temporalmente, no codificada, y la exhaustividad de la codificación, por tanto, deja de existir⁴.

Resta entonces asignarle al código un ámbito propio. Los códigos antiguos constituyen un cajón de sastre de normas penales, civiles, fiscales o constitucionales, cuando no llegan al extremo de contener preceptos religiosos. Este agrupamiento desordenado de materias, perdura hasta el siglo XVII, como lo demuestra por ejemplo el *Code Michault* de 1629; será necesario esperar hasta el siglo XVIII para que la unidad material del código se imponga. La Filosofía de la Ilustración, con frecuencia llevó a proponer un código único de leyes, código único que, por ejemplo, se mantiene como modelo en los países nórdicos⁵. Los códigos bávaros, penal de 1752, judicial de 1753, civil de 1759, son los primeros en aplicar racionalmente una división por materias de las normas a codificar. Tal división es recogida por los codificadores napoleónicos a través de la promulgación de cinco códigos, los mismos cinco códigos fundamentales que se encuentran en numerosos países de la familia romano-

¹. Cf. G. Braibant, préface au Dixième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. JO, 1999, p. 3.

². Cf. *supra*, p. 196, n. 3.

³. Cf. *infra*, p. 261 y ss.

⁴. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 17.

⁵. Cf. les codes danois de 1683, norvégien de 1687, suédois et finlandais de 1734 (cf. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes...*, op. cit., p. 83).

germánica¹. Tal división por materia se impone, de manera unánime, hoy en día².

Surge entonces la pregunta respecto de las materias que pueden ser codificadas.

2. ¿Todas las materias?

Si es posible, al menos de manera preliminar, establecer una presunción simple de «*codifiabilité*»³, toda materia es entonces, *a priori*, codificable; sin embargo, ¿existen ciertas materias respecto de las que, por excepción, no es conveniente su codificación?

De esta manera, se ha dudado sobre la conveniencia de codificar materias muy «jóvenes». La vida de un cuerpo de normas jurídicas, a semejanza de la vida humana, pasaría de la niñez a la juventud, luego a la madurez y por último, a la vejez. La codificación es deseable cuando la norma jurídica alcanza cierta madurez: «Es necesario esperar que el cuerpo de normas en cuestión haya legitimado su individualidad, definido su propio ámbito, consolidado su especificidad técnica y sus principios originales»⁴. Una codificación precoz podría perturbar la evolución de las normas jurídicas codificadas o podría estar condenada al fracaso. Así se explicaría, por ejemplo, el poco éxito del Código del trabajo elaborado en Francia a principios del siglo XX⁵. El argumento es igualmente evocado para explicar el poco interés de los redactores del Código civil francés respecto del derecho internacional privado, o el fracaso de las posteriores tentativas de codificación, en particular, el proyecto

¹. *Ibíd.*

². Aunque plantee problemas de delimitación de las fronteras de un código, o entre varios códigos, (cf. *infra*, p. 271 y ss.).

³. N. del T.: neologismo que alude a la aptitud de ser codificada.

⁴. F. Terré, *Les problèmes de la codification...* art. citado, p. 180.

⁵. Cf. P. Durand, *La codification du droit du travail*, citado por F. Terré, *Les problèmes de la codification...*, art. citado, p. 179.

de Niboyet de 1954 realizado en el marco de la *Commission de réforme du Code Civil*¹. También se ha mencionado la juventud del derecho administrativo, en gestación, para explicar que no fuera tratado por las codificaciones napoleónicas².

La imposibilidad de codificar una materia muy compleja, también ha sido mencionada: la complejidad de una materia implicaría soluciones caso por caso, lo que la jurisprudencia permitiría mejor que un código. De esta manera, un autor escribió, a propósito del derecho internacional privado: «el carácter particularmente complejo de los problemas, requiere de una concepción de normas a partir del examen de casos concretos. A falta de esta guía, el espíritu humano, cualquiera sea su capacidad de abstracción, se arriesga a errar»³.

Asimismo, ciertas materias serían muy inestables como para poder ser oportunamente codificadas, su codificación corre el riesgo de ser casi instantáneamente obsoleta. Como cambiar una norma jurisprudencial es definitivamente más rápido que reformar un código, las materias más inestables deberían ser dejadas a la jurisprudencia. Este argumento fue utilizado respecto de los Códigos de derecho fiscal o de derecho administrativo especial⁴, incluso respecto del Código de derecho administrativo general⁵, o respecto de la codificación del derecho de la libre competencia⁶.

¹. D. Bureau, La codification de droit international privé, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beigneir, *op. cit.*, n° 12 y 34.

². T. Ducroq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1897, p. XV: «Para el derecho administrativo... a comienzos del siglo XIX, faltaban los elementos... De 1803 a 1810, la codificación del derecho administrativo era imposible. No se puede codificar un derecho en formación».

³. P. Mayer, Les réactions de la doctrine à la création de droit par les juges en droit international privé, in *Trav. Ass. Capitant*, t. XXXI, Economica, 1982, p. 388.

⁴. Cf. los autores citados por F. Terré, Les problèmes de la codification..., art. citado, p. 182.

⁵. Cf. S. Pinon, Codification et droit administratif: l'éternel rapport de force, *RRJ*, 1998, p. 587 y ss.

⁶. Cf. S. Poillot-Peruzetto, De la liberté des prix et de la concurrence: la codification du droit de la concurrence, *Dr. et patr.*, n° 95, julio-agosto 2001, p. 74: «El derecho de la libre competencia, ya se trate de disposiciones *antitrust*, o de prácticas restrictivas, es extremadamente cambiante e inestable», lo que debería haber conducido a los codificadores «a excluir la materia del perímetro de la codificación».

En realidad, estas observaciones son válidas sólo para ciertas ramas del derecho, deben ser situadas en el marco de observaciones generales formuladas sobre el fenómeno de la codificación.

Si es posible observar que la codificación parece indiscutiblemente más sencilla para un cuerpo de normas en gestación, basta su inserción paulatina en una estructura lógica¹, entonces la codificación no necesariamente perturba una materia «joven»²; por el contrario, puede darle la madurez necesaria³. No es precisamente la juventud de una materia lo que se cuestiona, sí el hecho que una materia muy «joven» no sea apta para una codificación: ninguna crisis de superproducción legislativa que suscite la necesidad social de seguridad jurídica, requisito previo de toda codificación⁴, podría incluirla. Si retomamos el ejemplo del derecho internacional privado: ¿no es razonable sostener en 1804, o más aún en los años 1950, tras la presentación del proyecto Niboyet, que la materia haya sido muy joven! Más bien, en 1804 o incluso en 1954, el estado de desarrollo de las relaciones internacionales privadas no había engendrado aún reglas bastantes enrevesadas y confusas, como para hacer nacer una verdadera necesidad social de codificación⁵.

Asimismo, una materia no puede ser demasiado compleja para ser codificada, en efecto, una de las funciones de la codificación es, precisamente, intentar remediar esa complejidad. Como bien se ha escrito, «no existe una antinomia entre la complejidad de una norma de derecho y su expresión codificada. Un código no es necesariamente una obra reductora en el sentido

¹. Cf. a propósito del derecho administrativo, G. J. Guglielmi, L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX siècle, *Annuaire d'Histoire administrative européenne*, 1996, nº 8.

². El criterio de la «juventud» de una materia, por otro lado, no es para nada preciso: «La juventud de un derecho llama cada vez más la atención de la doctrina, no por la ausencia de textos, por el contrario, por la proliferación... entonces nos preguntamos si la codificación no es aún más necesaria respecto de un derecho joven, que respecto de un derecho viejo» (F. Terré, *Les problèmes de codification...* art. citado p. 181).

³. Cf. a propósito del Código del trabajo, A. Jeammaud, La codification en droit du travail, *Droits*, 1997, nº 26, p. 168: «El código del trabajo -el primero, más que el actual- sin duda favoreció, por su sola existencia, el reconocimiento del derecho del trabajo como una rama del orden jurídico».

⁴. Cf. *supra*, p. 68 y ss.

⁵. Comp. D. Bureau, La codification du droit international privé, art. citado, nº 12 y 34.

peyorativo del término. Puede servir para expresar realidades complejas»¹. De esta manera, a propósito del derecho internacional privado, un autor observa: «Nada se opondría a que esta jurisprudencia sea formulada en una o varias proposiciones generales»².

En cuanto a las materias demasiado inestables, observamos en términos generales que todo código está destinado a una vida efímera, lo que ha llevado, a veces, a cuestionar la utilidad de la codificación³; sin embargo existen remedios para atenuar este riesgo⁴. En cualquier caso, endosar estas materias reputadas inestables a la jurisprudencia, sólo puede reforzar esta inestabilidad, dado que ésta no deriva únicamente de su carácter pretoriano. Por otra parte, resulta sintomático que respecto de estas materias, supuestamente destinadas exclusivamente a un tratamiento jurisprudencial, se escuchen a menudo voces que reclaman una codificación. Por ejemplo, Mazeaud y Tunc, al constatar que «nuestro derecho de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas ya no es derecho codificado, pero un derecho *cuasi* judicial», levantan sus voces en favor de una codificación para luchar contra el «esoterismo»⁵.

La codificación del derecho administrativo ilustra bien los límites de esta supuesta imposibilidad de codificación de una materia «joven» y compleja. Si el derecho administrativo no estaba codificado en la época napoleónica, sin duda es porque la materia no parecía lo suficientemente desarrollada para generar la inseguridad jurídica que un código hubiera podido remediar. Al devenir la materia más densa y compleja a lo largo del siglo XX, la necesidad de codificación se hace entonces presente: a comienzos de siglo, un autor pudo observar en este sentido que «todas las causas históricas que retardaron su (de la codificación) advenimiento, han desaparecido..., las mismas razones que han

¹. J.-L. Baudouin, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit*, *Mélanges J.-G. Sauveplane*, Kluwer, p. 21.

². H. Muir Watt, *La codification en droit international privé*, *Droits*, nº 27, 1998, p. 155.

³. Cf. *supra*, p. 114 y ss.

⁴. En este sentido, F. Terré, *Les problèmes de la codification...*, art. citado, p. 182.

⁵. H. y L. Mazeaud y A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6º ed., nº 2764.

determinado la codificación de otras áreas de nuestro derecho nacional, justifican hoy la redacción de un código administrativo»¹. Los códigos privados son los primeros en responder a esta necesidad, los editores Dalloz o Litec publican cada uno un Código administrativo. Los poderes públicos hoy pisan sus talones: entre otros, un Código de justicia administrativa, sección legislativa y reglamentaria, acaba de ser adoptado², mientras se prepara un Código de la administración³. El carácter «joven» o complejo del derecho administrativo sigue siendo invocado en contra de su codificación por ciertos autores⁴, cuya reticencia se justifica quizás por la fuerte inercia de la costumbre que caracteriza a menudo a los juristas⁵...

Parece entonces que ninguna materia puede ser excluida *a priori* de una codificación, pero si se considera cada materia individualmente, ¿se pueden codificar todas las fuentes del derecho?

3. ¿Todas las fuentes?

Para la visión positivista, nacida en el siglo XIX, el código parece inseparable de la idea de ley, al punto que código y ley sólo se diferencian por una cuestión de volumen; el código no es más que un conjunto de leyes⁶. Esta visión parcial es errada por la posición predominante de la ley entre las fuentes del derecho, desde el triunfo del positivismo, en el sistema romano-germánico.

¹. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^o ed. 1905. Adde: G. Vedel, *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, *EDCE*, 1979-1980, p. 80.

². Ordenanza n^o 2000-387, decretos n^o 2000-388 y 2000-289 de 4 de mayo 2000, *JO* de 7 de mayo 2000.

³. Dixième rapport annuel de la Commission supérieure de codification, ed. *JO* 1999, anexe 3, p. 67.

⁴. Cf. Serigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure contentieuses administratives dans les rapports avec le droit civil*, 2^o ed., p. IX: «Yo no había sido seducido aún por la quimera alimentada por aquellos que sueñan con un código administrativo; sin embargo mi próximo trabajo me revelaría la falsedad de esta idea, que sólo podía nacer en la mente de personas completamente ajenas a esta rama del derecho».

⁵. Acerca de esta fuerza de inercia, cf. *supra*, p. 87.

⁶. Cf. *supra*, p. 59, las definiciones de código nacidas del positivismo.

Esto se debe a que el contenido de un código refleja la importancia respectiva de cada fuente del derecho.

La Historia demuestra que no siempre se codificaron leyes¹. El Código de Hammurabi es presentado, por algunos respetados especialistas de las civilizaciones mesopotámicas, como una recopilación de decisiones jurisprudenciales²; mientras que durante el Imperio romano el *Corpus juris civilis* codifica, entre otros, opiniones doctrinales. En la Edad Media, la codificación adquiere la forma de redacción de costumbres, y ciertos códigos del Antiguo Régimen reúnen decisiones judiciales, como el *Code des Décisions forenses* publicado en 1612 por el presidente des Brosses. Asimismo, las diferentes tentativas de codificación en Inglaterra abordan, cualquiera sea el periodo, la jurisprudencia.

Planteado el asunto y entendiéndolo bajo la perspectiva de la supremacía de la ley, que dominan hoy los países de sistema romano-germánico, ¿es posible codificar las otras fuentes del derecho?

Es lo que buscan las editoriales privadas de hoy al publicar sus códigos, recopilaciones de textos supranacionales, legislativos y reglamentarios, selecciones de decisiones jurisprudenciales, incluso referencias doctrinales. Esta cuestión no presenta dificultades respecto de las codificaciones-modificación, las normas codificadas cambian su valor normativo mediante su integración a un artículo del código. Así, por ejemplo, las codificaciones consagran frecuentemente soluciones ya establecidas por los tribunales. El fenómeno es conocido desde el Código de Hammurabi hasta la actualidad: en el Código civil francés³, o en el nuevo Código civil de Quebec, sólo por dar dos ejemplos. Las dificultades surgen respecto de una codificación-compilación en

¹. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, op. cit., n° 123.

². J. Bottéro, *Mésopotamie, L'écriture, la raison, les dieux*, Folio-Histoire, 1987, p. 284 y ss., específicamente p. 298 y ss.

³. Ejemplo: artículo 1434, al 2 NCPC que consagra la reutilización *a posteriori* en el régimen legal, es el reestablecimiento de Req., 17 de mayo 1938, *D*, 1938, 1, 73, nota Pilon; *S*, 1939, 1, 137, nota Morel (cf. R. Cabrillac, *Les régimes matrimoniaux*, Domat, Montchrestien, 4° ed. 2002, n° 158).

lo concerniente a las normas de origen jurisprudencial, los actos de autoridades administrativas independientes, las normas supranacionales o los principios generales.

En las codificaciones-compilación oficiales, la integración de reglas jurisprudenciales parece imposible, no por su naturaleza fluctuante y esquiva, como se destaca a veces, sino porque esta integración modificaría su naturaleza, lo que sería contrario a la noción misma de compilación. En este sentido, observó un autor, a propósito de las codificaciones francesas de derecho constante, «incorporar en la ley una regla de origen puramente jurisprudencial, es modificar su autoridad jurídica desplazando la frontera entre lo que proviene de una elección del Parlamento y lo que pertenece al poder de interpretación del juez»¹. Aquí reside, por cierto, una paradoja ineludible de la codificación contemporánea francesa de derecho constante, puesto que la exclusión de normas de origen jurisprudencial constituye, en efecto, un singular revés a la voluntad de codificar el conjunto del derecho existente: como un autor constató a propósito del Código de consumo, observación que tiene alcance general: «¿Es posible realmente comprender el estado del derecho existente, tener una visión completa de éste, ignorando los múltiples aportes de la jurisprudencia?»².

Sin duda, esto explica que los codificadores franceses contemporáneos no se refieran a esta cuestión, y a veces procedan a encubrir la mediante codificaciones de soluciones jurisprudenciales. Así, por ejemplo, el artículo L. 463-7 del Código de comercio, relativo a la organización de las sesiones del *Conseil de la concurrence*³, añade en el párrafo 4 una disposición que limita la asistencia al fallo: «Salvo cuando el *Conseil* resuelva sobre prácticas que

¹. Y. Robineau, À Propos des limites d'une codification à droit constant, *AJDA*, 1997, p. 657.

². D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1993, p. 293, n° 10.

³. N. del T.: autoridad administrativa independiente encargada de luchar contra prácticas contrarias a la libre competencia y de estudiar el funcionamiento de los mercados.

conoce en aplicación del artículo L. 462-5», solución que emana de un fallo de la Sala con competencia en materia comercial de la *Cour de cassation* de 5 de diciembre de 1999¹. El método de derecho constante parece suficientemente maltrecho, por imperfecciones que le son inherentes, como para que los codificadores agreguen distorsiones flagrantes del principio fundamental que debe guiar su tarea.

La eventual codificación de los actos de autoridades administrativas independientes, evocada por codificadores contemporáneos, es descartada por éstos, puesto que la decisión de codificar «pertenece a la propia autoridad, en razón de su status independiente»². Esto sugiere una codificación alejada de sus propias reglas, pero fundada en principios idénticos a fin de facilitar su legibilidad para los usuarios.

La eventual codificación de normas supranacionales ha devenido un objetivo de creciente importancia en razón de la internacionalización de las relaciones humanas. La cuestión sobre la codificación del derecho comunitario se plantea en términos apremiantes para los Estados miembros de la Unión Europea, la porción de derecho comunitario dentro de su ordenamiento jurídico no deja de aumentar. La codificación de normas supranacionales parece oponerse al principio fundamental de la jerarquía de las normas, reforzado, tratándose del derecho comunitario, por el principio de primacía sobre el derecho interno. En Francia por ejemplo, la codificación legislativa de textos internacionales parece difícil de concebir, puesto que el artículo 55 de la Constitución les confiere un valor supralegislativo. La incorporación de estos textos a un código no inhibiría su carácter supranacional, en consecuencia la

¹. Cf. S. Poillot-Peruzetto, De la liberté des prix et de la concurrence: la codification du droit de la concurrence, *Dr. et patr.*, n° 95, julio-agosto 2001, p. 80, repudia este hecho: «Su codificación no era necesaria puesto que se trataba de un fallo de la Corte de casación, y no de una ley ».

². Circular de 30 de mayo 1996, citada, art. 2.2.1.

misma norma tendría dos formulaciones, de diferente fuerza jurídica, susceptibles de suscitar interpretaciones diferentes o seguir distintas evoluciones, solución bien poco racional. Además de este argumento de carácter general, es necesario considerar los inevitables problemas técnicos que suscitaría una codificación nacional de derecho comunitario. Una materia específica, construida sobre conceptos fundamentales, que no pertenecen necesariamente a una cultura jurídica nacional, con frecuencia son irreductibles ante las divisiones internas: ¿en que código, por ejemplo, deben figurar los principios de libre circulación de los bienes y de las personas? ¹ Los codificadores franceses contemporáneos de derecho constante, por ejemplo, han observado este obstáculo dirimente derivado de la jerarquía de las normas: «Pese a su importancia, las normas de derecho comunitario derivado... no pueden ser codificadas jurídicamente en el derecho nacional... no es posible distinguir entre una competencia para dictar la norma y una competencia para codificarla»².

¿Es posible concebir paliativos para eludir este obstáculo e incluir normas internacionales en un código?

Considerando una eventual codificación del derecho internacional privado, la doctrina ha hecho varias propuestas, a decir verdad, bastante satisfactorias³. La codificación podría prever expresamente una cláusula de reserva general respecto de las convenciones internacionales, ésta fue la solución adoptada por el proyecto francés de Código de derecho internacional privado de 1967⁴; sin embargo la aplicación de normas internas bajo reserva de textos internacionales, emana de la jerarquía de las normas sin necesidad de mayores precisiones, y no permite más que una simple mención de la

¹. S. Peruzetto, La codification du droit communautaire, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 145, específicamente p. 160.

². Circular de 30 de mayo 1996, citada, art. 2.2.1

³. Acerca de estas técnicas, cf. D. Bureau, La codification du droit international privé, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 133, n° 35.

⁴. Ejemplo: art. 2282 del Código previsto por el proyecto: «Las normas francesas de derecho internacional privado sólo se aplican bajo reserva de tratados diplomáticos en vigor».

existencia de un texto internacional sin recoger todo su contenido. El código también podría establecer un reenvío a las disposiciones de una convención internacional, como dispone con frecuencia el derecho suizo¹, pero esta técnica de reenvío, concebible para una materia cuyo ámbito de aplicación es limitado, no parece apropiada para un tratado con múltiples disposiciones conectadas con el derecho interno, impidiendo de todas formas la integración del contenido de la norma internacional.

Una presentación de normas internacionales podría entonces, encontrarse en un anexo simple de cada gran subdivisión del código. Esta opción fue considerada por los codificadores franceses contemporáneos de derecho constante, apoyada por las autoridades políticas² en primera instancia y querida por la propia *Commission supérieure de codification*³; la idea consiste en establecer, tal como las secciones legislativas y reglamentarias, una sección comunitaria, donde consten los reglamentos y directivas que conciernen la materia e incluirla en la parte final del código. Este anhelo parece perdurar aún⁴, pero es forzoso constatar que no se ha concretado⁵, sin duda, por múltiples razones. Algunas son extrañas a las propias técnicas de codificación: por ejemplo, anexos de derecho comunitario habrían puesto a la *Commission* a verificar la transposición de directivas y de esta manera «el codificador celoso habría apuntado con el dedo al legislador negligente»⁶, consecuencia no deseada por los poderes públicos. De manera más fundamental, la *Commission supérieure de codification* parece temerosa de suscitar una confusión entre la

¹. Ejemplo: art. 49 de la ley de 18 de diciembre 1987: «La obligación de alimentos entre cónyuges se rige por la Convención de La Haya de 7 de noviembre 1973, relativa a la ley aplicable a las obligaciones de alimentos».

². Cf. M. Rocard, Discurso de 7 de noviembre 1989, in *Rapports d'activité de la Commission supérieure de codification*: «A las tres secciones tradicionales L, R y D, quizás sea necesario considerar agregar una cuarta: E por Europa, cada vez que esto sea posible, porque es un hecho que el derecho comunitario ya ocupa un lugar esencial, ira en aumento, y es nuestro derecho».

³. Cf. por ejemplo, *Rapport d'activité de la Commission supérieure de codification*, 1990-1992.

⁴. Cf. la circular de 30 de mayo de 1996, citada art. 2.2.1, que propone anexas el derecho comunitario a los códigos nacionales, a modo informativo para los usuarios.

⁵. Acerca del Código de la Propiedad intelectual, análisis de V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 31.

⁶. *Ibid.*, p. 30.

tarea que le ha sido encomendada y la que corresponde a simples editores privados¹. Este escrúpulo nos parece justificado, pero no es compartido por la mayoría de la doctrina². La cuestión ilustra las dificultades de una codificación-compilación oficial, que compite con editoriales privadas aventajadas por un mayor grado de libertad que les permite obtener buenos resultados, este argumento podría conducir a un cuestionamiento de estas codificaciones-compilación oficiales³.

Ante la imposibilidad de verdaderamente integrar el derecho internacional a un código nacional, autores han señalado la inutilidad de una codificación respecto de materias, en que éste juega un rol esencial, como el derecho internacional privado⁴. La misma imposibilidad de codificar el derecho comunitario, también hizo dudar a algunos sobre la oportunidad de la empresa de codificación contemporánea en los países miembros de la Unión Europea⁵. En efecto, esta imposibilidad constituye un indiscutible y nuevo obstáculo a la expresa voluntad de elaborar una codificación exhaustiva, puesto que esta característica conlleva el riesgo de dar a los usuarios profanos del código, la equívoca impresión de conocimiento total de la materia. Pero este dogma de exhaustividad de la codificación no tiene valor imperativo. Una codificación nacional puede remediar al menos parcialmente la crisis de las fuentes internas del derecho, mientras por su parte una codificación internacional juega el mismo rol a su nivel⁶. Una codificación nacional puede ser emprendida en paralelo a

¹. De esta manera, un autor, proponiendo la elaboración por la *Commission supérieure de codification* de códigos «oficiosos», recopilación de legislaciones comunitaria siguiendo el perímetro y el orden de los códigos nacionales, observa que sería difícil «evitar confusiones entre códigos oficiales y oficiosos a los ojos de los usuarios». (S. Mangin, La codification du droit communautaire, AJDA, 1997, p. 683. Comp. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 29.

². A propósito del Código de la propiedad intelectual, cf. V.-L. Benabou y V. Varet, in *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 31 y 198; a propósito del Código de consumo, cf. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1994, 293.

³. Cf. *infra*, p. 305.

⁴. Cf. los autores citados por D. Bureau, La codification du droit international privé, art. citado.

⁵. Cf. por ejemplo, a propósito de la recodificación de derecho comercial, B. Oppetit, *Essai sur la codification*, op. cit., p. 40.

⁶. *Contra* B. Oppetit, *Essai sur la codification*, op. cit., p. 68: «¿Cómo un mismo país puede embarcarse en dos procesos distintos para regular, sin embargo, los mismos temas?»

una codificación al seno de la Unión Europea, pudiendo ésta última exigir, dentro de un plazo relativamente breve, su substitución en los códigos nacionales¹. En cualquier caso, el desarrollo de fuentes internacionales del derecho puede conducir a un cuestionamiento de las concepciones tradicionales de la codificación².

Finalmente, una codificación de principios generales aplicables a una materia, también parece generar importantes objeciones. El lugar de los principios generales dentro de la jerarquía de las normas no está determinado con precisión. Esta codificación podría enfrentarse respecto de algunos de estos principios al argumento ya invocado para las normas supranacionales: el respeto al principio de la jerarquía de las normas³. A esta objeción general, válida para toda codificación, se agrega una objeción propia de las codificaciones-compilación: en la mayoría de los casos, los principios generales no están escritos, y codificarlos supondría su redacción, lo que resulta incompatible con la realización de una simple compilación. Sin duda, esto explica que los codificadores franceses contemporáneos de derecho constante no hayan nunca mencionado una eventual codificación de los principios generales.

La mención de los principios generales conduce naturalmente a la cuestión del grado de generalidad de las prescripciones incluidas en un código.

4. ¿Reglas generales o reglamentación de detalle?

¿Hasta qué nivel de detalle debe llegar un código? ¿Un código debe ser general o casuístico? La cuestión parece haber sido magistralmente resuelta

¹. Cf. C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D*, 200, p. 82.

². Cf. *infra*, p. 305.

³. Comp. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 33. Cf. igual. G. Timsit, La codification, transcription ou transgression de la loi?, *Droits*, n° 24, 1996, p. 83 y ss., específicamente p. 101.

por Portalis, quien sin duda hizo eco de los propósitos de Aristóteles¹ o de Leibniz²: «El deber de las leyes es fijar, con gran perspectiva, las máximas generales del derecho; establecer principios fecundos en consecuencia, y no llegar al detalle de las preguntas que pueden surgir en cada materia»³.

El Código civil francés de 1804 se esfuerza en respetar estos principios, planteados por uno de sus más ilustres redactores. Pero, probablemente, es el Código civil suizo de 1912 el que más se aproxima, contentándose con trazar, dentro de un marco flexible, directrices fundamentales cuya aplicación práctica es entregada a la jurisprudencia⁴, como lo prueba su volumen relativamente limitado, sólo 977 artículos⁵. El Código civil quebequés de 1994 también se inscribe con fortuna en esta tradición francesa, limitándose a reglas de alcance general, sin por tanto renunciar a exponer las consecuencias prácticas fundamentales que se derivan⁶. Rechazando la posibilidad de reglamentar todo en detalle y conservando sólo enunciados generales, estas codificaciones buscan así, cumplir mejor el propósito de abarcar todo: elaborar un código concebido como un mundo acabado que se basta a sí mismo⁷.

Paradójicamente, otras codificaciones persiguen el mismo objetivo, privilegiando un procedimiento técnico opuesto, desarrollando una avanzada casuística. Ya en la Antigüedad, numerosos códigos, como el Código de Hammurabi, intentan abarcar con detalle todas las hipótesis susceptibles de presentarse en la práctica. Las codificaciones germánicas llevan al paroxismo

¹. «En materia de organización política, es imposible codificar todo con precisión; las reglas escritas son forzosamente generales; las acciones, por su parte, se refieren a casos particulares» (Politique, citado por J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 222).

². De la justice et du nouveau code (1678 ?): el código debe «abarcar la inmensa multitud de leyes, con claridad y en pocas palabras; a fin de que la memoria de los hombres no se vea sobre cargada, y el entendimiento no sea fluctuante, a causa de la incertidumbre de las opiniones. Y, de esta manera, el derecho será finalmente acabado y cierto» (APD, 1986, t. 31, p. 358, trad. R. Sève).

³. Discurso preliminar ante el Consejo de Estado, in *Naissance du Code civil*, op. cit., 42.

⁴. Cf. F. Génay, *La technique législative...*, art. citado, p. 1013, y la comparación con el BGB.

⁵. Aunque el volumen de un código puede traducir a veces otros imperativos. Por ejemplo, si el Código civil japonés no comporta más que 1044 artículos, sin duda, es en razón de la hostilidad tradicional de los japoneses hacia el derecho (cf. N. Rouland, *Introduction historique du droit*, op. cit., n° 18).

⁶. Cf. por ejemplo, J.-L. Baudouin, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit*, *Mélanges J.-G. Sauveplane*, Kluwer, p. 23.

⁷. Sobre este propósito, cf. *supra*, p. 105 y ss.

este procedimiento, quizás marca del espíritu analítico del pueblo alemán, celoso de prever y organizar todo¹.

El resultado puede ser grotesco: el ALR prusiano de 1794 constituye un «monstruo legislativo»² de 19.208 artículos, manifiestamente animado por el demonio de la casuística, que trata de regular todo y de prever todo: al menos cinco artículos están consagrados a la situación de los hermafroditas, y no duda en prescribir, ¡cuánto tiempo una madre debe amamantar a su hijo! El propio rey no escondió su sorpresa ante este código desmesurado: «Pero es muy largo, y las leyes deben ser cortas»³, tampoco los comentaristas de la época escatimaron sus críticas⁴.

El BGB evita la ridiculez de los excesos de su predecesor prusiano. Está habitado por un incuestionable espíritu sistematizador, pero también se esfuerza en ser exhaustivo, intentando regular, sin omisión alguna, todos los casos concretos mediante disposiciones abstractas: numerosas soluciones específicas son dictadas para cuestiones de incidencia práctica discutible y que sólo excepcionalmente se transforman en contenciosas. De esta manera, los § 867 y 1005 del BGB regulan el derecho de sucesión del poseedor de una cosa mueble sobre el terreno de un tercero, sobre esto se dijo que, no podía más que concernir la suerte «de una pelota de tenis perdida»⁵. Como de hecho se observó, el éxito duradero del BGB no parece ser una consecuencia de esta reglamentación puntillista, sino por el contrario, se debe a la consagración de

¹. Comp. la presentación histórica y más matizada de V. Laserre-Kiesow, tesis citada, p. 75 y ss.

². E. Agostini, *Droit comparé*, PUF, «Droit fondamental», 1988, n° 94, *Adde* igual., P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolff, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 2, n° 442: «El resultado es una casuística incoherente, saturada, casi inextricable por sus distinciones y subdivisiones».

³. Citado por J. Gaudemet, *Les naissances de la loi*, *op. cit.*, p. 199.

⁴. Cf. J. E. D. Bernardi, *Nouvelle théorie des lois civiles*, Paris, 1801, prefacio, p. II: «Las definiciones, al igual que las normas, están casi siempre recargadas por una sobreabundancia de palabras, envueltas por un cierto sesgo metafísico, que sin duda se sostiene en el carácter del idioma alemán, pero que respecto de las ideas produce el mismo efecto que la neblina sobre los objetos materiales que envuelve».

⁵. M. Pédamon, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 36. Otro ejemplo, *ibíd.*, p. 38, el § 118 dispone que: «Una declaración de voluntad carente de seriedad, emitida con la expectativa de que su falta de seriedad no sea desconocida es nula», casi no tiene aplicación práctica. *Adde*: P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, *op. cit.*, t. 2, n° 442.

cláusulas generales, que corresponden en parte a nuestros estándares, lo que facilitó su interpretación evolutiva por el juez¹.

Un «código extremadamente detallado» fue propuesto por autores flamencos como modelo para el Código europeo de contratos, un código que intenta aprehender el conjunto de la materia en más de cien mil artículos, a fin de establecer una regulación perfectamente uniforme, y así eliminar todo riesgo de divergencias al seno de la Unión europea².

Este afán puntillista también parece estar presente en las codificaciones asiáticas, como lo percibió Ihering al comparar el derecho romano y el derecho chino³: los códigos son concebidos como verdaderos catálogos que deben aplicarse en cada caso por jueces-administradores. Cuidado excesivo que es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la falta de separación de poderes en el mundo político asiático⁴, que contrasta con cierto escepticismo respecto de la codificación humana incapaz de prever todo, a diferencia de la Naturaleza⁵.

Los principios enunciados por Portalis han influido algunos de nuestros códigos más recientes, como el Código de procedimiento civil de 1975, pero hoy en día, éstos parecen bastante olvidados por los codificadores franceses contemporáneos de derecho constante. Como se observó: «Los códigos recientes muestran una preocupación progresiva por aprehender lo real y de contener dentro de las redes del derecho escrito, una realidad jurídica que,

¹. Cf. *supra*, p. 120.

². G. de Geest, Universidades de Utrecht y de Gand, *Towards an (extremely detailed) International Standard Code*, Colloque Leuven, 2001, ronéo. Adde: P. Malaurie, *Le Code civil européen des obligations et des contrats*, *JCP*, 2002, I, 110.

³. «La relación existente entre un código concebido casuísticamente y un derecho reducido a su forma lógica, es la misma que existe entre el idioma chino y el nuestro. Los chinos tienen para cada idea un símbolo particular, la vida entera de un hombre apenas basta para conocerlos todos, y las nuevas ideas primero requieren de la invención de nuevos símbolos. Nosotros, al contrario, poseemos un reducido alfabeto mediante el cual podemos construir y deconstruir todas las palabras. Es fácil de aprender y no falla. Un código casuístico contiene una multiplicidad de símbolos para casos particulares determinados. Un derecho reducido a sus elementos, por el contrario, nos ofrece un alfabeto del derecho, mediante el cual es posible descifrar todas las nuevas modalidades de la vida, por extraordinarias que están puedan ser» (R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Meulenaere, Maresq, 1877, p. 41).

⁴. Cf. B. Durand, *Introduction à Histoire de la codification juridique au Vietnam*, *Temps & Droits*, 2001, p. 9.

⁵. *Ibid.*, p. 8.

muchas veces, se esconde»¹. Esta preocupación nace da la inflación legislativa galopante, quizás unida a una falta de inspiración ideológica, que lleva a los codificadores a buscar una aparente seguridad jurídica, en el detalle de una reglamentación que pretende todo prever.

La búsqueda de mayor seguridad jurídica, ¿no depende, acaso, del regreso a los códigos de principios generales, más que a los códigos de reglamentación puntillista? De esta manera, se propuso para una recodificación del derecho comercial francés, consagrar en el nuevo código sólo los principios generales que rigen la materia². Asimismo, con el propósito de simplificar el derecho laboral y permitir que sus actores, trabajadores y empleadores tuvieran mayor participación en su definición, se propuso un «Código del trabajo de 100 artículos»³.

¿Pero tales códigos siguen siendo una utopía? Estos códigos tan breves, no son acaso el fruto de una urgencia –*qui veut faire vite fait bref*⁴– como el Código civil egipcio de 1875 o el Código civil de los Soviet de 1922, cuya incompletud fue criticada con precisión⁵; o, el fruto de un idealismo ingenuo, como por ejemplo, el proyecto de Código civil de 1794 elaborado por Cambacérès, compuesto solamente de 297 artículos, respecto del cual se dijo «era el índice de un código más que un código»⁶, su autor declaró lo siguiente: «Que sea en una palabra, con pocos textos que alcancemos esta unidad armónica que es la fuerza del cuerpo social, que dirige todos los movimientos en un pacto maravilloso, como las leyes simples de la creación guían nuestro camino y la armonía del Universo»⁷.

¹. F. Terré, Les problèmes de la codification..., art. citado, p. 199.

². B. Oppetit, *Essai sur la codification*, op. cit., p. 37.

³. A. Jeammaud, Un Code du travail allégé?, *Dr. Soc.*, 1993, p. 638, y La codification en droit du travail, art. citado, p. 171.

⁴. N. del T.: Quién quiera hacerlo rápido, lo hace breve.

⁵. Cf. Acerca de éste, P. Arminjon, B. Nolde y M. Wolf, *Traité de droit comparé*, op. cit., t. 3, n° 900.

⁶. F. Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification*, 1838, Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1989, p. XXIV.

⁷. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, p. 3.

En efecto, la realización de códigos de principios resulta ser al menos, delicada¹. ¿Cómo extraer esos grandes principios, o esas soluciones generales que merecen figurar en esos códigos y cómo asegurar concretamente su puesta en práctica, en particular su coordinación con reglas especiales? Más fundamental aún, ¿no se arriesga acaso, obtener recopilaciones de preceptos o conceptos, tan vagos, que están desprovistos de aplicación concreta?² ¿Un código de principios generales no arriesga acaso ser una simple colección de buenas intenciones desprovista de fuerza jurídica y aplicación práctica? Más allá de eso, Ihering demostró magistralmente que una generalización excesiva deviene inevitablemente una fuente de injusticia: «Desde el momento en que la generalización es relativamente importante, se produce un conflicto de la idea de igualdad consigo misma, o con la de injusticia, es decir, lo que es realmente desigual sea tratado como igual, porque la mínima diferencia que hace la desigualdad no está contemplada por la ley»³.

Si en la actualidad se promueve la elaboración de códigos de principios, esto es sin duda una reacción contra la proliferación de reglamentaciones de detalle, que parecen desnaturalizar el carácter general de la propia ley. Uno de los mayores desafíos de las futuras codificaciones consiste, indudablemente, en tender hacia el justo medio, al delicado punto de encuentro, entre generalidad y precisión⁴...

Otro, consiste en determinar las fronteras de un código.

¹. Acerca de estas preguntas, cf. de manera general, A. Viandier, *Légistique comparée*, Springer, 1988, p. 45 y a propósito del Código del trabajo, por ejemplo, cf. A. Jeammaud, La codification en droit du travail, art. citado, p. 171.

². Cf. P. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, JCP, 2002, I, 110, n° 7: «¿Cuál es la diferencia entre un principio y una regla? Suponiendo que exista alguna, ¿puede extraerse de una regla de derecho su carne y reducirla a su esqueleto? Sería aislarse de la realidad humana, enunciar disposiciones puramente conceptuales y alimentadas de abstracciones: un código intemporal de profesores europeos sin vínculos territoriales concretos, políticos ni nacionales y desligado de la realidad humana de hoy».

³. R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, op. cit., p. 91.

⁴. Cf. *infra*, p. 307.

II – FRONTERAS DEL CÓDIGO

La determinación del perímetro de un código (1) no resuelve todas las dificultades de delimitación entre códigos (2).

1. Perímetro de un código

El criterio que determina la unidad de un código basado en su delimitación en torno a una materia que progresivamente ha adquirido peso específico a lo largo de la Historia¹, no está exento de generar delicados problemas respecto de su perímetro, además de eventuales interferencias con otros códigos.

Una primera dificultad reside en que el criterio material, basado en divisiones jurídicas abstractas, puede alejarse de la realidad cuando instituciones o fenómenos surgen abruptamente entre varios códigos. La codificación conlleva un paradójico pero incuestionable efecto de dispersión, que afecta el propósito de exhaustividad que la habita.

De esta manera, en Francia, la familia es objeto de un código específico, que ha conocido varias versiones desde 1939, y contiene esencialmente la dimensión publicista de la familia. El derecho privado de familia está contenido esencialmente en el Código civil, como se constató: «En la mayoría de los tratados de familia, no se encuentra ninguna mención al Código de familia de 1956»². Esta dualidad conlleva la escisión de la familia en dos códigos,

¹. Cf. *supra*, p. 257.

². M. Chauvière et V. Bussat, *Famille et codification, Le périmètre du familial dans la production des normes*, La Documentation française, 2000, p. 161.

escisión, al menos, molesta¹. Otra ilustración: las estructuras societarias parecen estar actualmente divididas, en Francia, entre el Código de comercio, el Código monetario y financiero y el Código civil², escisión que los editores privados intentan remediar publicando su propio Código de sociedades.

Una segunda dificultad puede surgir de lo relativas que son las divisiones materiales, relatividad que generalmente es propia de un sistema de derecho. Así, la adopción de un Código europeo de contratos deberá, probablemente, superar la distinción entre derecho de obligaciones y derecho de bienes, y comprender el conjunto del derecho patrimonial³. Otra ilustración: los juristas del *civil law*, por ejemplo, sólo pueden sorprenderse por las materias reunidas bajo el estandarte del *Uniform Commercial Code*, aplicado en los Estados Unidos, puesto que no corresponde al ámbito que ellos asignan tradicionalmente al derecho comercial.

Una tercera dificultad puede provenir de la influencia de otros factores, sobre la aplicación de este criterio material, se trata de factores religiosos, ideológicos o históricos.

Por ejemplo, en muchos países, el derecho de las personas y de familia sigue estando dominado por la religión, lo que influye directamente en la división de los códigos. En los países musulmanes, el Código civil no contiene el derecho de las personas y de familia, muy específico en razón de la importante influencia del Islam sobre la materia. El estatuto personal sigue estando excluido de toda codificación o, tendencia más reciente, es objeto de un código independiente⁴. De esta manera, el Código civil algerino de 1975 se asemeja más bien a un Código de obligaciones, puesto que numerosas materias, que en Francia figuran en el Código civil, estado civil, nacionalidad,

¹. *Ibid.*

². Cf. Y. Guyon, Le Nouveau Code de commerce et le droit des sociétés, *Rev. des soc.*, octubre-diciembre 2000, p. 649.

³. En este sentido, por ejemplo C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des contrats, *D*, 2000, p. 82.

⁴. Acerca de esta evolución, cf. R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n° 442.

estatutos de la personalidad, están ausentes¹. El derecho de familia es objeto de un código independiente, adoptado en 1984, que retoma los preceptos dictados por la religión musulmana. La misma disociación prevalece, por ejemplo, en Egipto, donde el Código civil de 1949 no contiene disposiciones relativas al derecho de familia². La desintegración de comunidades religiosas en el Líbano explica que el Código de obligaciones y de contratos promulgado en 1932 no aborde el derecho de las personas y de la familia³. Un contenido similar, limitado al derecho de los contratos y de las obligaciones, fue reunido en Siria en 1949 bajo la denominación de Código civil⁴. En Túnez, un Código de obligaciones y contratos adoptado en 1906, deja de lado el derecho de las personas y de familia para incorporarlos a un Código de estatutos personales en 1956⁵. En Marruecos, un Código de obligaciones y de contratos es promulgado en 1913, mientras que el estatuto personal es objeto de una codificación específica en 1957-1958. Esta separación perdura, puesto que el reciente Código civil del Estado de Bahreïn, adoptado en 2001, excluye también las materias relativas al estatuto personal⁶.

Un fenómeno similar puede ser observado en Israel, donde el movimiento de codificación emprendido a partir de los años 1960, no concierne el derecho de familia, las normas relativas al estatuto personal, son determinadas por la pertenencia religiosa⁷.

Los códigos adoptados en los países comunistas también tuvieron un campo específico, influenciado en este caso por la ideología.

De esta manera, en los países de Europa central y oriental, tras la Segunda Guerra mundial, una de las primeras reformas legislativas consistió en

¹. M. Isaad y N. Saadi, Rapport algérien, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 230.

². M. El Sayed Arafa, Rapport égyptien, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 242.

³. P. Gannage, Rapport libanais, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 254 y ss.

⁴. J. El Hakim, Rapport syrien, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 278.

⁵. S. Derouiche-Ben Achour y F. Mechri, Rapport tunisien, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 294 y 296.

⁶. G. Peyrard, Persistance de l'influence de notre Code civil: le Code civil de l'État de Bahreïn, *RID comp.*, 2001, p. 927 y ss.

⁷. C. Klein, *Le droit israélien*, op. cit., p. 69.

derogar el desarrollo de los códigos civiles anteriores, consagrados al derecho de familia, y en la elaboración de un código específico para regularlo¹. Esta distinción parece encontrar su origen en los meandros de la Historia, sin embargo, la URSS promulga en 1918, luego de la separación de la Iglesia y del Estado y de la secularización del matrimonio, un Código de familia cuyas disposiciones no son integradas en el Código civil de 1922, dando para ello una justificación teórica: no se pueden tratar en un mismo código relaciones patrimoniales y extra-patrimoniales.

Asimismo, la ausencia de un código de comercio concebido bajo el modelo occidental se justificó, según la doctrina oficial, por la inexistencia de grandes intercambios comerciales e industriales privados²: no existían ni empresas pertenecientes a privados, ni sociedades comerciales, las empresas públicas eran las únicas autorizadas para explotar las riquezas, mientras que las cooperativas de derecho público se encargaban de la venta a particulares. Solamente Polonia y Rumania mantuvieron vigentes sus antiguos códigos de comercio, pero conservaron un ámbito de aplicación singularmente reducido.

Largos debates, en la misma línea, han dividido la doctrina de los países comunistas sobre la oportunidad de un código económico específico, destinado a regir las instituciones colectivizadas y el proceso de producción. La URSS renunció a la adopción de un código tal, por lo tanto también renunciaron los otros países del Este, con excepción de Checoslovaquia que promulgó un Código económico en 1965. Desde entonces, la materia está dividida entre el Código civil, leyes especiales y la legislación económica. Inspirado por una ideología similar, el proyecto de Código civil chino de 1979 pretende abarcar el conjunto de relaciones las económicas en una única estructura³. En esta misma línea es posible observar que el Código civil italiano de 1942, que funde en un

¹. Cf. Y. Eminescu y P. Popescu, *Les Codes civils des pays socialistes*, op. cit., p. 19.

². V. Knapp, La codification du droit civil dans les pays socialistes européens, *RID comp.*, 1979, p. 733. y ss. Adde: Y. Eminescu y P. Popescu, *Les Codes civils des pays socialistes*, op. cit., p. 21, acerca de las controversias relativas a la autonomía de un código económico respecto del Código civil.

³. D. T. C. Wang, *Les sources du droit de la République de Chine*, Droz, 1982, p. 95.

mismo molde la materia civil, una fracción importante de materias comerciales, en particular contratos comerciales, y una parte de derecho de la empresa, lleva el sello de la ideología corporativista de Mussolini¹.

Es un factor puramente coyuntural, ligado a razones de orden histórico y constitucional, el que condujo a Suiza a adoptar un Código de obligaciones que incluía normas de derecho civil y normas de derecho comercial, que se incorporó al Código civil constituyendo, en teoría, un Libro V, que mantiene por tanto, gran autonomía².

Es también un factor histórico, por paradójal que parezca, la fidelidad a la tradición del Antiguo Régimen, que llevó a los codificadores soviéticos a adoptar un Código agrario distinto al Código civil, comprendiendo todas las disposiciones relativas al mundo campesino.

Asimismo, el aura adquirida por el Código civil francés a lo largo de los años, la misión civilizadora de la que estaría investido, explican el rechazo de los autores a dividir la materia que éste rige en varios códigos³.

Este repudio resuena en los debates relativos a la elaboración de un Código civil europeo. Ciertos proyectos limitan su ambición a un Código europeo de contratos, puesto que sus principios se consideran más comunes entre los países europeos que el derecho de las personas o de la familia. Esta división es criticada, porque se enfrentaría a la concepción unitaria del derecho civil reconocida por la tradición codificadora francesa: «¿Es necesario asimilar que un código de contratos tendría un título denominado Código civil? El desmantelamiento de nuestra obra sería una negligencia grave. En Francia, el Código civil es uno»⁴.

¹. En este sentido, J. Vanderlinden, *Comparer les droits, op. cit.*, p. 286.

². Cf. H. Maire de Riedmatten, La codification et l'évolution du droit suisse, *Rev. jurid. et polit. Indépendance et coopération*, 1986, p. 834.

³. Cf. M. Vanel, *Rép. Civ. Dalloz*, v. Code civil, n° 175: «Con pesar se habría abandonado la idea de expresar en un gran Código civil, los principios fundamentales del derecho privado y de la civilización francesa».

⁴. G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D*, 2002, p. 351; Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D*, 2002, p. 2004: «Se derriba un fragmento del

Pero las dificultades provienen, en la práctica, principalmente, de las imperfecciones del criterio material.

Las antiguas interrogantes de René David muestran que el problema es permanente y universal: «¿Es necesario reunir el Código civil y el Código de comercio, como se acaba de hacer en Italia? o, por el contrario, ¿dividir el Código civil en tres, un Código de familia, un Código agrario y un Código civil propiamente tal, como se hizo en las Repúblicas socialistas federadas de la Unión soviética?»¹ ¿Una materia puede ser dividida en varios códigos o debe ella figurar en uno solo? De esta manera, por ejemplo, se planteó respecto del derecho internacional privado: ¿La codificación debe ser global y autónoma, o las normas de derecho internacional privado deben estar integradas por los códigos de cada una de las materias pertinentes?² ¿Quid de las materias que pueden ser relacionadas a varias ramas fundamentales? La eventual inclusión de normas de derecho penal especial en el código penal también fue discutida³: ¿El derecho penal del trabajo, el derecho penal económico, merecen ser incorporados? ¿Dónde fijar el límite de una materia? Por ejemplo, ¿se debe incluir el procedimiento penal en el código penal o debe ser un código específico?

Estas preguntas explican, ampliamente, las dificultades del legislador francés contemporáneo para recodificar el derecho comercial: ¿es necesario mantener una concepción clásica, restringida, o éste debe ser extendido al conjunto del derecho de los negocios? Como un autor constató, la recodificación del derecho comercial supone previamente «mantener una

“todo” que conforma el Código civil, y se emprende su desmantelamiento, sin siquiera darse la pena de reflexionar sobre su globalidad».

¹. *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, p. 121. René David hace alusión al código italiano de 1942 que regula en un Código civil único el derecho civil y el derecho comercial.

². D. Bureau, La codification du droit international privé, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 141.

³. Cf. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 148, a propósito del Código penal francés de 1994.

posición suficientemente clara respecto de los contornos de la disciplina y su vocación, porque, luego de siglos, mediante la crítica explícita... o implícita (que es la decodificación de hecho) de la codificación, es la concepción misma del derecho comercial y de los límites a los que lo relega el código que se cuestionan...»¹. Incluso se podría haber considerado lo opuesto, dividir el Código de comercio en un código de sociedades, un código bancario, un código de quiebras..., como lo hacen a veces los editores privados. La decisión de mantener la antigua denominación parece fruto de la facilidad, más que de una reflexión sobre los contornos de la materia, lo que suscitó justas críticas relativas a la imprecisión del ámbito de las normas codificadas². Las mismas preguntas precedieron la reforma del Código de comercio alemán en los años 1990: ¿Es necesario hacer ajustes puntuales, hacer un cambio radical y transformarlo en un código de derecho de la empresa, o incorporar la materia al BGB? Una ley del 1° de julio de 1998 optó por la primera solución³.

El problema se complica cuando este criterio material es deformado por los propios codificadores, deformación que parece inevitable: «Un código manifiesta... la posición tomada por quién lo elabora mediante la selección de leyes pertinentes»⁴.

Así, a propósito del Código de consumo, los codificadores precisaron su ámbito de aplicación práctica: no comprende el conjunto del derecho aplicable a las relaciones de consumo, sino sólo los textos que «buscan corregir las situaciones de desequilibrio, en perjuicio del consumidor»⁵, ¡esto requirió aclarar que es «importante que los usuarios del código sepan que existen disposiciones relativas al derecho del consumo que no figuran en el Código de

¹. B. Oppet, *Essai sur la codification*, op. cit., p. 36. Adde: F. Terré y A. Outin-Adam, Codifier est un art difficile..., art. citado, p. 99 ; M. Cabrillac, Vers la disparition du droit commercial, *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, 331.

². D. Bureau y N. Molfessis, Le Nouveau Code de commerce? Une mystification, *D*, 2001, 362, n° 5.

³. C. Witz, *Le droit allemand*, op. cit., p. 83.

⁴. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 38.

⁵. Doc. Sénat (1992-1993), n° 312, p. 18.

consumo»¹! Curioso método para una codificación que tenía como objetivo facilitar el acceso a las normas...

De la misma manera, la deformación de este criterio material llevó a que el contenido del Código de colectividades territoriales incluyera «defectos evidentes»².

El riesgo que corre una codificación prolífica, basada en un criterio material interpretado sin rigor, como por ejemplo, la codificación contemporánea francesa de derecho constante, es engendrar códigos corporativistas o códigos burocráticos, e incluso «códigos de moda».

Un ejemplo tópico de código corporativista es, sin duda, el Código rural. Pese a los intentos durante la época napoleónica no es adoptado en su primera versión, si no hasta 1955, porque la consagración de reivindicaciones sectoriales que realiza choca con la ideología unitaria de la Revolución y con el temor de que emerja una nueva feudalidad³.

Es aún más frecuente, que un código no sea más que una producción burocrática; producto de una administración para su propio uso, con todas las imperfecciones que esto puede significar. Así, se dijo respecto del Código general de impuestos: «La prolongación y multiplicación de sus artículos hasta el infinito, las excrecencias en anexos, su arquitectura barroca en perpetua reparación, todo en él deja entrever la penosa labor burocrática»⁴. Un autor realizó una severa acusación contra esta tendencia, constatando que «Un estudio atento de los perímetros de los nuevos códigos muestra que, en realidad, la existencia de estos o sus contornos, responden a ambiciones

¹. Doc. Ass. nat. (1992-1993), n° 318, p. 20 (cf. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, art. citado, p. 294, n° 12).

². S. Guy, Une utopie: la codification, art. citado, p. 280, que agrega: «En efecto, estas elecciones fueron justificadas, pero en la mayoría de los casos por razones de contingencia, que muestran que la operación de codificación está lejos de ser totalmente racional».

³. J. Fourré, Les codifications récentes et l'unité du droit en France, *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, p. 725.

⁴. J. Carbonnier, v. Codification, in *Dictionnaire de philosophie politique*, bajo la dir. de P. Raynaud y S. Rials, *op. cit.*

ministeriales o administrativas más que a las necesidades de los usuarios»¹. De esta manera, el Código de consumo resulta ser el producto de un ministerio que trata de justificar su existencia². Asimismo, las luchas de influencia entre ministerios han jugado un rol fundamental en la elaboración del Código de propiedad intelectual³. Esta constatación también fue realizada respecto del Código de Medio Ambiente, por el redactor de una de sus versiones⁴. La materia dispersa y tironeada entre distintas lógicas sólo encuentra unidad en el ministerio de origen⁵. Otro ejemplo, la influencia de la burocracia sobre el Nuevo Código de comercio, cuya «mano es de hecho visible en todas partes», fue denunciada⁶. De ahí proviene el anhelo -¿pero será suficiente?- de los codificadores de contener este riesgo: «Códigos de ministerio, no; pero sí, códigos de materia. Un código es hecho para el usuario y no para dividir un “territorio ministerial”, aunque funcionarios de los servicios que lo han instaurado deban llevar a cabo futuras modificaciones»⁷. Fruto de esta voluntad, el Código de educación, cuya sección legislativa fue adoptada por ordenanza el 15 de junio de 2000 «se concibió, desde el inicio, con el deber de reunir el conjunto de las disposiciones relativas al sistema educativo francés y, por tanto, interministerial»⁸. El riesgo de un código burocrático no concierne sólo a la

¹. S. Guy, Une utopie: la codification, art. citado, p. 294. En el mismo sentido, V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 54.

². S. Guy, Une utopie: la codification, art. citado.

³. Cf. V.-L. Benabou y V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 140. Por ejemplo, retomar la *summa divisio* entre propiedad literaria y artística y propiedad industrial, cargada simbólicamente (cf. *supra*), corresponde coincidentemente a la división de competencias entre el ministerio de cultura y el INPI.

⁴. Cf. F. Abauzit: «Los libros se asocian a una dirección del ministerio de Medio ambiente, y el código refleja así la organización del ministerio» (citado por D. Bourcier, *Approche légistique et systémique de la codification*, 1998, p. 65).

⁵. Cf. P. Lascoumes y Gilles J. Martin, Des droits éparés au code de l'environnement, *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 323 y s., específicamente p. 330.

⁶. D. Bureau y N. Molfessis, Le Nouveau Code de commerce? Une mystification, *D*, 2001, 368, n° 22. Adde: Y. Guyon, Le Nouveau Code de commerce et le droit des sociétés, *Rev. des soc.*, octubre-diciembre 2000, p. 649, que habla del «triumfo de la tecnocracia más que del buen sentido».

⁷. Circular de 30 de mayo de 1996, citado, art. 2.2.2.

⁸. Ordenanza de 15 de junio de 2000, *JO*, 22 de junio 2000, p. 9347: «Pareció necesario que el contenido de este código no se limitara sólo a las enseñanzas relevantes del ministerio de Educación nacional, pero que las formaciones organizadas bajo la responsabilidad o control de otros ministerios también fueran incorporados en el Código de educación».

codificación de derecho constante. Así, se demostró que el Código penal francés de 1994 corresponde a lo que Pierre Bourdieu denomina «una invención organizacional típicamente burocrática»¹, que no encuentra su origen en una voluntad de reforma política, pero sí en «la voluntad de transformación de la justicia penal por la elite profesional de ese sector (la dirección de asuntos criminales y ciertos miembros de la alta magistratura)»².

De la misma manera que la codificación de una materia asegura su consagración social³, la emergencia de una necesidad social lleva muchas veces a su codificación. Por ejemplo, los códigos adoptados por los países africanos tras su independencia, ilustran la especificidad de las prioridades económicas ligadas al desarrollo: código de la inversión, código forestal, código minero, código petrolero⁴... Asimismo, los códigos adoptados en Francia, en los años que siguen el fin de la Segunda Guerra mundial, traducen los valores sociales y económicos de la sociedad de la época (Código de salud pública, Código de la familia y de asistencia social...), los adoptados o en proyecto en la actualidad (Código de consumo, Código de Medio Ambiente, Código de turismo, Código del deporte...) reflejan las nuevas prioridades de la sociedad contemporánea.

Consagrando las ideas de su tiempo, la codificación no puede escapar a cierto fenómeno de moda, susceptible de desembocar en códigos-artefacto, de función más social que jurídica, a veces en detrimento de conceptos fundamentales. Es lamentable, entonces, que un Código del patrimonio esté en preparación, puesto que se utiliza un sentido impreciso de una noción que tiene una significación jurídica precisa⁵. El ámbito «restringido» del Código de Medio

¹. P. Bourdieu, R. Christin, La construction du marché. Le champ administratif et la production de la politique du logement, *Actes de la recherche en sciences sociales*, septiembre 1990.

². P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 98.

³. Cf. *supra*, p. 100.

⁴. Cf. R. Degni-Segui, *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Les nouvelles éditions africaines*, t. 1, 1982, p. 462.

⁵. Cf. G. Braibant, *RFD adm.*, 2000, p. 496: «La noción de patrimonio utilizada no es la noción civilista... se trata de bienes que tienen un valor "eminente", independiente de sus dueños». Cf. el artículo 1º del proyecto que define

Ambiente, según los propios términos de la *Commission supérieure de codification*¹, debido a lo impreciso de la noción, también puede ser blanco de críticas: no comporta disposiciones relativas al ordenamiento del territorio ni a aquellas aplicables a los bosques; y las que rigen el desarrollo y la protección de la montaña o el ordenamiento y la protección del litoral sólo están parcialmente codificadas.

Más allá de todas estas dificultades que derivan del criterio del perímetro de un código, la mayor parte de los problemas reside en la delimitación de las fronteras entre dos códigos.

2. Delimitación entre códigos

La inserción de un código en el seno de un ordenamiento jurídico debe respetar la coherencia del conjunto, lo que requiere una división racional de materias, estando cada código consagrado a una de ellas.

Mucho tiempo, estas divisiones por materia fueron empíricas: así parecen haber procedido los codificadores de la época napoleónica, para obtener cinco códigos fundamentales, basándose en la tradición y la sabiduría de sus autores². La inflación legislativa unida a la, a veces artificial, proliferación de materias, conduce a las autoridades de hoy en día a apropiarse del poder de delimitación para intentar proponer un método científico de repartición³. De esta manera, la actual codificación francesa de derecho constante,⁴ establece en el

el patrimonio como «el conjunto de bienes incorpóreos o corporales, inmobiliarios o mobiliarios, propiedad pública o privada, que presenta un interés histórico o estético».

¹. Onzième rapport annuel, 2000, ed. *JO*, 2001, p. 28.

². Cf. *supra*, p. 36, 257.

³. Cf. D. de Bechillon, *L'imaginaire d'un code*, art. citado, p. 177: «Esto significa que la cuestión de las “disciplinas”, de los “ámbitos” y de las especialidades jurídicas, que había estado entregada, hasta ahora, a la autopoiesis del sistema y al dinamismo conjugado de la historia y del trabajo científico, se encuentra repentinamente librada a una pura y simple decisión política».

⁴. Sobre las dificultades de esta división basada en el criterio formal encontradas por la *Commission supérieure de codification* de 1948, cf. por ejemplo, F. Terré, *Les problèmes de la codification...* art. citado, p. 191.

programa de codificación una división basada en los lineamientos principales de cada materia, precisando, de manera preliminar, que la división constituye «una elección de fondo», proclamación respaldada por muchos ejemplos: así, entre otros, conservar «la autonomía del derecho forestal y la existencia de un Código forestal al lado del Código de Medio Ambiente marca la especialidad del bosque, a la vez elemento del medio ambiente, la producción y el medio rural»¹. Además, una armoniosa división de la materia en cada código, parece preconizar el criterio de la materia combinado con el de la extensión, «Ni “maxi-códigos” ni “mini-códigos”»: el Código de expropiación sería muy breve como para ser autónomo; a la inversa, el Código general de impuestos debería ser dividido².

Pero estas reglas conducen, a veces, a resultados cuestionables. Así, la inclusión del Código de nacionalidad francés en el Código civil no parece nada propicio para facilitar su conocimiento³.

De manera más general, pese a las suplicas piadosas, formuladas con humor en las más altas esferas del Estado, -un Primer ministro anhelaba evitar «multiplicar códigos al infinito hasta el punto de tener uno por profesión, lo que conduciría muy rápido⁴, respecto de la legislación de caza, a un código por presa»⁵- el movimiento actual de codificación de derecho constante proyecta una multiplicidad de códigos, como lo prueba la desmesura del programa de codificación de 1996-2000. Cabe preguntarse si acaso se pervierte uno de los objetivos fundamentales asignados a esta codificación, remediar la inflación legislativa. Por otra parte, esta multiplicación artificial de códigos ligada al

¹. Circular de 20 de mayo de 1996, citada, art. 2.2.2.

². *Ibíd.*

³. Cf. H. Muir Watt, La codification en droit international privé, *Droits*, n° 27, 1998, p. 150: «Se hizo lo más discreto posible replegando sus 150 artículos en el minúsculo espacio que le concede el Código civil, y lleva una existencia secreta escondiéndose de las miradas de los jueces, que en general no saben donde encontrarlo».

⁴. M. Rocard, *Discours lors de l'installation de la Commission supérieure de codification*, 7 de noviembre de 1989.

⁵. Cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., n°377: «El frenesí administrativo y elitista contribuyó, a la multiplicación de códigos que se observa en la actualidad... »

desmembramiento, también artificial, de materias en la que los universitarios juegan, sin duda, un rol criticable¹, conduce a una «balcanización del derecho»². Esto no facilita el conocimiento de las normas de derecho, otro de los objetivos tradicionalmente asignado a la codificación. Menos aún si la proliferación de «pequeños códigos» empobrece los «grandes códigos», que constituyen los puntos de referencia indispensables para los usuarios del derecho. Esta multiplicación de códigos, como la Hidra de Lerna a la que le crecen nuevas cabezas cada vez que Hércules le corta una, puede parecer inexorablemente ligada a la creciente complejización del derecho contemporáneo. Ejemplos extranjeros nos muestran que esto no es tan grave: el nuevo Código civil de los Países bajos de 1992 consagra sin problemas la fusión del Código civil y del Código de comercio de 1838³.

La división por materias no impide que algunas de ellas queden excluidas de todo código. Este riesgo parece tanto más preocupante cuando actúa dentro de un vasto movimiento de codificación que tiende a hacer del código la única fuente accesible del derecho. El efecto perverso es doble. Primero, la exhaustividad buscada por los codificadores es postergada, y «el efecto fundamental de la codificación, que permite al buen padre de familia recurrir tranquilamente al código, que reúne todos los textos de posible interés, corre el riesgo de no ser alcanzado»⁴. Segundo, la no-codificación de ciertas normas, a falta de peso jurídico, indudablemente debilita su peso moral, además dificulta el acceso a estas islas de derecho no codificado acarreando su desuso.

¹. R. Libchaber, *RTD civ.*, 1997, p. 780.

². D. Tallon, *Le Nouveau Code civil des Pays-Bas NBW*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 182.

³. P.-Y. Gautier, *De l'art d'être furtif, le «droit constant» des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 116.

⁴. J. Carbonnier, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, *Journées R. Savatier*, 1986, PUF, p. 31: «El derecho del consumo podría ser integrado sin desarraigo, puesto que trabaja bajo el mismo esquema... Es probable que un reformador prudente prefiera proceder mediante préstamos limitados, tomando del derecho del consumo la idea, incluso la fórmula de algunas disposiciones generales».

La división por materias, por sobre todo, no impide los problemas de verificación. Estos se plantean, en particular, entre una materia y la que permite su sanción o su realización (derecho penal o procesal), o entre una norma de derecho de carácter general y una norma especial.

Por ejemplo, ¿un código civil debe incluir el derecho del consumo? El Código civil francés renunció, las reformas de derecho del consumo fueron adoptadas al margen, antes de constituir un código especial, con pesar, al menos durante un tiempo, respecto de esta separación¹. El Código civil salvó su alma... bajo el riesgo, quizás, de fosilizarse². Una importante reforma del derecho de obligaciones alemán, vigente desde el 1º de enero de 2002, por el contrario, integra en el BGB varias leyes de protección al consumidor³. La pregunta también se planteó concretamente por el legislador quebequés contemporáneo, alimentando una gran discusión: ¿es necesario incorporar en el Código civil varias leyes especiales, en particular todo o parte de la ley sobre protección del consumidor⁴? Se destacó que la integración de esta ley facilitaría la conciliación de normas de derecho del consumo con aquellas del derecho civil, y consagraría la influencia del derecho del consumo sobre el derecho de obligaciones. A la inversa, esta integración aumentaría la dispersión de las fuentes del derecho del consumo y arriesgaría paralizar un derecho llamado a evolucionar rápidamente, incluso debilitándolo al diluirlo⁵. El vigor de la controversia se tradujo en un viraje del legislador: si el *Office de révision* del Código civil no pudo incluir en su proyecto las normas de protección del consumidor, el ante-proyecto de obligaciones de 1987 contiene un título tercero, «reglas particulares de los contratos de consumo», aunque la versión definitiva renuncia, contentándose con una definición del contrato de consumo. Esta

¹. Cf. *supra*, p. 127.

². M. Schley, La grande réforme du droit des obligations en Allemagne, *D*, 2002, p. 1738.

³. *LRQ*, 1977, c. P-40.1.

⁴. Argumentos que explican que, paradójicamente, los más ardientes promotores de legislaciones sociales se oponen, con frecuencia, a su inclusión en el Código civil (cf. J.-F. Niort, Le Code civil face aux défis de la société moderne..., art. citado, p. 857).

⁵. Cf. *infra*.

solución es justificada y debe ser aprobada: la inclusión del derecho del consumo en el Código civil se enfrentaría a la voluntad de consagrar este último como derecho común.

La cuestión puede plantearse en sentido inverso: ¿qué retomar del código civil en un Código de consumo? El Código de consumo francés sólo retoma, bajo el punto de vista de la discutible técnica del código principal y del código dependiente¹, la garantía legal por los vicios ocultos. Esta solución intermedia es blanco de críticas: ¿por qué excluir del código la teoría de los vicios del consentimiento o las normas relativas al precio²? Parece que el todo o nada se impone, de preferencia nada: el Código civil juega su rol de derecho común, llenando siempre los intersticios del derecho especial, sin que sea necesario consagrarlo como código modelo.

Las dificultades de superposición pueden a veces ser atenuadas por las técnicas de reenvíos³, frecuentes desde las codificaciones de Justiniano con una diversidad que refleja los distintos enfoques de la codificación⁴. La tipología de los reenvíos contempla varias posibilidades: el reenvío puede ser del artículo de un código a otro código en su conjunto⁵, o a un artículo determinado de otro código⁶; el reenvío puede remitirse a un texto de igual jerarquía o a un texto de otra jerarquía⁷.

¹. Cf. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D*, 1994, p. 294, n° 14. Esta exclusión es tanto más sorprendente que el criterio que pretendía determinar el contenido del código basándose en todos los textos protectores del consumidor (cf. *supra*).

². N. Molfessis, Le renvoi d'un texte à un autre, in *Les mots de la loi*, bajo la dir. de N. Molfessis, Economica, 1999, p. 55 y ss. Adde: G. Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 78.

³. *Ibid.*, que constata que el BGB recurre más que las codificaciones francesas y suizas.

⁴. *Ibid.*, p. 57-58. El reenvío, de hecho, puede jugar un rol distinto al de la coordinación entre códigos, puesto que puede actuar dentro de un mismo código.

⁵. Ejemplo: art. 1397 C. civ.: «Los acreedores, en caso que sus derechos hayan sido objeto de fraude, podrán interponer una tercera de oposición en el juicio de homologación, en las condiciones establecidas en el Código de procedimiento civil».

⁶. Ejemplo: art. 243 C. civ.: «(el divorcio) Puede ser demandado por uno de los cónyuges en caso que el otro hubiera sido condenado a una de las penas previstas en el artículo 131-1 del Código penal».

⁷. Es por ejemplo, el caso en que el reenvío es a un decreto de aplicación: por ejemplo, el artículo 1414, al. 2 C. civ. que dispone que «En caso que los beneficios y salarios son transferidos a una cuenta corriente o de depósito, estos no pueden ser girados más que bajo las condiciones definidas por decreto».

Como un autor observó, «se tiene el reenvío que se merece»¹, y las falencias del reenvío sólo reflejan las de la codificación que lo utiliza. Por ejemplo, se criticó la excesiva pesadez de los reenvíos del BGB que, a veces, recurre a reenvíos triples o cuádruples, algunos párrafos no son más que un conjunto de reenvíos². La amplitud de las codificaciones francesas contemporáneas de derecho constante conduce a conceder al reenvío una posición primordial, incluso excesiva, el reenvío puede dificultar el acceso al texto que se supone debe facilitar³. De esta manera, los reenvíos pueden conducir a soluciones kafkianas, incluso absurdas, como constató la prensa no especializada... ¡*Le Canard enchaîné*⁴⁵! Así, el artículo L. 411-1 del Código de organización judicial dispone que la competencia de los tribunales de comercio «está determinada por el Código de comercio y por leyes especiales». El decreto de 16 de marzo de 1978 preveía en su artículo 1° que las disposiciones de la sección legislativa de ese código «se substituirían... por disposiciones legislativas» enumeradas, en particular en el artículo 631 del Código de comercio, toda duda fue eliminada con la ley de 17 de diciembre de 1991 que en su artículo 3 prevé la derogación expresa del artículo 631⁶. Esta falencia fue eliminada con el reestablecimiento de la sustancia del texto en el nuevo artículo L. 411-4 del Código de organización judicial, a través de la ley, de efecto retroactivo, sobre nuevas regulaciones económicas de 15 de mayo de 2001⁷. En el estado actual de derecho, sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de la derogación del artículo 639 del Antigo Código de comercio que fija la cuantía

¹. N. Molfessis, *Le renvoi...*, in *Les mots de la loi, op. cit.*, p. 72.

². M. Pédamon, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 36, que cita el ejemplo del § 481: «Para la venta de caballos, burros y mulas... ¡las disposiciones de los § 459 a 467, 469 a 480, no son aplicables en caso que se haya dispuesto de otra manera en los § 482 a 492!».

³. N. Molfessis, *Le renvoi...*, in *Les mots de la loi, op. cit.*, p. 69.

⁴. 1° de noviembre de 2000; *Le Figaro*, 24 de noviembre de 2000.

⁵. N. del T.: Periódico satírico francés.

⁶. Cf. T. Le Bars, *JCP*, 29 de noviembre 2000, *Actualité*, p. 2163, que concluye: «Esta situación pintoresca demuestra que, si fuese necesario, la perversidad de la técnica legislativa o reglamentaria reenviaría a textos anteriores». La jurisprudencia preocupada de no revolucionar las reglas de competencia judicial, mantiene la competencia de los tribunales de comercio para los litigios que revisten «carácter estrictamente comercial» (París, 31 de enero 2001, *D*, 2001, P. 783, obs. A. Lienhard).

⁷. París, 17 de octubre 2001, *D*, 2001, p. 3439, nota A. Lienhard.

para la competencia de última instancia. El artículo L. 621-106 del Código de comercio establece un reenvío al referido artículo 639 del Antiguo Código de comercio al disponer que «el *juge-commissaire*¹ conoce en última instancia... en el caso que el valor del crédito principal no exceda la cuantía de la competencia en última instancia del tribunal que inicio el proceso». En virtud de esto una corte de apelaciones debió declarar admisible una apelación en contra del fallo de un *juge-commissaire* en materia de admisión de un crédito, al constatar que ese texto había sido derogado y «ninguna norma similar había sido dictada con posterioridad»².

La circular de 30 de mayo de 1996, si bien reconoce un rol excepcional al reenvío, intenta evitar sus efectos perversos distinguiendo entre «código principal» y «código dependiente». Las disposiciones contenidas en el código principal son reproducidas en cursiva en el código dependiente, una modificación de las disposiciones del código principal acarrea *ipso facto* una modificación del código dependiente (art. 2.3). Esta circular también prevé la suerte de las distintas disposiciones penales especiales: éstas figuran en cada código, «para que el usuario encuentre al mismo tiempo la disposición legislativa y reglamentaria, y los elementos de sanción correspondientes... (para) privilegiar la coherencia del código especial debido al vínculo entre la regla de fondo y su sanción, y debido al interés de reunir las diferentes sanciones administrativas y penales que acompañan una legislación» (art. 3.1).

Esta solución nos parece criticable por varios motivos. Primero, la técnica de códigos principales y de códigos dependientes no es utilizada con el rigor esperable: en el Código de consumo, por ejemplo, unas veces se cita a otros códigos, otras se establecen reenvíos simples, sin que la distinción parezca fundarse en un criterio lógico³. Segundo y siendo más estrictos, esta técnica

¹. N. del T.: Juez de Policía Local

². Paris, 9 de octubre 2001, *D*, 2001, p. 3196, nota A. Lienhard.

³. Cf. M. Bruschi, *La législation par référence dans le Code de la consommation: le puzzle et l'échiquier*, *RRJ*, 1997, 4.

debe ser condenada. Intelectualmente no es satisfactorio que una misma disposición figure en varios códigos, aunque esto sea con el objeto de recordar soluciones existentes: esta técnica no parece tener por rol más que esconder las incertidumbres sobre la delimitación entre códigos. Además, las citas de un código principal reproducidas en un código dependiente parecen sacadas de su contexto, lo que no facilita su comprensión ni interpretación. Finalmente, los cambios realizados en las disposiciones penales expone al Código penal a transformarse en un código en cursiva, al menos el conjunto de disposiciones de derecho penal especial. Dejemos la conclusión a François Terré: «Y la burocracia, amiga del papeleo, se regocija»¹...

Tales excesos no dejan de afectar la efectividad de un código.

III- EFECTIVIDAD DEL CÓDIGO

La efectividad de un código depende, en primer lugar, de la acogida que le reserva el mundo jurídico encargado de ponerlo en marcha, de hacerlo vivir.

Los profesionales del derecho juegan un rol esencial en la materia, como lo observa por ejemplo, Treilhard en 1806, a propósito del Código de procedimiento civil: «No disimulemos que el éxito de este Código dependerá mucho de la autoridad a quien su ejecución sea confiada y de los auxiliares de la administración de justicia que lo aplicarán cada día»².

La efectividad de un código depende entonces, esencialmente, del saber de los profesionales del derecho, lo que puede traer problemas si el código es trasplantado desde un país extranjero. Por ejemplo, la efectividad de los códigos concebidos sobre el modelo francés o alemán, adoptados en Japón a

¹. Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 377, n. 4.

². Citado por H. Solus, Les réformes de la procédure civile, *Mélanges G. Ripert*, 1950, t. 1, p. 213.

fines del siglo XIX, fue frenada por la ignorancia de los magistrados japoneses respecto del derecho occidental. Como observa M. Noda: «Es muy dudoso que los magistrados de la época hayan comprendido bien esas leyes»¹. Asimismo, René David observa igualmente a propósito del Código civil etíope que él elaboró, que la ausencia de juristas con conocimiento de las normas constituye un obstáculo mayor para su efectividad: «En el estado actual de cosas, es probable que la aplicación del Código civil no pueda ser total, por falta de juristas que conozcan este código y sean capaces de aplicarlo»². Otra ilustración, el legislador sudanés, determinado por la búsqueda de la unidad árabe, promulgó un Código civil calcado del Código egipcio, que no pudo ser puesto en práctica debido a que, en sus universidades, los jueces sudaneses habían sido formados en *Common law*³. Inversamente, si mediante el Código civil de 1865, el derecho francés se adaptó con relativa facilidad en Rumania, es porque la gran mayoría de la elite jurídica, magistrados y abogados, estaba constituida por antiguos alumnos de universidades francesas⁴. En la mayoría de estos casos, los profesionales del derecho han paralizado la efectividad de un código recién adoptado, sin embargo, sería injusto presentarlos como un freno sistemático para la codificación. En efecto, a veces ellos colaboran con la aclimatación psicológica de un nuevo código. Así por ejemplo, la Corte suprema de los Países Bajos desarrolló, antes de la entrada en vigor del NBW, una «interpretación anticipada», interpretando los textos antiguos en función de

¹. Y. Noda, *Introduction au droit japonais, op. cit.*, p. 61, que cita una circular del ministro de Justicia reveladora de esta ignorancia: «Se dice que hay jueces que confunden los temas civiles con los penales, e infringen a los litigantes la pena del látigo y del bastón...».

². La refonte du Code civil dans les États africains, *Annales africaines*, 1962, p. 164.

³. Cf. R. Sacco, *La codification, forme dépassée de législation*, Rapport italien in XI Congrès international de droit comparé, Caracas, 1982, p. 71.

⁴. Cf. L.-J. Constantinesco, Roumanie, in *L'influence de Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine internationale de droit comparé, 1954, p. 680: «Si el nuevo código deviene cada vez más una realidad viviente, es porque recibe constantemente la ayuda y el impulso tonificante de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, cuyos agentes incansables son los profesionales del derecho y los intérpretes rumanos».

aquellos que entrarían en vigor¹, a fin de lograr una transición gradual entre el antiguo y el nuevo código.

Los codificadores contemporáneos, al percibir la importancia del rol de los profesionales del derecho en el devenir de un código, han intentado familiarizarlos con las nuevas disposiciones antes de su entrada en vigor. De esta manera, durante un año, antes de la entrada en vigor del Nuevo Código civil, las autoridades de Quebec organizaron un programa de formación profesional para jueces, abogados y notarios. Igualmente, se ha observado que la elaboración de nuevos Códigos en Vietnam no podrá concretarse más que acompañada de un programa que forme a los profesionales del derecho en el espíritu y la práctica de nuevas técnicas².

El rol de la doctrina en la efectividad de un código, también parece fundamental. En términos generales, la doctrina obligada a la exégesis del código, al menos durante los primeros años, facilita su aclimatación y su desarrollo. La ilustración más notable reside, sin duda, en el rol protagónico de la doctrina universitaria, y sus enseñanzas tantas veces descritas en el renacimiento de las codificaciones justinianeas en la Edad Media. Igualmente podemos señalar cómo la doctrina de numerosos países europeos ayudó a la aclimatación del código civil francés a lo largo del siglo XIX, pese a ser originalmente impuesto por las armas.³ Asimismo, actualmente se ha dudado de la efectividad de un Código civil europeo, sin la existencia de intérpretes familiarizados con las nuevas reglas y su lógica⁴. Ilustración *a contrario*, la ausencia de una doctrina sólida puede, a la inversa, paralizar la puesta en marcha del código, como lo demuestra el ejemplo del Código tunecino de las

¹. A. Hartkamp, Vers un Nouveau Code civil néerlandais, *RID comp.*, 1982, p. 355.

². P. Bézard, L'élaboration de la nouvelle codification vietnamienne, in *Histoire de la codification au Vietnam*, *op. cit.*, p. 395.

³. Cf. J. Gaudemet, L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques, in *Sociologie historique du droit*, *op. cit.*, p. 112: «Después de ser impuesto, *ratione imperii*, el Código civil se beneficia de un indudable prestigio en Europa *imperio rationis*».

⁴. M. Bussani y U. Mattei, Le fonds commun du droit privé européen, *RID comp.*, 2000, p. 39 y ss., específicamente p. 44.

obligaciones y de los contratos de 1906, que por la falta de una doctrina suficientemente variada no fue aplicado durante años, hasta que «después de haber sido explicado, purgado de ciertas irracionalidades y sistematizado por la doctrina», renació en 1970»¹. Otra ilustración de la dificultad de un código para imponerse en ausencia del apoyo de la doctrina, el Código civil de la Federación Rusa de 1996 no obtuvo el lugar que merecía en el seno del sistema jurídico ruso, en gran medida, porque la doctrina no supo facilitar su aclimatación².

Más allá del rol de los profesionales del derecho y de la doctrina, para la puesta en marcha concreta de un código, el contenido de éste debe adaptarse al pueblo que debe regir, a fin que su recepción sea exitosa, condición indispensable de una aplicación efectiva. Como observa Portalis: «Las leyes son hechas para los hombres, y no los hombres para las leyes... ellas deben ser adaptadas al carácter, a las costumbres, a la situación del pueblo para el que fueron hechas»³. La recepción de un derecho constituye una noción conocida para los comparatistas⁴, la que permite plantear la hipótesis de un código transplantado (2); sin embargo, actualmente una de las funciones de la evaluación legislativa es apreciar en el orden jurídico interno la recepción de una ley por sus destinatarios, respecto de un código creado (1).

¹. M. Zine, Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 195.

². S. S. Alexeïev, Les perspectives de développement du droit privé en Russie, *RID comp.*, 2001, p. 159 y ss.: «Es necesario agregar que la ciencia jurídica rusa no ha completado su misión. Después de haber asumido la preparación del proyecto de Código civil, no ha realizado aún una tarea esencial: develar al conjunto de la sociedad el rol histórico del Código civil, su alcance sustancial. Este rol, el mismo, que le es asignado, por la esencia y la lógica de la formación de la sociedad civil, la economía de mercado desarrollada y determinada, y de antemano por el lugar que el Código civil está destinado a ocupar en el sistema legislativo ruso».

³. J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil..., in Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, *op. cit.*, p. 23.

⁴. «Es el conjunto de un sistema jurídico extranjero que se acoge, se introduce y se integra por la sociedad nacional» (J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, «Quadrige», 1994, p. 384. El término «aculturación» estaría limitado a importaciones más puntuales; la expresión «traspaso de derecho» parece ubicarse en la etapa precedente a la recepción, y sólo indica una transición, (cf. J. Gaudemet, Les transferts de droit, *L'année sociologique*, XXVII, 1976, p. 29 y ss.). Adde: E. Agostini, *Droit comparé*, *op. cit.*, nº 125 y ss.; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 113 y ss. que estudia la mutación de los modelos.

1. Código creado

La efectividad de un código es generalmente proporcional a su adecuación a las costumbres de la población que debe regir¹.

Ejemplos flagrantes de códigos creados e inadaptados son raros, y pocos estudios les han sido consagrados. Sin embargo, es posible considerar el caso de los códigos adoptados en los países de Europa central y oriental durante la época comunista, gestados en la mente de Zeus ideólogo, de efectividad a veces relativa... Este peligro de ineffectividad de un código impuesto, torna indispensable una larga maduración de un eventual Código civil europeo, con el objetivo de allanar de antemano las divergencias jurídicas y culturales de los diferentes países miembros².

Más frecuentes son los ejemplos de códigos que han logrado traducir las aspiraciones de la sociedad que los ha engendrado, su éxito ha sido fulminante y perdurable.

Se ha convertido en un lugar común observar que el Código civil francés se impuso fácilmente y adquirió una dimensión simbólica incuestionable, porque desde su elaboración figuró como un texto que conjugaba las tradiciones del Antiguo Régimen y las experiencias de la Revolución³, sintetizando el antiguo mundo y el nuevo, característica que, hasta el día de hoy, no ha dejado de confirmar⁴.

¹. Comp. la célebre tesis de Paul Koschaker (*Europa und das römische recht*, 1947), para quien la recepción de un derecho es el resultado de una posición de fuerza política y no de una adecuación de este derecho a las costumbres de la población afectada.

². Cf. A. Chamboredon y C. U. Schmid, Pour la création d'un «Institut européen du droit», *RID comp.*, 2001, p. 691: «Tal código, unívoco, impuesto *from above* sin suficiente preparación, arriesga, por el contrario, enfrentarse a fuertes resistencias, y fragmentar incluso más nuestros ordenamientos jurídicos».

³. «Nuestro Código civil es la más grande, la más útil, la más solemne transacción, respecto del que ninguna nación ha dado una demostración en la tierra» (tribun Albisson, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, p. 120).

⁴. J. Carbonnier, *Le Code civil*, art. citado, p. 301.

Igualmente, el éxito del nuevo Código civil de Quebec de 1994 se explica por la voluntad de los codificadores de Quebec de tomar en cuenta las aspiraciones de la sociedad quebequesa: el código se plantea como el «reflejo de la realidad social, moral y económica de la sociedad quebequesa de hoy»¹.

La recodificación del derecho de familia, en el seno del Código civil francés, emprendida en los años 1960, debe el éxito a su adecuación a las aspiraciones de la nueva sociedad. El decano Carbonnier observa que, en esta materia, «su rol se limita a transcribir en los textos lo más exactamente posible, lo que le parece, corresponde a las necesidades y deseos de la nación»².

Como demuestra este último ejemplo, la adecuación de un código a la población que rige puede ser facilitada por las encuestas y los sondeos legislativos, recomendados por la sociología jurídica. En efecto, las encuestas sociológicas han jugado un rol muy importante en la recodificación del derecho de familia en Francia en los años 1960. Estas reformas fueron inspiradas por el impulsor de la sociología jurídica, el decano Carbonnier. Asimismo, luego de la elaboración del Código civil español de 1889, los poderes públicos establecieron una muestra representativa del cuerpo electoral, a fin de consultar su opinión respecto de los principios de la legislación en proyecto³.

Estos ejemplos demuestran que el éxito, con frecuencia, pertenece a los «códigos de compromiso» -siguiendo los prudentes consejos dirigidos al legislador por Montesquieu⁴-, de hecho esta expresión ha sido utilizada para referirse a códigos exitosos, previamente citados como ejemplos.

Igualmente se observó, que el Código civil francés de 1804 «pertenece a un tipo de legislación que la sociología jurídica nos enseñó a reconocer: las

¹. P. A. Crépeau, préface au Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. Officielle du Québec, 1978, vol. 1, XXVII.

². J. Carbonnier, *Droit et passion du droit...*, op. cit., 1996, p. 197.

³. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, op. cit., nº 94.

⁴. *De l'Esprit des lois*, libro XXIX, capítulo I: «Lo digo, y me parece que yo hice esta obra sólo para demostrarlo: el espíritu de moderación debe ser aquel del legislador; el bien político, como el bien moral, se encuentra siempre entre dos límites».

leyes de compromiso»¹, tal como sugiere Portalis². El derecho que sigue la línea del código de 1804, también es guiado por este espíritu de compromiso, como por ejemplo, la recodificación del derecho de familia en Francia en los años 1960³. También se explica el éxito del Código civil suizo por su afán de «conciliar los extremos políticos, las diversas tradiciones de todas las regiones suizas, las religiones protestante y católica, el espíritu de las ciudades y de los campos, el modernismo y el sentido de la continuidad histórica»⁴. El ministro de Justicia quebequés presentó el nuevo Código civil como un «contrato social», e hizo todo lo posible para obtener la unanimidad al momento de su adopción por la Asamblea nacional⁵. El código penal francés de 1994 también es descrito como un texto de compromiso político, fruto de la necesidad de engatusar a la oposición para facilitar y acelerar su adopción⁶. Los actuales proyectos de Código civil europeo también lo conciben como un texto de compromiso entre las diferentes tradiciones jurídicas europeas, a fin de que ninguna se sienta excluida e intente frenar su elaboración.

El compromiso es a veces criticado: una transacción entre fuerzas opuestas que dirigen la génesis del derecho, sólo podría generar códigos mediocres⁷. Es cierto, continuando con las críticas de Ripert, el compromiso a veces puede tornar insulso un código o puede hacerle perder su coherencia global: por ejemplo, el compromiso político que conduce a la adopción del Código penal francés de 1994 es considerado «costoso» e indiscutiblemente

¹. J. Carbonnier, *Le Code civil*, art. citado, p. 301.

². «El descubrimiento de las cosas verdaderas o útiles, es generalmente la recompensa de los caracteres moderados y de los buenos espíritus» (Examen des observations proposées contre le projet de Code civil, in J. E. M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, p. 64.

³. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit... op. cit.*, p. 195 y ss.

⁴. G. Petipierre, *Introduction au Code civil*, Chapalay-Mottier, p. 1.

⁵. Comentarios del ministro de Justicia, *op. cit.*, p. VI.

⁶. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, específicamente p. 203 y ss. *Adde* égal. M. Delmas-Marty, *Le Nouveau Code pénal, avant-propos*, *Rev. sc. Crim.*, 1993, p. 433: «Raras veces una reforma penal ha sido tan consensual».

⁷. Cf. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, nº 52: «La ley, creada por el Poder apoyándose en un compromiso entre fuerzas opuestas, no podría ser la gran obra creadora de nuevas instituciones. Un código no puede ser establecido más que por la abdicación de toda discusión».

dañino¹. El compromiso es, a menudo, ridiculizado: «De Portalis se dijo que con los cardenales usaba el lenguaje de las sacristías y, en el Consejo de Estado, con Berlier o Treillhard, defensores de los acervos de la Revolución, la argumentación de los filósofos»². Pero el decano Carbonnier lo alaba con razón «un espíritu de compromiso que, respecto del derecho, por el contrario, es signo de una equilibrada vitalidad»³.

Mesura, garantía de efectividad de un código creado, pero también transplantado.

2. Un código trasplantado

La importación de un código extranjero puede ser impuesta luego de una colonización o de una ocupación militar: al no proceder de un acto deliberado de elección de técnica legislativa, sólo el mantenimiento o el rechazo del código tras la descolonización o la liberación pueden ser significativos⁴. Pero el *imperium* del conquistador afortunadamente no es el único vector de importación: por razones fáciles de entender, la importación voluntaria de un código extranjero, constituye una tentación frecuente en la Historia y en el mundo.

Además de la atracción por lo nuevo, reacción psicológica instintiva ya destacada de manera general por Descartes⁵, que puede motivar una

¹. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 203 y ss.

². J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 79. *Adde*: El retrato de Portalis por Mathieu Molé, *Souvenirs d'un témoin de la Révolution et de l'Empire (1791-1803)*, Ginebra, ed. 1943, p. 163: «Incapaz de convicción, carente de pasión, casi sin preferencias, él captaba respecto de todos los temas el pro y el contra con la misma prontitud, y con el mismo éxito... Él no entendía lo que había sido entendido, no decía lo que había sido dicho...».

³. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 290.

⁴. Estas importaciones forzadas serían, por otro lado, escasas en la Historia (cf. R. Sacco, *La comparaison...*, *op. cit.*, p. 123).

⁵. «Cuando el primer encuentro de algún objeto nos sorprende, y lo juzgamos como nuevo, o muy distinto a lo que conocíamos antes, o de lo que suponíamos debería ser, esto hace que lo admiremos» (*Les passions de l'âme*, *Oeuvres*, Gallimard, «La Pléiade», p. 723).

importación, el decano Carbonnier alude al «mito del legislador extranjero»¹. El trasplante de un código constituye el método de codificación indudablemente más rápido, como lo han reconocido explícitamente numerosos codificadores a lo largo de la Historia.

Este argumento parece determinante, por ejemplo, en los comienzos de la era Meiji en Japón. Frente a la necesidad de instaurar el capitalismo nacional, a fin de mantener la independencia del país ante las presiones occidentales, el nuevo gobierno debe actuar tan rápidamente que se contenta, en un primer momento, con la traducción de los códigos franceses, antes de encargarse de la elaboración de códigos específicos pero fuertemente inspirados en códigos occidentales². Más o menos en la misma época, en Vietnam, los juristas del emperador Gia-Long, que deseaban adoptar un código, deciden copiar casi textualmente el código de los Tsing por explícitos imperativos de rapidez³. Otra ilustración muy elocuente: en la nueva Rumania de fines del siglo XIX, los trabajos de la comisión encargada de elaborar el proyecto de Código civil sólo duraron cuarenta días. Probablemente el tiempo necesario para la traducción del modelo francés⁴... La preocupación por la rapidez también predomina en el gran movimiento de codificación impulsado por Atatürk, prefiriendo, por esta razón, inspirarse directamente de los modelos suizos y alemanes antes que confeccionar un código propio para su país, como ciertos juristas lo deseaban, en particular el ministro de Justicia, Mehmet Seyyit bey⁵. Este mismo imperativo de rapidez lo encontramos en la decisión de los codificadores de Europa central y oriental, luego de la caída del comunismo, al inclinarse hacia

¹. A Beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in *Essai sur les lois, op. cit.*, p. 227.

². Cf. Y. Noda, La réception du droit français au Japon, *RID comp.*, 1953, p. 546: «En tales circunstancias, el gobierno japonés no tenía tiempo para esperar que un derecho moderno naciera espontáneamente, junto con la transformación gradual de la estructura social a una estructura capitalista».

³. C. T. Nguyen, Le Code des Lê et le Code des Nguyễn étaient-ils des codes nationaux?, in *Histoire de la codification au Vietnam, op. cit.*, p. 185 y ss., específicamente p. 220.

⁴. V. D. Zlatescu y I. Moroiu Zlatescu, Le droit roumain dans le grand système romano-germanique, *RID comp.*, 1991, p. 836.

⁵. Cf. R. Poroy, L'avenir du droit: optimiste malgré tout, *Mélanges F. Terré*, PUF, Dalloz, *Juris-Class.*, 1999, p. 834.

modelos que ya habían demostrado facilitar un acceso inmediato a la economía de mercado¹. Última ilustración, el argumento es hoy utilizado por ciertos autores que participan de las reflexiones relativas a la elaboración de un Código civil europeo, proponiendo que el código de uno de los Estados miembros sirva de modelo, o al menos de fuente de inspiración, a fin de apurar su adopción².

Siendo admitido el principio de trasplante para un código extranjero, resta la elección del modelo, que depende de múltiples factores no excluyentes los unos de los otros³.

Uno de los más importantes reside, sin duda, en la novedad del código, garantía de eficiencia en un mundo jurídico en perpetuo cambio: esto explica el gran éxito del modelo francés a lo largo del siglo XIX, que disminuye con la publicación del BGB y de los códigos suizos a principios del siglo XX⁴.

Igualmente, la elección de un código puede depender de simpatías o, por el contrario, de aversiones políticas, un código constituye un símbolo que se identifica con el hombre o el país que lo adoptó. En este sentido, es ejemplar, el éxito o, por el contrario, el rechazo al Código civil francés a lo largo del siglo XIX, en Europa y en el mundo, según la atracción o repulsión a Napoleón Bonaparte, o a las ideas provenientes de la Revolución que él simboliza⁵. Otra ilustración, el Código civil italiano se inspira del modelo francés y no del ABG austriaco que, sin embargo, fue parcialmente aplicado en la península, porque la unidad del país se basa en la oposición a Austria, transformando en

¹. G. Ajani, La circulation de modèles juridiques dans le droit postsocialiste, *RID comp.*, 1994, p. 1087 y ss.

². Cf. por ejemplo, las opiniones mayoritariamente emitidas luego del coloquio de Pavía de 1990, referente al futuro del código europeo de los contratos (cf. G. Gandolf, Pour un code européen des contrats, *RTD civ.*, 1991, p. 707 y ss., específicamente 723 y ss., que propone como modelo al código italiano, lo que quizás ilustra el riesgo del chovinismo de este método...).

³. Cf. por ejemplo para el Código civil francés, J. Gaudemet, L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques, in *Sociologie historique du droit, op. cit.*, p. 117: «La difusión que entonces tenía la lengua francesa, el prestigio de una cultura, las cualidades de forma del Código, la simplicidad de su estilo, contribuyen de una manera no despreciable a su éxito».

⁴. R. Sacco, Rapport de synthèse, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV, 1993, La circulation du modèle juridique français, p. 5 y ss., específicamente p. 10 y ss.

⁵. Cf. *supra*, p. 163, 168, 169.

impopular todo aquello que procede de Viena. En Japón, a fines del siglo XIX, la voluntad del Emperador de construir un Estado absolutista inspirado en el modelo prusiano, favorece la influencia del BGB en detrimento del Código civil francés, portador de las ideas liberales resultantes de la Revolución francesa¹. Por último una ilustración más paradójica, los lazos culturales y jurídicos forjados en la época de la colonización explican que, pese a una independencia a veces conquistada con violencia, los nuevos Estados copian el Código de la antigua potencia colonial; los códigos occidentales resurgen, por ejemplo, en numerosos Estados africanos, recuperando su virtud gracias a la soberanía estatal.

El prestigio del modelo del cual el país imitador busca acaparar los atributos, juega un rol no menor en la elección de un código a imitar². De esta manera, el prestigio político del Código civil francés o el prestigio científico del BGB, facilitaron su difusión en el mundo, prestigio que, hasta el día de hoy, ejerce un poder de seducción considerable. Asimismo, el prestigio del código del antiguo poder colonial simboliza un modelo de desarrollo económico y jurídico que sedujo a numerosos países africanos tras su independencia³.

La elección de un modelo de código también puede estar influida por el aura de la doctrina del país que lo elaboró. A veces, esta influencia será directa. Tal es, por ejemplo, el caso de los códigos adoptados por los países de América Latina, tomados del modelo francés gracias a la riqueza y a la difusión de la doctrina francesa en el siglo XIX. Como lo observó un autor: «Generalmente no es el Código civil (o los otros códigos napoleónicos), ni sus disposiciones legislativas, la fuente de inspiración o de codificación en nuevos

¹. Cf. Y. Noda, *La réception du droit français au Japon*, *RID comp.*, 1953, p. 550: «La nueva constitución debía ser concedida por el Emperador a sus súbditos. Por esta razón el carácter absolutista del Imperio prusiano era más atractivo para los hombres de Estado japoneses, y no la República francesa... esta tendencia política no dejaba de reflejarse en el plano jurídico».

². R. Sacco, *La comparaison...*, *op. cit.*, p. 123.

³. Cf. R. David, encargado de elaborar un Código civil etíope en 1960, que concibe «como un instrumento político destinado a designar ciertas vías de desarrollo del país» (*La refonte du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 161), cf. *supra*, p. 177.

Estados, sino que, casi siempre, es la influencia de la doctrina y la jurisprudencia lo que se impone»¹. Igualmente, el Código civil argentino de 1869 se inspira en el Código civil francés a través de las obras de Pothier, que influenciaron directamente a su redactor, Velez Sarsfield². Con frecuencia, el prestigio de la doctrina de un país no juega más que un rol indirecto, lo que se traduce en el nombramiento de un representante en la comisión de codificación, contribuyendo así en la elaboración de un código similar a aquel de su país. Los ejemplos abundan respecto de la doctrina francesa: el Código civil adoptado por el gobierno chino republicano en 1929, lleva la marca del Código civil francés debido la influencia de Jean Escarra, quien participa en la Comisión de codificación; asimismo, la influencia del Código civil francés en el Código libanés de las obligaciones y los contratos de 1930, se debe, en gran parte, a la personalidad de Josserand, quien contribuye en su elaboración. La riqueza de la doctrina alemana del siglo XIX explica igualmente la exportación del BGB al extranjero, reemplazando a veces al modelo francés, incluso superponiéndose a él³.

La adopción de un código de un país determinado puede explicarse por una cierta proximidad sociológica y cultural con el país de préstamo. De esta manera, se ha explicado el debilitamiento de la influencia de los códigos franceses durante la era Meiji en Japón, en favor de los códigos alemanes, debido a la proximidad entre las estructuras sociales, alemanas y japonesas, ambas muy jerárquicas⁴. Es evidente que la identidad lingüística constituye un factor no despreciable en la elección de un modelo, ya que pudo facilitar la adopción de un código inspirado del modelo francés en Louisiana, en Quebec o en muchos países africanos, o el modelo español o portugués en América

¹. Cf. C. Jauffret-Spinosi, Rapport introductif sur l'Amérique latine, in *La circulation... op. cit.*, p. 111.

². V. Pasqualini-Salerno, L'influence de Pothier sur le droit civil argentin, in Robert-Joseph Pothier, *D'hier à aujourd'hui*, Economica, 2001, p. 131 y ss.

³. Cf. R. Sacco, *La comparaison... op. cit.*, p. 150.

⁴. N. Rouland, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 213.

Latina¹. De modo inverso, se ha señalado que, a pesar de la simpatía por las ideas francesas y la hostilidad hacía la antigua potencia colonial, el Código civil francés no pudo imponerse después de la independencia de los Estados Unidos, porque las principales fuentes jurídicas francesas no estaban traducidas a la lengua inglesa².

La elección de un modelo puede derivarse de vínculos, intercambios culturales entre los hombres, en particular los juristas, de dos países. De esta manera, se pudo explicar entre otros, la elección del modelo suizo en la Turquía de Atatürk, por la intervención de un grupo de juristas turcos llamados «*les Lausannois*»³, quienes estudiaron derecho en Suiza y que, durante el periodo de reformas, ocupaban cargos importantes en la administración turca⁴. Asimismo, el Código civil griego fue directamente influenciado por el BGB, ya que el soberano Othon I^o, príncipe de la familia de Wittelsbach, se rodeó de juristas alemanes.

La adopción de un código de tal o cual país, puede también estar ligada a las vicisitudes de la Historia, un código que transita por un país puede ser luego adoptado en otro, desprovisto de todo lazo con el primero: para citar algunos ejemplos, el Código civil egipcio de 1949, inspirado en el modelo francés, fue considerado proveniente de un país islámico y, bajo este título fue copiado en numerosos países árabes (Código sirio de 1949, Código iraquí de 1953, Código libanés de 1954, Código somalí de 1973, Código argelino de 1975...); el Código de Puerto Rico se inspira en el Código de Louisiana que redifunde el modelo francés; el Código civil búlgaro, de 1880, retoma el Código civil italiano que, a su vez, es calcado del francés; el Código civil chileno de 1855 se inspira del Código civil español, calcado del francés, e influencia los

¹. Ejemplos: influencia del Código de comercio español de 1829 en Bolivia y en Costa Rica, de aquel de 1885 en Cuba, en México y en Perú; del Código de comercio portugués de 1833 en Brasil.

². I. Zajtay, *La réception globale des droits, étrangers, Trav. de recherche de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. XXXIII, 1970, p. 34.

³. N. del T.: Relativos a Lausana, ciudad y comuna suiza capital del cantón de Vaud y del distrito de Lausana.

⁴. *Ibid.*, p. 33.

códigos adoptados en Ecuador en 1861, en Colombia en 1873, y en Argentina en 1869¹; el Código civil serbio de 1844 se basa en el Código civil francés, directamente, o a través del Código civil austriaco de 1811².

Finalmente, la elección de un modelo depende sin duda de sus cualidades científicas, lo que explica el éxito del Código civil francés o del BGB, ciertamente una de sus cualidades no menores son sus capacidades de adaptación. De esta manera, el éxito del Código civil francés quizás está ligado a que «importantes decisiones políticas pueden ser expresadas al margen del Código y sin contradecirlo»³. A pesar de la imagen moderna y liberal que mantiene, durante buena parte del siglo XIX, el Código civil francés parece compatible con decisiones políticas muy distintas. Incluso tolera la amputación de partes relativamente autónomas, como aquellas relativas al derecho de las personas o de la familia, por ejemplo, lo que permite su trasplante en el siglo XX, en países comunistas o musulmanes.

Cualquiera sea el conjunto de argumentos que justifican la adopción de un determinado modelo de código, una dosis de irracionalidad es inevitable. Así, el gobierno albanés, encargó recientemente a un grupo de juristas alemanes la elaboración de un Código de comercio, estos redactaron un modelo no directamente inspirado de su legislación nacional, sino del Código de comercio francés y de la ley de 1966 sobre sociedades comerciales⁴.

Sin embargo, un código es producto de una historia, de una cultura. Como observaba Escarra «no se le ha dado suficiente reconocimiento al hecho de que codificar es esencialmente tener en cuenta el estado y las aspiraciones jurídicas de un país, en un momento determinado de su evolución»⁵, eco de la

¹. Cf. R. Sacco, Rapport de synthèse, in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 8.

². B.-T. Blagajevic, L'influence du Code civil sur l'élaboration du Code civil serbe, *RID comp.*, 1954, p. 733 y ss.

³. Cf. R. Sacco, *La comparaison...* op. cit., p. 135.

⁴. G. Ajani, La circulation de modèles juridiques dans le droit postsocialistes, *RID comp.*, 1994, p. 1087 y ss., específicamente p. 1102.

⁵. Le droit chinois, citado por E. Schaeffer, De l'importation de codes..., art. citado, p. 277.

célebre teoría de los clima de Montesquieu, para quien: «Ellas (las leyes) deben ser tan propias del pueblo para el cual fueron creadas, que es una gran casualidad si las de una nación pueden convenirle a otra».¹ Igualmente, el trasplante siempre debe ser llevado a cabo con gran prudencia, a fin de evitar todo riesgo de ineffectividad. Como observa Eugène Schaeffer, quien, después de haber señalado que «la codificación de inspiración europea no puede transformar los comportamientos de los individuos en una sociedad culturalmente diferente», hace un balance global negativo de la recepción de los códigos importados². Destierren el derecho local, vuelve al galope: muchos ejemplos ilustran el fracaso de códigos inadaptados en su país de importación.

No citaremos el caso de códigos adoptados por la metrópolis para una colonia, a fin de imponer el derecho occidental mientras se domestican las costumbres locales³, ya que no se puede hablar con propiedad de un código trasplantado en un Estado soberano. Sin embargo, el caso de los códigos adoptados por países africanos luego de su independencia, es elocuente. De hecho, se ha evocado a propósito de éstos, el sueño de Ícaro: el código no es el sol que ilumina el mañana prometedor, sino el que quema las alas de los ingenuos que creen que puede asegurar el desarrollo político y económico⁴. Estos Códigos, cuyo contenido difiere fundamentalmente del derecho consuetudinario vigente en los países afectados, a menudo despreciado por los codificadores occidentales⁵, nunca resultan exitosos. La experiencia de

¹. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, libro I, capítulo III.

². E. Schaeffer, *De l'importation des codes...*, art. citado, p. 281. En el mismo sentido, P. Koschaker, citado por E. Agostini, *Droit comparé*, op. cit., n° 168: «Ningún legislador podrá evitar dar al derecho indígena un cierto espacio. E incluso, si considera realmente una recepción en bloque, es dudoso que pueda excluir por completo el derecho indígena».

³. Por ejemplo, cf. J.-P. Royer, *Le Code civil de Tonkin à l'usage des juridictions indigènes promulgué le 30 mars 1931*, in *Histoire de la codification juridique au Vietnam*, op. cit., p. 319 y ss.

⁴. E. Le Roy, *Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Ícare*, in *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, bajo la dir. de M. Doucet y J. Vanderlinden, Bruylant, 1994, p. 311 y ss.

⁵. Cf. R. David, *La refonte du Code civil dans les États africains*, *Annales africaines*, 1962, p. 161: «Me pareció que esta costumbre no merecía respeto; ella es la causa del nivel extremadamente bajo en el que está la sociedad africana; ella es la causa del subdesarrollo en todas sus formas... No era cuestión elaborar en Etiopía un derecho sobre la base de costumbres; el derecho debía ayudar, por el contrario, a relegar sus costumbres al pasado». Para otras ilustraciones, cf. R. Degni-Segui, *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Les nouvelles éditions africaines*, t. 1, 1982, p. 464.

codificación no es dichosa, sin duda es brutal: gran parte de la población, esencialmente rural, resulta ajena al modo de razonamiento y al contenido de los nuevos códigos, y continúa con la aplicación del derecho ancestral¹. Los ejemplos abundan en el derecho de familia o inmobiliario²: así un autor observó, a propósito del Código senegalés de las obligaciones civiles y comerciales adoptado en 1963, en aquello que concierne la parte general, y en 1966, en aquello que concierne los contratos especiales, que éste constituye una simple restauración maquillada del derecho francés: «Excluyendo los empresarios y el pequeño mundo de la Cámara de comercio y de la industria de Dakar, ¿quién utiliza estos procedimientos?... En mis trabajos de 1969 en 1979, sólo vi aplicar en zonas rurales el derecho tradicional en su versión de derecho común consuetudinario»³. Asimismo, en el Código senegalés de familia de 1972, fuertemente criticado por las autoridades islámicas, se observa que sus normas protectoras, especialmente las que conciernen la mujer casada, son muy poco aplicadas por las clases tradicionales de la sociedad: «La promoción de valores sociales de liberación y de valorización de la mujer se presenta de manera superficial. Más vale ser rica, joven, cristiana y de Dakar para ampararse en el código, que la esposa abandonada de un campesino polígamo del valle del río»⁴. Como una reacción enérgica contra estas codificaciones, muchos Estados africanos conducen hoy una política llamada de «autenticidad jurídica», que intenta combinar las ventajas de los códigos modernos con aquellas de las costumbres tradicionales, introduciendo, por ejemplo, facultades para optar

¹. R. Degni-Segui, Codification et uniformisation du droit en Afrique noire francophone, *Rev. Indépendance et coopération*, 1986, 3, p. 284 y ss.

². Cf. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, nº 210, o del mismo autor, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, nº 215.

³. E. Le Roy, *Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare*, art. citado p. 314.

⁴. *Ibid.*, p. 319.

entre los dos tipos de derecho¹. Así, el derecho tradicional es, en parte, recuperado por códigos en los que, de cierta forma, se reencarna...

El caso de Turquía constituye también una ilustración tónica de la ineffectividad de los códigos importados del extranjero, muy alejados de las costumbres nacionales. Desde el siglo XIX, muchos códigos de inspiración occidental, esencialmente francesa, son adoptados (Código de comercio en 1830, Código penal en 1858, Código de procedimiento penal en 1880, Código de procedimiento civil en 1881)², sin embargo en los años 1920, un gran movimiento de codificación es impulsado por Atatürk. Un Código civil y un Código de obligaciones, son adoptados en 1926, copiados del modelo suizo, el código occidental más nuevo en esa época. Por otro lado, los códigos ya existentes son ampliamente renovados. Las normas del Código civil, y en particular las relativas al derecho de las personas y de familia, son contrarias a las costumbres tradicionales del país: el matrimonio, contrato estrictamente privado en el derecho musulmán, deviene una institución que se celebra oficialmente; y, el divorcio es oficializado y organizado judicialmente, reemplazando el repudio unilateral, reconocido por el derecho islámico. Como justamente se escribió: «Conservador en Suiza, el Código civil era entonces revolucionario en Turquía»³. Evidentemente, el mundo rural turco practica una «resistencia pasiva»⁴ y sigue aplicando el derecho tradicional. Los tribunales y mayormente el legislador intentan paliar este desajuste entre lo impuesto y lo que se vive: el Parlamento se ve obligado a legislar periódicamente respecto de las uniones polígamas y las uniones celebradas sin autorización del oficial del registro civil, legitimando además los nacimientos dentro de éstos. En

¹. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, op. cit., nº 219, que cita el Código togolés de las personas y de familia de 1980, que reenvía a la costumbre en caso que el difunto no haya elegido regular su sucesión recurriendo a las disposiciones del código.

². J. Lafon, *L'empire ottoman et les codes occidentaux*, *Droits*, 1998, nº 26, p. 51.

³. E. Agostini, *Droit comparé*, op. cit., nº 170.

⁴. *Ibid.*

consecuencia, los códigos elaborados bajo el impulso de Atatürk, fueron en gran medida inaplicados debido al brutal traspaso del derecho occidental¹.

Se ha llegado a veces, al extremo de que un código muy alejado de la realidad de un país no pueda ser promulgado.

Tal es, por ejemplo, el caso del proyecto de Código civil elaborado por Boissonade para Japón, a fines del siglo XIX. Este proyecto de Código civil, presentado en 1891, es objeto de fuertes críticas, sintetizadas en un Manifiesto firmado por once juristas japoneses en 1892, que le reprochan, invocando a Savigny, establecer un código alejado de las raíces históricas del derecho tradicional japonés². Sensible ante estos argumentos, el poder imperial rechaza el proyecto, mencionando explícitamente que éste no da cuenta de las costumbres tradicionales del pueblo japonés³, apreciación al parecer bastante realista⁴, pese a que la elaboración del derecho de personas y de familia hubiese sido encargada a una comisión de juristas japoneses. Paradójicamente, una nueva comisión formada tras ese rechazo logra, en 1898, la adopción de un Código civil... muy inspirado del BGB, la germanización alcanza entonces otros sectores del derecho⁵. Esfuerzo perdido, puestos que estos códigos reciben muy poca aplicación. Por ejemplo, el artículo 739 del Código civil exige una declaración del registro civil para la validez del matrimonio, mientras que en el Japón tradicional el matrimonio implicaba únicamente, después de las festividades rituales, la vida en común. Por eso, la formalidad exigida por el

¹. Comp., la opinión matizada de R. Poroy, L'avenir du droit: optimisme malgré tout, *Mélanges F. Terré*, PUF, Dalloz, *Juris-Class.*, 1999, p. 834.

². Y. Okubo, La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur: refus du législateur étranger?, *RID comp.*, 1991, p. 390 y ss., específicamente, p. 397.

³. Aunque otros factores influyeron, particularmente políticos, los dirigentes japoneses se rigidizan y prefieren el modelo más autocrático de Prusia (cf. Y. Noda, *Introduction au droit japonais, op. cit.*, p. 57). La influencia de otros factores permite explicar que el Código penal, y el Código de instrucción criminal hayan entrado en vigor en 1882, aportando miles de cambios al derecho japonés anterior: principio de legalidad de los delitos y de las penas, retroactividad *in mitius*, igualdad ante la ley... (cf. H. Moitry, *Le droit japonais, op. cit.*, p. 17).

⁴. Cf. C. Jamin, Boissonade et son temps, *APD*, 2000, p. 311, n. 172: «Pareciera que su proyecto de código constituye más bien un diálogo con el antiguo derecho romano -esto es demostrado por las múltiples referencias realizadas-, más que con el derecho japonés, respecto del que casi no existen menciones, pese a que no está ausente».

⁵. Cf. *supra*, p. 41.

artículo 739 del Código civil no es respetada en la práctica, la jurisprudencia consagra oficialmente esta ineffectividad y admite que el *naïem*, cumplimiento de la celebración ritual, basta en muchos casos para la validez del matrimonio¹. Como observa de manera general M. Noda: «La vida social del pueblo no deja de estar dominada por las antiguas normas de conducta de carácter feudal, que se alejan bastante del sistema jurídico moderno. Por cierto, esto no se limita únicamente a la vida rural. También en la ciudades, existe un rechazo a las soluciones jurídicas»². La mentalidad del pueblo japonés, que prefiere ante todo la conciliación y los modos informales de resolución de conflictos, resulta ajena a los códigos occidentales, como para que éstos puedan adaptarse y prosperar en Japón: «En Japón, la introducción de los derechos occidentales no modifica en nada la concepción que los japoneses tienen del derecho, considerado como peligroso o, como mínimo, inútil»³.

El caso de las desventuras de los códigos occidentales en Japón pareciera no ser el único. El proyecto de Código civil serbio de 1834, directamente calcado del Código francés, no prospera y da lugar al Código de 1844, que se distancia un poco más, porque la comisión encargada de analizar el proyecto considera que las reglas francesas no corresponden con las costumbres de la población serbia⁴.

Un trasplante tiene más posibilidades de tener éxito si las costumbres del país de origen del código y aquellas del país de importación son similares, como los comparatistas pudieron observar, en términos generales, a propósito

¹. J.-H. Moitry, *Le droit japonais*, *op. cit.*, p. 30.

². Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, *op. cit.*, p. 67.

³. *Ibid.*, p. 179. Acerca de la dificultad de traducir los conceptos del derecho francés desconocidos en Japón, cf. *supra*.

⁴. Cf. B.-T. Blagojevic, L'influence du Code civil sur le Code civil serbe, *RID comp.*, 1954, p. 737, que cita los miembros de esta comisión: «Las leyes traducidas del Código civil francés... fueron hechas en diferentes circunstancias, para un pueblo con una civilización distinta, con una política diferente, en consecuencia éstas no son aplicables en Serbia».

de todo injerto de un mecanismo o de una institución jurídica¹. De esta manera se explica, por ejemplo, que el Código civil francés de 1804, adaptado a la nueva sociedad de principios del siglo XIX que se desarrolla en Europa –y que de hecho en parte ayuda a surgir-², sobrevive relativamente el hundimiento del Imperio, en ciertos Estados en los que, no obstante, había sido militarmente impuesto³. Su mantenimiento hasta nuestros días en Bélgica y Luxemburgo, países culturalmente muy cercanos a Francia, no parece ser fruto del azar, así como, a la inversa, su recepción fue más difícil en los campos rumanos, cultural y geográficamente distantes⁴. El Código civil chileno de 1855, que se funda en el derecho nacional, a pesar de innegables influencias extranjeras, inspira con éxito, numerosos códigos de otros países de América Latina, «porque para todos estos países, este código contiene un derecho que ellos conocen desde los orígenes y por tanto, no les resulta ajeno»⁵.

Pero estas constataciones no tienen la infalibilidad de las observaciones de las ciencias exactas, y ciertos códigos bastante alejados de las costumbres del país importador, pueden adaptarse completamente. De esta manera, un autor observó a propósito de los códigos egipcios de 1876 y 1883, directamente inspirados del modelo francés: «Esta penetración de nuestro sistema jurídico, en aquel de un país tan profundamente distinto por el idioma, las costumbres, las ideas, la religión, y cuyo propio derecho inmutable, sagrado, es tan original, he aquí un hecho sorprendente, paradójico, que parece contradecir las mejores conclusiones establecidas por la crítica histórica»⁶.

¹. R. Sacco, *La comparaison... op. cit.*, p. 125: «Si dos sistemas se parecen, las influencias y las imitaciones (unilaterales y recíprocas) son más intensas que si defirieran mucho».

². Cf. J. Carbonnier, *Le Code des Français a-t-il changé la société Européenne? D*, 1975, p. 171 y ss.

³. Cf. por ejemplo, J. Gaudemet, *Le temps de l'historien des institutions*, in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, *Juris-Class.*, 1999, p. 105 y ss.

⁴. Cf. L.-J. Constantinesco, *Rapport roumain*, in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, Pédone, 1954, p. 664, «Ajeno a las costumbres del pueblo, el nuevo código era ajeno a la realidad social del país».

⁵. A. Guzman, *Rapport chilien*, in *La circulation du modèle juridique français*, *op. cit.*, p. 146.

⁶. P. Armijon, *Le Code civil et l'Égypte, Livre du centenaire, t. 2, op. cit.*, p. 758.

Un trasplante de código extranjero tiene iguales posibilidades de éxito aún siendo parcial: no concerniendo más que una parte de sus disposiciones. El país importador puede incluso preferir conservar las reglas jurídicas locales respecto de materias en las que la costumbre o la religión juegan un rol preponderante, como por ejemplo, el derecho de las personas y de familia. Un trasplante parcial de código extranjero permite reducir el riesgo de ineffectividad, aunque el legislador debe evitar que se constituyan guetos de derecho extranjero no relacionados con las costumbres del país de recepción; peligro limitado en la práctica, puesto que normas aisladas se integran con mayor facilidad en un sistema jurídico.

Así, en los países en los que la religión musulmana es dominante, las codificaciones más exitosas son aquellas que se limitan a las materias que no conciernen las prescripciones del Corán, como el derecho de las obligaciones, por ejemplo. Los códigos *Medjelles*, adoptados por los últimos sultanes turcos a fines del siglo XIX, se limitan a ciertas materias, obviando el derecho de familia y sucesorio, y logran cierto éxito que sólo será truncado por las vicisitudes de la historia¹. Se destaca igualmente el proyecto de Código tunecino, elaborado en 1856 por un jurista italiano, Santillana, respecto del que sólo una parte fue promulgada, transformándose en el Código tunecino de las obligaciones y de los contratos de 1906, cuya aplicación resulta relativamente efectiva². A la inversa, el proyecto de Código de derecho musulmán argelino, o Código Morand (debido al nombre de su redactor principal), elaborado en 1916, que claramente contiene ciertas disposiciones protectoras de la mujer, no es jamás promulgado por la fuerte oposición de los cadíes³.

¹. En este sentido, J. Lafon, *L'Empire ottoman...* art. citado, específicamente p. 69. *Adde*: E. Schaeffer, *De l'importation de codes...*, art. citado, p. 270, a propósito del sultán: «Conecta, gracias al derecho moderno, su comercio y su industria con el de las naciones europeas, pero no modifica la vida cotidiana y familiar de sus pueblos».

². Cf. el balance más bien positivo establecido por M. Zine, *Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats*, in *La codification*, bajo la dir. de B. Beignier, *op. cit.*, p. 188 y ss. El éxito de este código, sin duda, se debe a que en éste opera una combinación equilibrada de derecho occidental y de derecho musulmán.

³. D. Sourdel, *Droit musulman et codification*, *Droits*, nº 26, 1997, p. 47.

El Código civil mauriciano es un ejemplo particularmente exitoso de trasplante parcial, ya que, aunque al principio es total, éste se autolimita progresiva y paulatinamente. El Código civil francés entra en vigor en la isla luego de su ocupación por los franceses bajo el Primer Imperio, pero pese a su anexión a la corona británica, oficializada por el tratado de París de 30 de mayo de 1814, subsiste. Concebido para una sociedad monolítica y cristiana, las normas relativas al derecho de las personas y de familia, en particular aquellas relativas al matrimonio, no corresponden a la sociedad multiconfesional de la isla. Por ejemplo, el matrimonio religioso no es reconocido por el afán de laicidad del Código, en consecuencia una buena parte de la población mauricana se mantiene al margen de éste¹. Para remediar esto el *Civil Status Act*, de 1981, incluye en el código los artículos 228-1 a 228-10, que permiten a todo mauriciano optar por la celebración de su matrimonio civil en la forma religiosa, los musulmanes pueden incluso elegir la aplicación de reglas islámicas.

El éxito de un trasplante, total o parcial, depende en gran medida de la voluntad de la jurisprudencia, de integrar el injerto y transformarlo en un elemento del derecho nacional, o rechazarlo y condenarlo a ser una sección de derecho extranjero. Los tribunales pueden facilitar la adaptación del código a las costumbres del país de recepción, evitando favorecer respecto de los conceptos adoptados la interpretación jurisprudencial del país de origen. Es posible citar varios ejemplos de interpretación local de reglas adoptadas que facilitan el éxito de un código trasplantado.

El Nuevo Código civil de Quebec toma prestados conceptos del Código civil francés y también de los códigos alemán, italiano, etíope, polonés,

¹. E. Venchard, La codification et l'évolution du droit civil mauricien, in *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, 1986.

mexicano, etc.¹, pero el riesgo que implican estos préstamos es señalado por la doctrina quebequesa: «Si el derecho extranjero penetra por sus fuentes en el derecho quebequés éste debe “quebequizarse”, es decir, debe dejar de ser “extranjero” para devenir, en términos metafóricos, un corazón nuevo que, una vez implantado ya no es del donante, sino más bien del receptor»². Los autores quebequeses insisten en el rol de los tribunales para atenuar este riesgo: «Estos trasplantes, si quieren sobrevivir e integrarse armoniosamente en la estructura general del código, deberán ser interpretados estrictamente en relación al conjunto del código y del derecho civil...»³.

Asimismo, los tribunales mauricianos siempre demuestran gran independencia respecto de la interpretación francesa de normas idénticas, negándose, por ejemplo, a aplicar la solución del fallo *Jand'heur*⁴... con anterioridad a su incorporación por el legislador al texto del artículo 1384⁵.

Observaciones similares pueden formularse a propósito de la jurisprudencia belga, que «con frecuencia se ha inspirado de la jurisprudencia francesa, pero sin jamás renunciar a su espíritu independiente»⁶, la interpretación del artículo 1384 C. civ. proporciona un ejemplo célebre de esta independencia, puesto que para los tribunales belgas, es el vicio de la cosa el que conlleva una presunción en contra de aquel que la tiene en su poder⁷.

¹. Cf. R. Cabrillac, *Le Nouveau Code civil du Québec*, D, 1983, p. 268, y en términos más generales, H. Glenn, *Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec*, in *Le Nouveau Code civil, interprétation et application, journées Maximilien Caron*, 1992, Thémis, p. 175 y ss.

². J.-L. Baudouin, *Conférence de clôture*, in *Le Nouveau Code civil, interprétation et application, op. cit.*, p. 326.

³. J.-L. Baudouin, *Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification*, in *Conférences sur le Nouveau Code civil de Québec*, Yvon Blais, 1991, p. 19.

⁴. *Mangroo v. Dahal* (1937), *Mauritius Reports* 43: «Si consideramos que éstas (las jurisdicciones francesas) han atenuado un texto de la ley o han agregado algo a sus disposiciones, no debemos seguirlas».

⁵. Act 9/83 (cf. E. Agostini, *Responsabilité du fait des choses: l'île Maurice est encore l'île de France*, *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. II, p. 8).

⁶. A. Meeus, *Rapport belge*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV, 1993, *La circulation du modèle juridique français, op. cit.*, p. 31.

⁷. *Ibid.*, p. 27.

Conclusión

¿La codificación tiene un presente, o incluso un futuro? ¿Es ella capaz de remediar, en este comienzo de milenio -como ya lo ha hecho en reiteradas oportunidades a lo largo de la Historia-, la crisis de las fuentes del derecho que la ha suscitado?

Esto ha sido puesto en duda. La utilidad de las codificaciones del siglo XIX ha sido cuestionada, autores han argumentado que no aporta plus-valía a las leyes que debería superar. Géný, por ejemplo, duda que «la codificación pueda aumentar la eficacia de la legislación, de la cual no es más que una forma particular y accidental»¹. Este argumento sigue siendo actualmente defendido, con acentuado vigor por las imperfecciones de las codificaciones contemporáneas de derecho constante. La codificación quizás es una especie de placebo a disposición de los poderes públicos, a fin de intentar aliviar el sentimiento de inseguridad jurídica; sin embargo no puede remediar la crisis de las fuentes del derecho que debería reabsorber. El código, no constituye más que un múltiplo de la ley, por tanto es incapaz de poseer más virtudes que ésta última. De esta manera, la codificación no escaparía a la tantas veces descrita, crisis contemporánea que afecta a la ley²: «La desacralización y la desestabilización de la ley han pervertido la racionalidad del derecho y, como

¹. F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. 1, n° 52.

². Magistralmente presentada, entre otros, por F. Terré, *La crise de la loi*, APD, 1980, p. 17 y ss.

consecuencia, han socavado los cimientos de los códigos»¹. Codificar sólo desplaza el problema: con el riesgo de que un exceso de leyes provoque un exceso de códigos², y la inflación de códigos podría resultar peor que la inflación de las leyes³. ¿Un código de códigos no se tornaría acaso pronto indispensable? Esta multiplicación de códigos indudablemente mata el código: es difícil imaginar que los productos de la actual codificación contemporánea adquieran el aura de los códigos napoleónicos. De esta manera, habría en esta proliferación de códigos un indudable «signo de regresión del derecho»⁴. Incapaz de frenar la crisis de las fuentes del derecho, la proliferación de textos que se confunden y colisionan en un proceso en constante aceleración; la codificación constituiría una forma «superada de legislación»⁵.

Estas críticas pueden parecer paradójales, en una época en que la codificación conoce un incuestionable renuevo de apoyo. La historia cíclica de la codificación, su adaptación a múltiples crisis de las fuentes del derecho, desde hace más de cuatro milenios⁶, incita a un mayor optimismo. Lo que hoy parece en crisis no es la propia codificación, sino el enfoque positivista de la codificación, que de hecho concierne los dos avatares que, sin embargo, la doctrina contemporánea opone ferozmente: la codificación-modificación y la codificación-compilación. Los autores que hoy dudan de las virtudes de la codificación no se equivocan al constatar que, las condiciones que permitieron el desarrollo de las codificaciones de los siglos XIX y XX, simplemente ya no se cumplen: «Los cuatro paradigmas sobre los cuales descansaba la empresa de

¹. F. Terré, *La codification*, *European review of private law*, 1993, p. 40.

². B. Oppetit, *Essai sur la codification*, *op. cit.*, p. 66. *Adde*: F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 377: «El frenesí administrativo contribuye a una multiplicación de códigos, que se agrega a la multiplicación de normas, más que a canalizar o eliminar los defectos de esta última».

³. Cf. por ejemplo, R. Drago, *La codification en droit administratif français et comparé*, *Droits*, 1996, n° 24, p. 101: «La codificación no pone fin –salvo de manera matemática y artificial- a la inflación normativa, ésta puede incluso... incitar (como se observó respecto del *Code de la Santé publique*) su extensión».

⁴. F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 377.

⁵. Cf. *La codification, forme dépassée de législation*, XI Congreso internacional de derecho comparado, Caracas, 1982, específicamente R. Sacco, *Rapport italien*, p. 65 y ss. *Adde*: G. Taormina, *La codification est-elle encore utile? Éléments pour une méthodologie historique*, *RRJ*, 2002, p. 21 y ss.

⁶. Cf. *supra*, p. 9 y ss.

codificación en la época en que ésta triunfaba (monismo jurídico, monismo político, racionalidad deductiva y lineal, temporalidad prometeica), ¿no están acaso profundamente trastocados?»¹.

El devenir, la perennidad de la codificación reside sin duda en la superación de esta aproximación positivista tradicional, superación respecto de la que se puede intentar dar ciertas pistas.

La inflación legislativa contemporánea, tantas veces descrita y denunciada, constituye sólo la punta del iceberg de la crisis de las fuentes del derecho, su manifestación más directamente palpable, posiblemente la más dolorosa y sin lugar a dudas la más original; al igual que las otras crisis que han jalonado la Historia, también caracterizadas por una multiplicación excesiva de normas. Sí las fuentes del derecho están en crisis, ¿no es, explicándolo metafóricamente, como un largo río tranquilo seguido de innumerables cascadas agitadas y desordenadas? Un derecho exclusivamente estatal, instaurado dentro del marco del Estado-nación -estructura política heredada de fines del sistema feudal, que tiende a desaparecer hoy en día- *versus* un derecho más o menos espontáneo, emanado de autoridades administrativas independientes, órganos de regulación económica o comités de ética; un derecho elaborado no sólo dentro de una estructura estatal, pero cada día más dentro del marco de la Unión europea, incluso a escala planetaria.

Ante el estallido del esquema tradicional de las fuentes del derecho, una codificación oficial impuesta por un Estado, quizás, ya no constituye el modelo unívoco que se impone.

Las dificultades de los codificadores franceses contemporáneos, tironeados entre el principio de exhaustividad asignado a la codificación y la imposibilidad de aprehender en la estructura de los códigos las normas

¹. M. Van de Kerchove y F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 116. Adde: M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994, p. 207: «La concepción misma de código, construida como otros tantos monumentos aislados y autónomos, descansa sobre un triple cierre: espacio estatal, tiempo estable y orden fundado en la ley».

internacionales, europeas y no estatales¹, prueban de esta forma, la necesidad de esta superación. Las codificaciones privadas, pese a las imperfecciones que les son consubstanciales², no obstante el peso de la Historia³, pueden útilmente sustituir numerosas codificaciones oficiales cuando éstas no constituyen más que compilaciones: «Más vale por el momento fiarse de publicaciones coherentes que de codificaciones indignas de ese nombre», observaban en ese sentido dos autores a propósito del proyecto de Código de comercio francés de 1993⁴. Es evidente la superioridad de estas publicaciones privadas, que evolucionan más fácilmente y son más completas puesto que pueden incorporar normas internacionales, infra-estatales o jurisprudenciales. Así como lo demuestra concretamente su éxito comercial en particular entre los profesionales del derecho.

Que sea dirigida por los poderes públicos o que sea, como parece preferible, entregada a editores privados, la codificación-compilación no puede seguir ajena a las transformaciones técnicas del mundo contemporáneo. La Historia demuestra de qué manera estas fases de desarrollo están íntimamente ligadas al contexto económico, cultural y científico de la sociedad a la que pertenece. Los modos de difusión del conocimiento tienen una influencia particularmente decisiva en las evoluciones que la han marcado: las primeras codificaciones nacen en Mesopotamia al mismo tiempo que la escritura, un nuevo auge de la codificación surge en el Renacimiento con la invención de la imprenta. El desarrollo de la informática y de los intercambios de datos electrónicos podrían en el mediano plazo revolucionar el concepto mismo de codificación. Como se escribió: «Si la herramienta informática es desarrollada y

¹. Cf. *supra*, p. 257 y ss., específicamente p. 263.

². Cf. *supra*, p. 77 y ss.

³. Intentamos demostrar que una crisis de fuentes del derecho suscitaba una necesidad social de seguridad jurídica, que encontraba una primera respuesta en las codificaciones privadas, seguidas en segunda instancia por codificaciones oficiales (cf. *supra*, p. 68 y ss.).

⁴. F. Terré y A. Outin-Adam, *Codifier est-un art difficile...*, art. citado, p. 100.

confiable, el conjunto de leyes puede ser leído de todas las maneras posibles»¹. El fenómeno sin duda está en sus inicios, y es razonable considerar el advenimiento próximo de cybercódigos, incluso de la cybercodificación² que podría revolucionar no sólo la difusión o la elaboración de códigos, sino que también el concepto mismo de codificación.

El Estado debería tener menos escrúpulos para renunciar a imponer codificaciones-compilación como lo hace actualmente, al realizar un trabajo menos eficiente que los editores privados, de esta manera podría consagrarse a formas de codificación que sólo pueden ser desarrolladas con su intervención. El abandono del esquema de una codificación oficial impuesta desde arriba podría, en efecto, permitir a los poderes públicos iniciar formas de codificación, precedidas de reflexiones y programas de técnica legislativa, asociando más ampliamente la comunidad de juristas. Un amplio sector de la doctrina moderna, que rechaza el monismo positivista, parece preparada para asumir este rol³ que de hecho, históricamente siempre le ha pertenecido⁴, y que está como adormecido: las grandes codificaciones emprendidas en Francia durante la segunda mitad del siglo XX han sido, por ejemplo, obra de la doctrina, como la recodificación del derecho de familia conducida por el decano Carbonnier o, la del procedimiento civil dirigida por el decano Cornu. La contribución esencial de la doctrina en la elaboración de recodificaciones de conjunto, realizadas recientemente en el extranjero, en Québec, o en los Países Bajos por ejemplo⁵, favorecen su incuestionable éxito.

¹. S. Guy, *Une utopie: la codification*, art. citado, p. 300.

². Cf. D. Bourcier y E. Catta, *Du code au cyber-code, peut-on simplifier le droit?*, *Rev. fr. de fin. pub.*, 1996, p. 51 y ss., definen la cybercodificación como el «proceso inteligente de producción, mantención y difusión de los propios códigos».

³. Cf., por ejemplo, C. Atias, *Le Code civil nouveau*, Dalloz, 1999, p. 200.

⁴. Cf. F. Zénati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, *D*, 2002, p. 15 y ss., específicamente p. 17: «Contrariamente a lo que muchos enseñan a partir de una percepción limitada del fenómeno, la codificación es una actividad esencialmente doctrinal, producto de la tradición científica».

⁵. Nuevo Código civil de Québec de 1994, NBW de los Países Bajos de 1992 (cf. *supra*, p. 43).

La efervescencia doctrinal suscitada por la eventual adopción de un Código civil europeo, cualquiera sea la posición adoptada respecto de su oportunidad, parece una ilustración de buen augurio para este trabajo de reconquista, el que podría dar a la codificación un nuevo lustre y originales perspectivas de desarrollo. Los trabajos de la Comisión Lando, y en particular los *Principes du droit européen du contrat* en los cuales ella desembocó, y la reciente creación de un Grupo de estudios sobre un Código civil europeo de contratos¹, prueban que la estimulante imaginación de la doctrina puede ser más creadora que obscuras oficinas ministeriales...

La doctrina europea obligada a identificar un denominador más pequeño para las reglas comunes de los distintos países, despeja la vía para una nueva forma de codificación, la que ayudaría a resolver la crisis contemporánea de las fuentes del derecho. Ante una proliferación de textos cada vez más detallistas, la legítima aspiración de mayor seguridad jurídica pasa por la búsqueda de un *jus commune*, fundado en grandes principios o al menos soluciones generales², objetivo que una codificación podría alcanzar, poniendo fin a un antagonismo a menudo observado por los autores³. La elaboración de códigos de principios generales más que códigos de reglas puntillistas⁴: códigos que descansan en estándares, lo que facilita una interpretación evolutiva de la jurisprudencia⁵, es sin duda mejor para aprehender el pluralismo normativo contemporáneo y dar al

¹. Cf. *supra*, p. 48.

². Cf. B. Oppetit, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 73 y ss.; R. David y C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, n°51.

³. Cf. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, *op. cit.*, p. 64: «Hoy es valido preguntarse si acaso la ideología de la codificación no se encuentra severamente cuestionada, o en todo caso, sometida a la competencia de una aspiración, expresada por distintos lados, a un retorno al derecho común que no tiene la forma de derecho legislado o codificado». Cf. el clásico artículo de M.-F. Renoux-Zagame, *La méthode du droit commun: réflexions sur la logique des droits non codifiés*, *Rev. d'hist. des Facultés de droit*, 1990, n°10-11, p. 133 y ss. *Adde*: J.-L. Halpérin, *L'approche historique et la problématique du jus commune*, *RID comp.* p. 39 y ss. que presenta la búsqueda del *jus commune* y la comunicación como dos vías paralelas.

⁴. Cf. *supra*, la discussion ouverte p. 169 y ss.

⁵. Cf. *supra*, p. 118 y ss.

sistema jurídico una flexibilidad indispensable, garantía de verdadera seguridad¹.

¿Pero no esperamos acaso demasiado de un código?

Desde los primeros códigos de la Antigüedad hasta los más recientes, toda codificación es portadora de sueños de perfección absoluta, no obstante éstos están destinados evidentemente a permanecer en el terreno de lo ideal. Recordando una ilustración de entre tantas, fruto de la influencia de la Filosofía de la Ilustración, la que empujó al paroxismo el culto a un código perfecto², Federico II de Prusia escribió: «Un cuerpo de leyes perfecto sería la obra maestra del espíritu humano en lo que concierne a la política del gobierno: se observaría una unidad de propósito y reglas tan exactas y proporcionadas, que un Estado conducido por estas leyes parecería un reloj, cuyos engranajes hubiesen sido hechos con un mismo fin...»³, ¡declaración particularmente ejemplar al conocer las imperfecciones del ALR prusiano de 1794!

Amor, amor por los códigos, amor que sólo será defraudado, pero amor al fin y al cabo, traducción de una innegable dimensión mítica adquirida por la codificación⁴.

Hay en este mito efluvios del pasado, reminiscencias de una edad de oro...

¹. Cf. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 12, que considera indispensable tener en cuenta lo «impreciso del derecho», es decir «una aptitud para pensar y ordenar lo múltiple sin por tanto reducirlo a una unidad o abandonarlo en la dispersión». *Adde*: a favor de un Código penal que se inspira de esta teoría. Cf. P. Poncela y P. Lascoumes, *Réformer le code pénal*, *op. cit.*, p. 283: El Nuevo Código penal tendría quizás «un sistema referencial que expondría y legitimaría los principios generales que deben gobernar un sector del derecho».

². F. Ost, *L'amour de la loi parfaite*, in *L'amour des lois*, L'Harmattan, p. 64: «El código, ideal de los juristas de los siglos XVIII y XIX, objeto de todos los experimentos, proyección de todos los fantasmas, algo así como la piedra filosofal que transformaría, el conjunto de leyes y costumbres inciertas y contradictorias, en oro puro de la ley perfecta».

³. *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1749), citado por A. Dufour, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII et XIX siècles*, *Droits*, n° 24, 1996, p. 50.

⁴. Cf. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, *op. cit.*, p. 68: «sólo es posible preguntarse si la codificación, al menos en sus fases de desarrollo e influencia, no alcanza la dimensión de un verdadero mito, en el sentido de una utopía, cuya naturaleza conduce al nacimiento de la ciudad ideal».

Una edad de oro casi sin derecho: por ejemplo, las ciudades ideales construidas por utópicos a lo largo de la Historia -desde la Isla de Utopía¹ a las sociedades colectivizadas soñadas por algunos socialistas de comienzos del siglo XX² -, modelos que imitan las primeras sociedades humanas, supuestamente gobernadas por una armonía que requiere poco del derecho, y que descansan en la mayoría de los casos sobre un cuerpo de leyes reducido, pertenecientes a un solo código³,

Una edad de oro con un mejor derecho: por ejemplo, las virulentas críticas de la doctrina francesa contemporánea contra las codificaciones de derecho constante, por justificadas que éstas puedan estar en el plano técnico, ¿no se explican acaso también por esa añoranza de una edad de oro de las codificaciones napoleónicas? «¡Ah, mi pobre dama, los códigos ya no son lo que eran! Lejos están los viejos buenos tiempos del Código civil de 1804», podríamos escuchar en el *Café du commerce* de parte de la doctrina; mientras que también se han podido constatar de forma más elegante estas críticas universitarias: «*Habitués à décrire l'entreprise du Consulat et de l'Empire comme étant l'oeuvre par excellence de la codification française, la codification dite "à droit constant" se situait à mi-chemin entre le travail d'un documentaliste et celui d'un notaire. Codification administrative, sans souffle, compliquant plus que simplifiant le droit. Faux et usage de faux, capatation d'héritage, port illégal d'uniforme*»^{4 5}. ¡Grito de indignación contra pálidos imitadores, con acentos

¹. T. Moro, *L'utopie*, trad. v. Stouvenel, Libro, p. 96: «Las leyes existen en pequeña cantidad y no obstante bastan para las instituciones».

². M. Reberieux, C. Georgel y F. Moret, *Socialisme et utopie*, La Documentation française, 2000, p. 11: «Vimos florecer los códigos socialistas a comienzos de siglo», tal como el *Projet de Code socialiste* de 129 artículos del abogado Georges Dazet, publicado en 1907.

³. Cf. D. Guyon, *L'utopie et l'imaginaire juridique*, *APD*, 1985, t. 30, p. 262 y ss., específicamente p. 271, aunque las ciudades ideales a veces excluyen la idea de derecho (cf. en el mismo sentido, N. Rouland, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, nº 2, y los autores citados).

⁴. B. Beignier, *La codification*, *op. cit.*, avant-propos, p. 2.

⁵. N. del T.: Por el particular tono, vocabulario y determinación de la cita hemos preferido mantener el texto original y presentar una traducción libre: «Acostumbrados a considerar la empresa del Consulado y del Imperio como la obra por excelencia de la codificación francesa; en comparación a ésta la codificación llamada de "derecho constante" se sitúa a mitad de camino entre el trabajo de un documentalista y el de un notario. Codificación administrativa, sin

*hugoliens*¹! Después de los «grandes» códigos de Napoleón el grande, no a los «pequeños» códigos de Napoleón de segundo orden... Añoranzas de una edad de oro propia de la doctrina francesa, pero que también ha sido diagnosticada por juristas extranjeros: «Todo lo que se aleje de ese *momentum* excepcional de racionalización del derecho, desde comienzos del siglo XX, sólo podría engendrar decepción y retroceso»².

Hay en este mito efluvios del futuro, proyecciones hacia la Eternidad...

Todo código estaría habitado por un «deseo de perpetuidad», según las palabras del canciller d'Aguesseau³. La duración o al menos la esperanza de vida de un código, como dirían los demógrafos, parece estar erigida en la categoría de cualidad esencial, al punto que, si se invirtiesen las causalidades, su eficiencia dependería de su perennidad⁴. Los códigos que han sobrevivido los tormentos de la Historia suscitan una respetuosa admiración, como el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas, las codificaciones justinianeas, el Código Ming, incluso el Código civil francés de 1804. Pese a estos ejemplos tomados de la Historia, esta voluntad de eternidad no es propiedad exclusiva de los códigos del pasado: es «indispensable que textos que tratan sobre una materia ya codificada, sean redactados modificando o completando inmediatamente el código y no al margen de éste»⁵, ¿los codificadores franceses contemporáneos no esperan acaso su turno de elaborar códigos perennes? Todo código, por sus efectos de completitud, de globalización, de

aliento, que complica el derecho más de lo que lo simplifica. Falsificación, captación de herencia, uso ilegal de uniforme».

¹. N. del T.: Relativo a Victor Hugo.

². D. Mockle, *Crise et transformation du modèle légicentrique*, in *L'amour des lois*, L'Harmattan, 1996, p. 33.

³. Preámbulo a la ordenanza sobre donaciones de 1731: «No hay ninguna ley que no entrañe el deseo de perpetuidad y uniformidad... »

⁴. Respecto de la aparición de esta idea en la filosofía legislativa griega, cf. la hermosa demostración de J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les Belles Lettres, 2001, específicamente p. 204 y ss.

⁵. Circular de 30 de mayo de 1996 relativa a la codificación de textos legislativos y reglamentarios, citada, art. 4.

cristalización¹, posee la pretensión de detener el curso del Tiempo, de aprehenderlo en un instante. La iconografía no se equivoca, ya se trate de asegurar la propaganda de una codificación o de alabar los méritos de un código parte de la Historia, al recurrir a todos los símbolos de la perennidad: codificador tallando el código en mármol o piedra, muchas veces representado con atributos divinos².

Pasado, futuro... Este deseo de todo código de extraer sus raíces de un pasado idealizado, para proyectarse hacia un futuro sin límites, indudablemente traduce una voluntad de desafiar el tiempo.

Aspiración en efecto inútil, como escribió el decano Cornu: «Quien cree que escribe sobre la piedra, sólo ha escrito sobre arena. Desencantado despertar de sueños lapidarios. La inocencia de creer en la legislación sobre la roca que podría ser la codificación, no implica desconocer para quien este riesgo resulta favorable (lo que dice mucho), como Baudelaire dice del poeta, arar en el cielo -o fue el grito de Bolívar desengañado- y no haber más que labrado en el mar»³.

Pero aspiración irreprimible. El inconsciente colectivo de las sociedades en las que obran los codificadores, sin duda, reúne el inconsciente individual de estos últimos. Como todo intento de inscribirse en la duración, sustituto humano de inmortalidad, como la del arquitecto, del artista, del progenitor, incluso la del propietario recientemente analizado por Jacques Attali⁴, codificar sin duda no constituye más que una reacción epidérmica del Hombre y de las

¹. Sobre estos efectos, cf. *supra*, p. 96 y ss.

². Cf. *supra*, p. 165 y ss., en particular a propósito de la representación del Código civil francés o del *Corpus juris civilis*.

³. G. Cornu, Codification contemporaine: valeurs et langage, in *L'art du droit en quête de sagesse*, *op. cit.*, p 370.

⁴. Jacques Attali por ejemplo, demostró que el apego a la propiedad no es más que una traducción del deseo de inmortalidad, o al menos de amortalidad que habita cada persona (*Au propre et au figuré, une histoire de la propriété*, Fayard, 1988, p. 12: «Me pareció descubrir que existía, detrás de cada una de las concepciones de la propiedad, que se han sucedido y superpuesto desde hace milenios, como una señal siempre presente, como una obsesión inevitable, que resumiría de la siguiente manera: lo que esconde la propiedad, es el miedo a la muerte»).

sociedades humanas ante su inexorable destino mortal. También es posible apostar sin muchos riesgos que en tanto haya hombres y sociedades humanas, habrá, bajo una forma u otra, códigos...

