

# DERECHO CIVIL

# EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XX

Louis PERRET\*  
Graciela FUENTES\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El surgimiento y la expansión del sistema moderno del derecho civil codificado*. III. *Evolución del sistema jurídico civilista en el siglo XX*. IV. *Su proyección al futuro*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Como toda tradición jurídica, el derecho civil es una forma de pensamiento jurídico que incluye la totalidad de los argumentos legales de una sociedad. Con el transcurso del tiempo, ese argumento se define y redefine como un acuerdo fundamental sobre cómo resolver los conflictos de la vida en comunidad. Esta constante redefinición procede cuando se responde a críticos externos del sistema jurídico que rechazan ese acuerdo fundamental, en parte o en todo, o a críticos internos que interpretan de forma diferente el significado, razones y progreso del acuerdo fundamental.

Todo sistema jurídico requiere para sobrevivir adaptarse a las nuevas circunstancias y necesidades sociales. La siguiente discusión intenta repasar brevemente la redefinición por la que ha transitado el sistema jurídico del derecho civil al adaptarse a los profundos cambios sociales y políticos del último siglo, y analizar su posible evolución al enfrentar los desafíos que propone el amanecer de un nuevo milenio.

El sistema jurídico del derecho civil, como forma de razonamiento jurídico, reconoce sus orígenes en Roma, especialmente en el *Corpus Iure Civilis*. Paulatinamente el sistema continuó su proceso evolutivo incor-

\* Decano de la Facultad de Derecho, Sección Derecho Civil de la Universidad de Ottawa.

\*\* J. D. (Universidad de Ottawa), Ll. M. (Universidad McGill), Ll. M. (Universidad de Buenos Aires).

porando elementos del derecho canónico durante las centurias que siguieron a la caída del Imperio romano. Durante ese periodo, el derecho romano fue preservado por las cortes eclesiásticas que lo aplicaron y adaptaron de tal modo que sus instituciones y principios se transformaron en recipientes capaces de dar forma legal a los nuevos principios de justicia preconizados por la fe cristiana.

Después de que los turbulentos siglos del oscurantismo dieron paso a las condiciones sociales y políticas conocidas como Alta Edad Media, se produjo una notable segunda etapa en la evolución de nuestro sistema civilista. Durante los siglos XII y XIII en la Europa occidental, después de centurias durante las cuales los conflictos habían sido resueltos por ordalías o por la arbitrariedad de los jefes, o por la aplicación de leyes fragmentadas y consuetudinarias, la sociedad que emergía en la Europa continental, con vocación urbana y comercial, se dio cuenta de que su desarrollo y afianzamiento estaban ligados al orden que sólo podían asegurarse por medio de la ley, común a todos. El sistema del derecho civil surge entonces como la expresión de una cultura común aplicada al desarrollo de un nuevo orden económico más que por consideraciones políticas. A diferencia del *Common Law*, el pensamiento jurídico civilista tomó forma sin referencia a un poder gubernamental centralizado.

En las sociedades primitivas, o en las comunidades del lejano este o en esos países conformados por los principios del *Common Law*, los individuos confiaron en el arbitraje y mediación como forma de solucionar diferendos. Por el contrario, los países europeos del continente que surgieron después de las invasiones bárbaras creyeron que la ley era el mejor ordenador de la sociedad.

En su esfuerzo por encontrar ese organizador vital para su desarrollo, los países que hoy llamamos de tradición civilista o del derecho civil o romano-germánico o de tradición germánico-napoleónica adoptaron del derecho romano su *concepción y función* de la ley, más allá del hecho de que a menudo las fuentes para crear esa ley (las normas específicas) no eran romanas (por ejemplo, las compilaciones de las tribus bárbaras, como el Código de Jutland, son fuentes no romanas organizadas de acuerdo a la idea romana de la ley).

Mientras el *Common Law* de Inglaterra fue un producto de la actividad judicial, el sistema del derecho civil fue el producto de la elaboración de los profesores universitarios del continente. La *Curia Regis* en Inglaterra

centralizaba la interpretación de la costumbre y pudo —al administrar justicia— definir y modelar cuál era y en qué consistía el derecho común (*Common Law*) a todos los súbditos. En el continente ninguna corte tenía influencia más allá de su propia jurisdicción; por consiguiente, en el continente, el proceso de búsqueda de una ley rectora no estuvo a cargo de los jueces, sino que fue obra de los estudiosos del derecho. Los “doctores del derecho” tuvieron a su cargo la determinación, elaboración de un derecho común al continente, que, si bien difería en su exposición en cada una de las incipientes naciones o ciudades Estados, compartía un común denominador histórico: el haber sido parte del Imperio romano y haber estado regido por su derecho.

Los juristas civilistas no intentaron imponer el derecho romano, pero, a partir de normas romanas, desarrollaron una sistematización que permitiera tanto elegir la mejor ley para ser aplicada en la sociedad como elucidar el correcto significado de esa ley. Los académicos del continente interpretaron la ley, ya sea que ésta consistiera en costumbres bárbaras o normas romanas, desde la forma de razonar jurídica que había sido propia a los juristas romanos.

Las universidades llegaron a ser el mejor medio para difundir la idea de qué es la ley y cuál es su función. Enfrentando el dilema de formar escuelas a cargo de estudiar los procedimientos locales o elaborar académicamente una ley común para toda Europa, las facultades de derecho eligieron abandonar las caóticas y primitivas normas del derecho consuetudinario y abocarse a estudiar la ley como modelo para una sociedad ordenada de acuerdo a un ideal de justicia. Por consiguiente, el *quid* de sus disquisiciones no fueron las técnicas legales que debían ser practicadas en los tribunales, sino lo que debía ser hecho para dar a cada uno lo debido de acuerdo a reglas preestablecidas elegidas racionalmente. En esta tarea, se volvieron al estudio del derecho romano.

Primero los *glosadores* y luego los *posglosadores* fueron quienes expandieron, sistematizaron y modernizaron el derecho romano para adaptarlo y transformarlo de modo tal que fuera un instrumento útil para reglar los cambios sociales que estaban teniendo lugar. Gradualmente, los académicos fueron apartándose de las normas compiladas por Justiniano con el propósito de, si fuera posible, descubrir una ley fundada en la razón, compatible con una aplicación universal. Los conceptos romanistas desarrollados durante más de un milenio fueron de ese modo trans-

formados durante el siguiente milenio por la elaboración de juristas cristianos.

A través del método escolástico, el derecho romano, modificado y revitalizado bajo la influencia del derecho canónico e interpretado según lo prescribía la *communis opinio doctorum*, fue presentado como la solución ideal para ser adoptado por la sociedad que emergía con anhelos mercantiles y urbanos. El derecho romano, así modernizado (capaz de reglar, por ejemplo, el aumento del comercio o el conflicto de leyes) y sistematizado, llegó a ser el *ius commune* del continente europeo. Este *ius commune* no tenía la intención de ser un conjunto de reglas en el sentido de derecho positivo, sino que aspiraba a dar elementos que orientaran la resolución de conflictos de forma justa.

Pocos siglos después, con el surgimiento de la escuela del derecho natural (que a pesar de su nombre considera la ley como un producto de la razón humana más que un fenómeno natural) que conllevaba la exaltación de la razón y enfatizaba el papel de la regla del derecho como el verdadero fundamento de la organización social, surgió la idea de los derechos naturales individuales y se preparó el camino hacia la codificación.

## II. EL SURGIMIENTO Y LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO CIVIL CODIFICADO

### 1. *El surgimiento del sistema moderno en el siglo XIX*

#### A. El proceso de codificación

La *ley escrita* como escudo para proteger a los individuos entre sí y contra el omnipotente poder del Estado es una de las ideas fundamentales del pensamiento jurídico que comenzó a desarrollarse en especial a partir de la creación de los *Corpus Iure Civiles*. Esta idea heredada de los romanos, quienes la habían tomado de los griegos, llegó a ser la característica distintiva de la tradición jurídica civilista.

Ha dicho una corte americana que los principios fundamentales, los modos de razonar y la sustancia de las reglas del *Common Law* son adoptados como ilustradas por las razones en las cuales están basadas, en vez de en las meras palabras en que están expresadas.<sup>1</sup> Aquí yace la funda-

<sup>1</sup> *Morgan vs. King*, 30 Barb. 9, 14-15 (N. Y. Sup Ct 1858) cit. por Schlesinger, Rudolf, *Comparative Law, Cases, Text, Materials*, 3a. ed., Mineola, N. Y., The Foundation Press, 1970, p. 189.

mental característica del método civilista: la administración de justicia a partir del texto de la ley en vez de la elaboración jurisprudencial es el principio conductor al buscar la norma aplicable y su interpretación. En el texto de la ley, los jueces hallan cómo deben decidir en justicia.<sup>2</sup> A diferencia de quienes han sido educados en el sistema del *Common Law*, la ley sin equidad es inconcebible para los juristas romano-germánicos. Por consiguiente, en todo país civilista, los jueces deben emitir sus sentencias dando prioridad a las leyes escritas sobre todas las otras fuentes del derecho.

Partiendo de la ley escrita como “la” fuente de derecho, los juristas civilistas concibieron la idea del código. La codificación marca el comienzo del tercer periodo del desarrollo del sistema jurídico civilista. Después de afianzada la segunda etapa de la evolución del sistema, esto es, habiendo sido aceptados el marco, vocabulario y métodos del *ius commune* en toda Europa continental elaborado según la *communis opinio doctorum*, se produjeron en Europa los cambios intelectuales y políticos que llevaron a desarrollar más plenamente la idea del *Estado nación*, completándola con una nueva visión del ciudadano (individuos racionales y responsables).

La creación de Códigos —colecciones racionales de todas las disposiciones que reglan una particular área del derecho— es la típica característica del modo de razonar civilista. La mayoría de los países civilistas, en los dos últimos siglos, adoptaron Códigos para reemplazar las antiguas fuentes de derecho (las que por cierto son los verdaderos componentes de esos mismos Códigos). No obstante, cabe destacar que a pesar de que la codificación es la característica del sistema civilista por antonomasia, igualar Código con tradición jurídica del derecho civil es un error conceptual por exceso —ya que un país sin raigambre civilista puede haber puesto en vigencia Códigos—, y por defecto —ya que un país civilista puede carecer de Códigos—.

Por una parte, países no civilistas como Madagascar y Tailandia (esencialmente consuetudinarios), Yemen y Mauritania (regidos por el derecho islámico) y Nueva Zelanda y Los Estados Unidos de América (miembros del sistema jurídico del *Common Law*) han adoptado “códigos”. Es cierto que el sentido de la palabra “código” varía según la interprete un civilista

2 Ley se entiende en dos sentidos: formal (toda regulación emanada del Poder Legislativo de acuerdo con las provisiones constitucionales) o material (toda regulación escrita de carácter general).

o un abogado de la tradición del *Common Law*.<sup>3</sup> Para el segundo, un código suplementa la ley no escrita y va a recurrir al *Common Law* cuando tenga que interpretar sus provisiones o llegar sus lagunas (esta actitud está paulatinamente cambiando). Para el civilista, el Código es comprensivo, y debe ser interpretado como un todo; el significado de cada norma debe ser desentrañado dentro del contexto provisto por el mismo Código o aun considerando la voluntad del legislador. La interpretación civilista es teleológica, gramatical y lógica.

Por otro lado, una sociedad regida por el sistema del derecho civil puede no tener una codificación o compilación de su derecho privado. Es cierto que los países que no siguieron la tendencia de codificar constituyen pocas excepciones. El derecho húngaro precomunista es un ejemplo de la reticencia a sistematizar en un solo cuerpo legislativo todas las normas sobre un área del derecho. Antes de ser una república socialista, Hungría tenía su derecho codificado sólo en parte; consiguientemente, las lagunas del derecho eran llenadas por el derecho consuetudinario y por decisiones judiciales previas, vinculantes para las cortes inferiores. Por su parte, Escocia preservó su sistema civil no codificado. El derecho romano-holandés de Sudáfrica, British Guyana y Sri Lanka tampoco se codificó. Por consiguiente, hoy las cortes en Escocia o Sudáfrica pueden administrar justicia interpretando pasajes del *Corpus Iures* de Justiniano<sup>4</sup> o invocando la doctrina de autores notables del siglo XVII.<sup>5</sup>

Caso especial es el presentado por los países escandinavos. En el presente, Dinamarca, Noruega e Islandia carecen de Códigos, habiendo promulgado únicamente estatutos, mientras que Suecia y Finlandia consideraron oportuno promulgar sus Códigos, aunque sin seguir la estructura del Código Napoleónico. La inclusión de sus ordenamientos jurídicos dentro del sistema civilista ha provocado larga discusión dentro de la comunidad académica; baste decir aquí que en el presente, dada su incorporación a la Unión Europea, los ordenamientos jurídicos de los países escandinavos deben adaptarse al derecho comunitario y a sus parámetros civilistas.<sup>6</sup>

3 *Vid.* Schlesinger, *op. cit.*, nota 1, p. 237.

4 *Mustard vs. Patterson* (1923) Sess. Cas 142.

5 Sampson, D. H., *The Legal System of South Africa*, MLSC 6A.70, pp. 54 y ss.

6 Para una amplia discusión sobre el sistema jurídico de los países escandinavos, *vid.* Rikheim, E., "Legal Status of the Nordic Nations", MLSC, 4A.70.3, 1994.

## B. Metodología

La idea de la *codificación como método* nace en el siglo XVIII y se desarrolla en el XIX. El derecho romano nunca fue codificado en el sentido moderno del siglo XIX. Más aún, es importante remarcar que si bien se dieron compilaciones anteriores a los Códigos del siglo XIX (por ejemplo, *el Corpus* y *las Partidas*), esas compilaciones fueron esencialmente poner por escrito viejas normas. Por el contrario, los Códigos elaborados durante el siglo XIX fueron vehículos de innovación. Uno de los primeros actos de la Revolución francesa había sido tanto proclamar la igualdad y la libertad de las personas y de la tierra como abolir las instituciones feudales; en especial, aquéllas que tendían a la fragmentación política y legal. A fines del siglo XVIII, Voltaire describía la situación en la que cada región tenía sus propias jurisdicción y prácticas legales diciendo que un viajero cambiaba de ley como de caballo. Para remediar esta situación y lograr crear una entidad política homogénea que sirviera de infraestructura adecuada para el desarrollo económico y movilidad social que era el ideal de la Ilustración, los juristas del siglo XVIII, partiendo del principio romano de la función de la ley escrita como ente organizador hacia el centro, concibieron la unificación de las diversas leyes locales como un instrumento para alcanzar la unidad de la nación.

El objetivo de unificación de las costumbres y leyes locales estuvo guiado no sólo por la idea de unidad nacional, sino también para obtener una intensa modificación del derecho privado y criminal. La codificación fue vista esencialmente como el método ideal para incorporar dentro de un cuerpo normativo los nuevos principios de justicia y de romper con el pasado legal. Todo país civilista, en el momento de dar su Código, se propuso hacer un “de aquí en adelante”.<sup>7</sup> Con ese designio, los Códigos fueron concebidos como cuerpos legales autoritarios, directrices y sistemáticos que, cubriendo un amplio espectro de situaciones jurídicas, tenían la intención de dar un nuevo comienzo a la vida legal de una nación. No las Cortes, sino el Código fue el instrumento y símbolo de la unificación política y de la reestructuración del derecho en los países del continente europeo.

Este método para construir un sistema de derecho fue esencialmente deductivo; partiendo de abstracciones y conceptos generales, se genera-

7 Schlesinger, *op. cit.*, nota 1, p. 234.



ron reglas cada vez más concretas que pudieran ser llevadas al más bajo nivel de abstracción en aras de encontrar la solución al caso específico.

El método codificadorio se caracterizó por: *a)* las fuentes tomadas en cuenta por el legislador para elaborar a partir de ellas la ley escrita, y *b)* la exclusividad de la ley escrita como única fuente de derecho.

*a)* En la ímproba tarea de elaborar un derecho nuevo, los codificadores pudieron elegir entre muchos modelos y fuentes de inspiración: 1. derecho romano, tanto en su forma clásica como desarrollado a través de los siglos; 2. elementos no romanos de leyes anteriores al Código Civil: costumbre germánica o feudal, derecho canónico, *lex mercatoria* y escritos doctrinarios de las escuelas del derecho natural o de las *pandectas*; 3. Códigos o compilaciones previamente adaptadas en partes del territorio nacional; 4. estudios comparativos de sistemas extranjeros, especialmente de Códigos modelos adoptados por otros países; 5. soluciones originales de los propios redactores, tanto adaptando elementos tomados de otros autores como elementos de su total cosecha (por ejemplo, los codificadores tomaron la teoría contractual de los romanos, que había sido modificada por el derecho canónico y la *lex mercatoria*, y la adoptaron de forma diferente en cuanto al valor legal que debía darse al elemento volitivo en el perfeccionamiento del contrato).

A pesar de que las normas de estas fuentes se incorporaron en su texto, cada Código Civil del siglo XIX refleja el espíritu intelectual y político del país que lo puso en vigor. Los codificadores franceses, alemanes o prusianos, como parte del nuevo movimiento filosófico, redactaron Códigos producto de la ideología iluminista y con los cuales intentaban romper con el pasado legal medieval. Los distintos países civilistas difieren en la profundidad de esa ruptura, y en el tiempo que tomó para su concreción.

Mientras la elaboración de un *ius commune* fue un proceso paulatino y constante en todos los países del continente, el paso siguiente en la evolución de la tradición civilista —la codificación como formulación de un nuevo orden legal— siguió un proceso revolucionario, esto es, implicó una ruptura institucional (Francia) o evolutivo (Alemania y Prusia).

Francia, unificada políticamente durante centurias, mantuvo distintos sistemas jurídicos regionales; y, en términos generales, se habla del *medi* como *pays de droit écrit* con una fuerte influencia del derecho romano, y el norte o *pays de coutume*, donde las costumbres bárbaras primaban.

Francia, donde instituciones del viejo orden fueron abruptamente interrumpidas por la Revolución, logró su unidad jurídica a principios del siglo XIX por medio del Código Napoleónico. El sistema de cortes se cambió drásticamente, ya que, a diferencia de las cortes inglesas, las del continente estaban asociadas con el *ancient regimen*. La Revolución abolió los Parlamentos (que ocupaban una posición similar a las cortes de apelación de hoy día) por sus abusos, tácticas ostruccionistas a las reformas legales que estaban operándose y sobre todo por su dependencia en general a la monarquía.

Por su parte, Alemania, que fue gobernada por la costumbre bárbara durante siglos, sintió la influencia del derecho romano, pero éste no reemplazó la costumbre, sino que se amalgamó con ella. Como producto surgieron diferentes leyes en un proceso que los académicos moldearon ligando esas normas entre sí. Esa técnica de amalgama y modelado culminó en 1896 con el Código que unifica el derecho privado alemán, en vigor desde 1900.

b) El otro aspecto de la metodología civilista está dado en cuanto a cuáles son las fuentes del derecho a las que los jueces deben recurrir. Los redactores del Código prusiano, uno de los primeros intentos codificadores, trataron de asegurar que el Código tuviera la calidad de única fuente de derecho. De manera similar, el artículo 5o. del Código Civil francés elimina toda posibilidad a los jueces de fallar basándose en disposiciones fuera del Código. Para hacer realidad este propósito, fueron especialmente cuidadosos en redactar las normas con precisión de modo tal que fueran omnicomprensivas de toda situación posible. A pesar de lo detallado del articulado, el intento falló y la experiencia mostró que siempre podía surgir una situación no prevista por el legislador.

Con ese antecedente, codificadores posteriores, en un intento de asegurar a sus Códigos el carácter de exclusiva fuente de derecho, incluyeron en su articulado un detalle de las fuentes subsidiarias y su jerarquía de aplicación, a las que las cortes debían acudir en caso de un vacío legislativo. Del mismo modo, hicieron expresa prohibición de lo que no debía ser considerada fuente de derecho. Los Códigos hicieron referencia a la analogía, la costumbre, el derecho natural y los principios generales del derecho como fuentes apropiadas para juzgar con justicia. En cuanto al valor otorgado a los antecedentes judiciales como fuente del derecho por los codificadores del siglo XIX, éste varió desde la absoluta prohi-

bición, en el caso del Código Napoleónico, a explícita inclusión como fuente supletoria, en el caso del Código suizo.

Tanto el uso de fuentes sobre las cuales el derecho escrito es diseñado, como el uso del derecho una vez escrito como única fuente del derecho son características dominantes de la metodológica civilista. Sin embargo, otras dos circunstancias metodológicas deben ser tenidas bien en cuenta. En la mente civilista, una dicotomía es inevitable: el derecho está dividido en público y privado (división aceptada en el *Digesto* de Justiniano, y que no fue cuestionada desde Ireneo hasta Savigny). Los codificadores reorganizaron las instituciones privadas por medio de Códigos, mientras que las normas públicas permanecieron no codificadas. Debido en parte a que Montesquieu bregó por que las cortes sólo pudieran entender en disputas privadas, los países civilistas crearon las cortes administrativas, a diferencia de las cortes del *Common Law*, que pueden revisar disputas tanto entre entes privados como con relación a actos administrativos. Veremos más adelante cómo esta distinción ha tenido la expansión del derecho civil en el mundo colonial.

Otra dicotomía rige el pensamiento civilista: los actos son civiles o comerciales, distinción esta que se remonta al medievo. Dada la rigidez contractual del derecho romano, las corporaciones regulaban sus actividades y resolvían conflictos con la *statuta mercatorum*, confirmada por el soberano y aplicada por las propias cortes. El proceso codificador tanto en países donde se originó la tradición legal civilista como en aquellos en que la adoptaron por imposición o recepción estuvo determinado por esta división, y serían el Código Civil y el Código Comercial dos de los cuerpos legales fundamentales en la mayoría de los países civilistas.

Al establecer la línea demarcatoria entre lo comercial y lo civil, algunas jurisdicciones civilistas, en especial Alemania y su zona de influencia jurídica, hacen énfasis en el elemento “subjetivo” para trazar la línea; de donde la calidad de comerciante de las partes se determina según cual sea la naturaleza y objeto de la actividad, la forma legal de la organización, los requerimientos formales cumplidos o no ante el Registro de Comerciantes, o combinación de esos factores. En Francia, por otro lado, y en los países bajo su éjido cultural prima el “criterio objetivo”. Esto es, un acto va ser “de comercio” si entra dentro de una de las categorías enumeradas en el mismo Código. La dificultad de separar claramente lo civil de lo comercial ha llevado a muchos países europeos y latinoamericanos

a establecer un sistema mixto de determinación que difiere enormemente entre ellos. Por su parte, los Códigos Comerciales de los países latinoamericanos a menudo incluyen previsiones tan amplias que permiten incluir dentro del concepto de comercio demasiadas actividades “mixtas”, lo que ha llevado a soluciones injustas, ya que frustran el intento de protección a la parte más débil que dan los Códigos Civiles.

Una característica común a todos los países de raigambre civilista es que la codificación y su método tienen un profundo efecto en la enseñanza del derecho. Frecuentemente, los Códigos comentados por profesores de derecho constituyen tratados elaborados sobre el texto legal. A su vez, esos comentarios eruditos sobre el articulado del Código han incidido en la interpretación de la ley escrita hecha por los jueces e incluso han originado posteriores reformas legislativas al estar conteste la doctrina de lo incorrecto o injusto de la solución legal.

### C. Flexibilidad, principios generales, interpretación judicial

El legislador civilista parte de la idea de que la ley es un traje que queda bien a todos, pero no perfectamente a nadie; por consiguiente, la ley necesita algún tipo de adaptación al ser aplicada a cada situación concreta. A pesar de que, como ya hemos dicho, el legislador no cejó en su intento de asegurar la estricta aplicación del Código como única fuente de derecho, en el derecho sustantivo privado, el codificador proveyó un gran grado de flexibilidad y crecimiento futuro, al incorporar disposiciones de carácter muy general o formulaciones elásticas. Son estas formulaciones amplias o de generalización las que le han dado al sistema flexibilidad y adaptabilidad.

Con estas cláusulas generales se intenta dar al juez un margen de flexibilidad en la interpretación para adaptar el precepto de la ley a un caso particular para juzgar en justicia: por un lado, la detallada y precisa normativa para evitar interpretaciones arbitrarias; por el otro, algunas directivas generales que permitan al juez juzgar de acuerdo al espíritu de la legislación. Conceptos como “abuso de poder”, “estado de emergencia”, “necesidad”, “enriquecimiento sin causa” son conceptos que no sólo dan a los jueces la facultad de elaborar normas de derecho para juzgar con justicia, sino que le permiten al mismo sistema adaptarse a las nuevas circunstancias sociales y tecnológicas.

Junto con la larga lista de cláusulas generales a las que los jueces pueden recurrir al basar sus decisorios, los “principios generales del derecho” han constituido un elemento versátil en manos de los jueces y la doctrina para amoldar el antiguo articulado de un Código a la mudanza de las circunstancias sociales. Las disposiciones relativas a los principios generales del derecho y su aplicación varían en los diferentes Códigos; así, el Código austriaco usa la frase “principios de justicia natural”, mientras que el Código español hace referencia a “principios generales del derecho”. Es interesante que la segunda expresión dio a lo largo del siglo XX motivo para una gran disquisición doctrinal que dividió a los juristas. Entre ellos había quienes sostenían que debían interpretarse como principios comunes a todos o a la mayoría de los ordenamientos legales; se arguyó que uno de los ejemplos más claros el de la *res iudicata*, principio admitido en todos los ordenamientos jurídicos, si bien es cierto que los detalles de esta regla difieren al ser interpretados en cada uno de esos ordenamientos. Otra parte importante de la doctrina sostenía que los “principios generales” debía entenderse como principios subyacentes en un ordenamiento legal doméstico específico. La primera interpretación tomó consenso cuando esa expresión fue incorporada al artículo 38 inciso c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”).

## 2. La expansión geográfica del sistema durante el siglo XIX

### A. Transmigración civilista por imposición y por recepción voluntaria

El derecho civil, como cualquier sistema jurídico, no es un conjunto de normas sobre tierras, crímenes, relaciones de familia, negocios y contratos, aunque indudablemente las normas de cada comunidad sobre esos temas van a reflejar el sistema jurídico que les dio forma. Un sistema jurídico es, en cambio, un conjunto de actitudes profundamente enraizadas e históricamente condicionadas acerca de la ley, acerca de su papel en la sociedad y la política, acerca de la organización apropiada y de la mejor operación del sistema legal, y, sobre todo, acerca del modo en que la ley es y *debería ser* interpretada.

Esa actitud hacia la ley como herramienta organizadora de la sociedad los países civilistas llevaron consigo y establecieron en los territorios que colonizaron a lo largo del siglo pasado. La migración de ideas legales es

común a toda tradición jurídica. Todo movimiento de migración política conlleva un movimiento de migración jurídica; es una realidad en cualquier punto geográfico o de la recta histórica donde nos situemos. No hay comunidad en el mundo que no haya sido afectada en cierto grado por el pensamiento jurídico de otra sociedad. Al transmigrar el sistema jurídico, se adaptó de distintas formas según se consideren los casos de América, África y Asia.

Como aconteció con otras culturas jurídicas, el proceso de transmigración del sistema jurídico civilista, tanto en cuanto a sus principios como en cuanto a su metodología codificadora, procedió por doble vía: recepción voluntaria, e imposición debido a conquista y colonización. El primer modo es ejemplificado claramente por los procesos de codificación verificados en América Latina durante el siglo XIX, en Japón (incorporación del Código alemán, durante el periodo Meiji), en Turquía (el Código otomano es copia de los Códigos alemán y suizo) y en China (Códigos de 1920-1930). El segundo tipo, la imposición del sistema de codificación civilista, ya sea la imposición del método codificador en sí como de las normas foráneas, es discutido más adelante en referencia a las ex colonias africanas de países europeos, y aquellas repúblicas asiáticas, en su mayoría islámicas, dominadas por Rusia durante casi todo el siglo XX.

#### B. Codificación en países latinoamericanos después de su emancipación. Casos particulares de Brasil y Puerto Rico

La expansión civilista en Latinoamérica tuvo dos etapas. Durante la primera época, la de la colonización española, los principios y fuentes de la tradición civilista, en el sentido que discutíamos *ut supra*, fue impuesta por España a sus colonias durante los siglos XVI al XVIII. El razonamiento civilista, esto es, la forma de enfocar la solución de los conflictos de derecho confiriendo suprema importancia a la ley escrita, y la incidencia de las fuentes latinas y del derecho canónico eran parte del sistema legal tanto de España como de Latinoamérica durante el periodo colonial. Son expresión de las raíces españolas civilistas y su vigencia en la metrópolis, *Las Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, *La Novísima Recopilación*; y *Las Leyes de Indias*, entre otras. Debe destacarse que, sobre todo *Las Siete Partidas*, en realidad eran un manual de derecho en forma de Código, el cual tuvo una extensa influencia no sólo en el desarrollo del ordenamiento jurídico y sistema legal de España, sino también de Centro

y Sudamérica y en los estados del sur de Estados Unidos. Los ordenamientos legales de Florida, Texas, Arizona, California y Nuevo México muestran aún hoy las huellas de su herencia francesa y española, tanto en sus leyes sobre matrimonio y comunidad de bienes, como en el hecho de que en los ordenamientos de esos estados no se distingue, como en los de sus pares del *Common Law*, entre ley (*law*) y equidad.

La segunda etapa de evolución del sistema civilista en Latinoamérica tiene lugar con posterioridad a la Independencia. A pesar de que el ordenamiento jurídico español daba prioridad a la ley escrita, y no obstante los trabajos de compilación de costumbres y leyes antiguas durante la época medieval y aun después del descubrimiento de América, que tuvieron lugar en España, en el momento de la emancipación de sus colonias, la codificación como método de elaboración legal era un hecho extraño al razonamiento jurídico de la península Ibérica. Los primeros trabajos codificadores había tenido lugar en Francia (Código Napoleónico, 1803), pero España carecía de un cuerpo legal similar. Al decidir organizar su sistema legal, los nuevos países se apartaron del modo español de poner en vigencia múltiples leyes superpuestas, y optaron por el método francés. Cabe resaltar que las Guerras de Independencia y el desenvolvimiento muchas veces errático de las instituciones políticas provocaron a menudo que el desarrollo e implementación de un plan coherente de codificación de la nueva y antigua legislación fuera elusivo o lento en la mayoría de los países de habla hispana.

Las ex colonias dieron el paso hacia la codificación en el sentido napoleónico por dos razones: *a*) ideológicas, y *b*) pragmáticas. En primer lugar, los ideales de la Revolución francesa habían calado hondo en el espíritu emancipador, tanto en el orden político como jurídico. Fueron los académicos franceses, preconizando los beneficios de la codificación, quienes tuvieron un profundo ascendiente sobre los organizadores políticos y legistas latinoamericanos tanto en Centro como Sudamérica en su decisión de regular las áreas del derecho al estilo napoleónico.

Segundo, desde el mismo comienzo de su existencia como países independientes, por razones prácticas, hubo en las nuevas naciones una tendencia a embarcarse inmediatamente en un programa local de codificaciones para organizar la confusa e insatisfactoria legislación colonial. Los países iberoamericanos habían heredado una masa caótica de leyes españolas medievales y modernas, además de colecciones y compilacio-

nes para aplicación exclusiva en las colonias. Ese abundante cuerpo legislativo era de difícil, cuando no de imposible, aplicación dada la superposición y antagonismo de normas. Por ejemplo, la Constitución de Cúcuta de 1821 decretaba que todas las leyes españolas estarían vigentes en la Gran Colombia, afirmación que luego pasó a la Constitución de Ecuador; lejos de ser éste un caso aislado constituye un buen ejemplo de lo que ocurría en los nuevos países.

En la tarea de organizar un nuevo cuerpo legal coherente, los redactores se dirigieron principalmente a las fuentes francesas. El Código Civil de Honduras de 1906 y el Código de Comercio del mismo país de 1898 ejemplifican la estricta adherencia a los modelos europeos. Del mismo modo, el Código Civil de Bolivia es un traducción del Código Napoleónico con algunos aditamentos de las *Leyes de Indias* y normas de Castilla. El Código Civil boliviano, el primero en Latinoamérica, fue dado en 1830 conjuntamente con los otros cuatro básicos (de Comercio, Penal, de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Penales) llamados los Códigos de Santa Cruz. Los Códigos bolivianos siguieron en vigor hasta la década de 1970.

Entre los primeros intentos de organizar sistemáticamente y en un solo cuerpo la legislación vigente, el Código chileno de 1855, redactado por Andrés Bello, jurista venezolano, ha sido considerado por muchos como el equivalente del Código Napoleónico en Latinoamérica. Sintetizando conceptos de la doctrina francesa y alemana, de antiguas leyes españolas, e incorporando versiones modificadas de disposiciones de los Códigos austriacos y de Louisiana, este cuerpo legal ha tenido un alto prestigio dentro del movimiento codificador latinoamericano.

Muchos de los Códigos que hoy están vigentes en Latinoamérica son el resultado de un extenso estudio comparativista para una selección de soluciones foráneas. En ellos se recepta no sólo el método de codificación, sino normas extranjeras. El Código paraguayo de 1871 fue una completa recepción de otro Código: el argentino de Velez Sarfield, el cual es a su vez una redacción ecléctica de normas romanas y napoleónicas, artículos del Código de Savigny, preceptos del proyecto de Código brasilero elaborado por Freitas, y de instituciones desarrolladas por la doctrina francesa.

Hecho histórico interesante por demás: España comenzó el proceso de codificación con posterioridad a sus propias colonias. Casi a fines del



siglo XIX, la mayor parte del derecho español estaba codificado (Código Penal, 1887; Código de Comercio, 1888; Código Civil, 1889).

Al evaluar la evolución del sistema civilista en América, dos casos revelan características particulares que merecen consideración especial. Brasil, país de habla no hispana, colonizado por Portugal, ofrece un caso diferente. En primer lugar, la independencia de Brasil fue pacífica (a diferencia del resto de Latinoamérica) en parte por el traslado del emperador portugués al Brasil cuando Napoleón invadió la metrópoli. Segundo, la codificación en Brasil fue un proceso lento que tomó todo el siglo XIX. Parte de la demora del proceso se debe a la *Lei de Bôa Razão* de 1769 en vigor en Portugal y en Brasil, que proveía de reglas racionales (derivadas de principios iluministas) y generales para llenar las lagunas de la caótica legislación portuguesa que durante el siglo XIX consistía en una aglomeración de leyes, ordenanzas, regulaciones y reformas. El primer intento codificadorio comenzó en 1859 con el proyecto de Código redactado por Freitas, que, aunque nunca se promulgó, su borrador sirvió como modelo a los codificadores argentinos y uruguayos. Otros intentos tuvieron lugar hasta que en 1899 un borrador definitivo, que mezclaba ideales europeos y latinoamericanos, fue presentado al Congreso, el cual lo aprobó después de dieciséis años de deliberaciones. El Código de Comercio brasileiro corrió mejor suerte, al ser prioritaria su promulgación. Aprobado en 1850, aún hoy en vigor, es una síntesis de conceptos holandeses y portugueses.

Otro caso de excepción es el de Puerto Rico, cuyo Código Civil deriva del de España en vez del modelo francés. El Código Civil de Puerto Rico no es sólo una excepción en cuanto al modelo seguido por sus redactores, sino en cuanto a cómo sus provisiones deben ser interpretadas. Al dar el Código Civil, el legislador puertorriqueño no sólo adoptó la normativa del Código Civil español, sino que además formuló que el mismo debería ser interpretado en el futuro siguiendo a la más alta corte de España. Los tribunales de Puerto Rico quedaron obligados a seguir las decisiones de las cortes españolas hasta el 18 de octubre de 1898.<sup>8</sup> Paradójicamente, resoluciones que no eran vinculantes ni a las cortes españolas ni a las de Puerto Rico cuando era una colonia (España no ha reconocido nunca la obligatoriedad del precedente), lo fueron para las cortes de la isla con posterioridad al periodo colonial, es decir, bajo el dominio estadounidense.

8 *Vid. ibidem*, pp. 13 y 412.

Por una ley del Congreso de 1961,<sup>9</sup> las decisiones de la Corte Suprema de Puerto Rico que interpretan el Código Civil u otra ley local no pueden ser revisadas por cortes federales estadounidenses. Aun antes de dicha ley, las cortes federales no podían articular principios del *Common Law* al juzgar sobre la aplicación de leyes locales derivadas del Código Civil.<sup>10</sup>

### III. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO CIVILISTA EN EL SIGLO XX

#### 1. *Evolución en los países civilistas tradicionales*

##### A. Europa del oeste y América Latina

La evolución del sistema puede ser analizada puntual y únicamente en el hecho codificadorio, esto es, en su articulado y en lo que ha dado en llamarse el proceso de recodificación; o, como proponemos aquí, evaluando también, además de la legislación en sí, el papel de la jurisprudencia y doctrina en el resultado final de la evolución del sistema. Al analizar brevemente el desarrollo de la tradición jurídica civilista, merecen especial atención la evolución interna de los ordenamientos jurídicos de aquellos países que, siendo originarios y representativos del sistema, han sido tomados como modelo por el resto de los países, o que han tenido una actividad colonizadora que redundó en una importante expansión del derecho civil.

##### a) El fenómeno de descodificación y recodificación

De manera ideal, en un sistema de derecho civil, el Código es la única fuente de derecho. Los Códigos abarcan un contenido extremadamente amplio, considerando en conjunto los Códigos Comercial y Civil de un país, bien podría decirse que todo el derecho privado está cubierto por ellos. Obviamente, esta cobertura propuesta por los codificadores del siglo pasado resultó una quimera en la práctica. En primer lugar, la heterogeneidad de las fuentes a las que apelaron los codificadores produjeron inevitablemente disposiciones contradictorias, ambigüedades, fraseado incorrecto, textos oscuros debido a malas traducciones o dificultad de trasbasar conceptos de una cultura legal a otra. Por consiguiente, la re-

9 75 Stat. 417, rechazando la anterior 28 USC #1293.

10 *First National City Bank vs. Gonzalez* 293, F.2d 919, 1st Cir., 1961.

forma de los Códigos fue propuesta aun poco después de su promulgación, en 1830.<sup>11</sup>

A esa primera, se suma una segunda causa de reforma: después de cien años de vigencia, la normativa de los Códigos quedó desactualizada y fue imposible su aplicación lisa y llana a las nuevas condiciones técnicas, que los codificadores no previeron.

Dos son esencialmente las formas en que las carencias de la codificación son subsanadas: por un lado, la legislación complementaria; por el otro, la construcción jurisdiccional que surge cuando los jueces dan respuestas a los casos no previstos por el legislador.

Cada país civilista ha dado leyes complementarias, las cuales regulan temas que no están contemplados específicamente en su articulado o que reemplazan disposiciones obsoletas. Estas leyes se ponen en vigor por separado. Aunque algunas leyes complementarias pueden haber entrado en vigor antes de la promulgación del Código (dejadas sin derogar por el legislador por alguna razón), la mayoría de ellas entran en vigor con posterioridad a la sanción del Código como respuesta a cambios sociales. Disposiciones en cuanto al derecho de familia, sistema hereditario, estado de las personas, condición de los hijos extramatrimoniales, bienes matrimoniales, contrato de trabajo, derechos reales han sufrido repetidas reformas legislativas en las últimas décadas, sin que el legislador siguiera ningún plan sistemático. Otro caso de descodificación es aquél dado por las leyes complementarias de Códigos Civiles que protegen el derecho a la intimidad en relación a la acumulación de información electrónica de individuos. El problema fue solucionado por los países civilistas europeos, al desarrollar un esquema completo comprehensivo a nivel provincial estatal legal que permite la adquisición, procesamiento y retención de información personal de modo tal que la intimidad de los individuos nos es indebidamente transgredida por el sector privado.<sup>12</sup> El proceso de descodificación es mayor aún porque en muchas Constituciones de países civilistas confieren al Ejecutivo potestad legislativa. Tal es el caso de Francia; la Constitución de 1958 (artículo 37) autoriza al Ejecutivo a legislar en ciertas áreas, o el artículo 92, que permite al gobierno dar or-

11 Von Mehrem, Gordley, *The Civil Law System*, Boston, Ma., Little Brown Co., p. 52.

12 *Vid.* Wieser, Felix, "European Free Trade Association (EFTA)", *Modern Legal Systems Cyclopedia*, Buffalo, N. Y., William Hein, 1996, vol. 4A.10.

denanzas que tiene fuerza de ley. El nuevo Código de Procedimientos Civiles de Francia fue dado por decreto del Ejecutivo.

Al seguir esa fuerte tendencia a aplicar medidas de tipo parche para reformar los más grandes Códigos, los países civilistas han obtenido como resultado un enorme y desorganizado crecimiento normativo. Los Códigos son un galimatías para quienes los usan. A menudo, el texto del Código no refleja la última disposición en vigor sobre un específico tema. Frecuentemente, las secciones de los Códigos derogadas o implícitamente derogadas por legislación más reciente están impresas junto con las nuevas leyes como apéndice al cuerpo del Código. Otras veces, la nueva norma se imprime en el texto del Código a continuación de la norma derogada explicitando cuál está vigente. Este proceso modificatorio es aún más difícil de rastrear en países que bajo dictaduras militares han modificado disposiciones del Código por decretos leyes. Este hecho a menudo referido como “descodificación” ha llevado a la mayoría de los países civilistas a enfrentarse a la necesidad de hacer una revisión a gran escala del texto de sus mayores Códigos, tarea esta que se ha probado de difícil concreción.

Después de la segunda Guerra, Francia (Código de 1803) y Holanda (Código de 1838) encararon proyectos de revisión de sus Códigos Civiles. Tanto el proyecto en sí como sus resultados preliminares engendraron vivas discusiones. En Francia, el intento de recodificación produjo serios estudios académicos sobre las técnicas de revisión de codificación y sobre temas de derecho sustantivo, pero no un nuevo Código. El plan parece abandonado por el momento. Por su parte, Holanda ha puesto en vigor su nuevo Código Civil por partes: la parte de personas fue promulgada en la década de 1970 mientras que el libro de obligaciones y de derechos reales entró en vigor en 1992; el libro relacionado a transportes, en 1994, y en el futuro se planea poner en vigor sucesivamente las partes restantes a medida en que se completen.

El Código Penal alemán fue profundamente modificado en 1977. Por otra parte, pocos cambios fueron necesarios en las provisiones del Código Civil alemán para adaptarlo a las circunstancias de 1984, fecha de su reforma. Este hecho se debió a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial de normas supletorias de derecho. Dado la lentitud de sancionar una nueva legislación complementaria o reformatoria, tanto jueces como académicos propusieron y aplicaron normas de derecho que subsanaran las

lagunas del Código. Este modo de completar las carencias del codificador se verificó tanto en Alemania del este como Alemania del oeste.

Como una isla civilista en medio de un contexto de *Common Law*, la provincia canadiense de Quebec dio su Código en 1866 sin que fuera modificado hasta entrada la década de 1960. La profusión de leyes complementarias promulgadas para modernizar sus disposiciones en el campo de la protección al consumidor, derecho de familia y derechos de la mujer constituyó hasta cierto punto una verdadera amenaza de “descodificación”. Para evitar tal peligro, el gobierno comenzó un proyecto de nuevo Código que, después de largas consultas con distintos grupos sociales, quedó completado en 1991 y entró en vigor en 1994.

Centro y Sudamérica tampoco han sido ajenas a este proceso de descodificación y recodificación. Aunque los siguientes ejemplos corresponden a países específicos, la experiencias de los mismos puede aplicarse igualmente a resto de los países latinoamericanos. Paraguay ha visto su sistema legal influenciado por condiciones políticas, culturales y económicas de *insolación*, a lo que se le suma su tradición de gobiernos militares y represión. Después de un largo proceso de descodificación, el proceso de recodificación ha sido lento en responder a los cambios mundiales. En 1987, Paraguay ha dado un paso tremendo hacia la modernización legislativa con la promulgación del nuevo Código, que es una síntesis de fuentes modernas.

Bolivia siguió un mayor proceso de recodificación entre los años 1973-1980 que culminó con la promulgación del nuevo Código Civil de 1980, que siguió como modelo el italiano, el cual acomoda a las nuevas condiciones socioeconómicas normas romanistas, del derecho canónico y del francés.

De las cuatro naciones latinoamericanas modeladas en el sistema federal, Argentina y México son las dos únicas con una estructura legislativa y judicial históricamente desarrollada y consistentemente aplicada siguiendo las pautas de la Constitución americana. El derecho argentino, influenciado por la doctrina francesa e italiana y obviamente por su herencia legal española, ha sufrido una evolución errática determinada en gran medida por la realidad política del país. Argentina, como típica república federal civilista, tiene poca disparidad entre la codificación provincial y la federal. La codificación provincial ha sido modelada siguiendo la legislación federal. Actualmente Argentina es una ejemplo repre-

sentativo de jurisdicción, cuya legislación y jurisprudencia están deslizando en un caos. Es difícil encontrar todas las normas aplicables a un caso, ya que los Códigos y sus leyes regulatorias básicas han sido repetidamente modificadas sin seguir un plan premeditado. Además de esto, durante los periodos militares fueron publicados decretos con carácter de ley, los cuales, como en la mayoría de los países sudamericanos, a menudo —pero no siempre— fueron confirmados por los nuevos gobiernos democráticos. La complejidad de la legislación subsidiaria la hace críptica. A los Códigos siguen leyes, decretos, a las cuales se yuxtaponen regulaciones internas administrativas, decisiones, resoluciones, circulares emanadas de distintos organismos estatales con diferente grado de autoridad. En el presente, varios proyectos de reforma y unificación de los Códigos Civil y de Comercio están siendo preparados y estudiados.

Perú ofrece un ejemplo similar del proceso de descodificación y recodificación. Treinta años después de su independencia, Perú adoptó el Código de 1852, basado esencialmente en el Código Napoleónico modificado por la legislación española vigente en ese entonces en el territorio peruano, instituciones del derecho canónico e incluso principios del derecho romano. Casi cien años más tarde, sus disposiciones estaban totalmente desactualizadas y, en 1936, se adoptó un nuevo Código Civil siguiendo los modelos de los Códigos Napoleónico, alemán y suizo (1911) y el brasileño de 1917. Hacia 1980, los profundos cambios sociales operados en el país hicieron que la Corte Suprema sugiriera que se aplicara el Código con gran flexibilidad para evitar soluciones injustas. Esta sugerencia fue desechada por el gobierno, y Perú sigue un enfoque estrictamente constructorista. Desde 1965 a 1981, una comisión especial estuvo trabajando en un proyecto de reforma<sup>13</sup> que no fue aceptado hasta noviembre de 1984, fecha de entrada en vigor del nuevo Código. Todos los mayores Códigos de Perú, con excepción del de Comercio, son de reciente origen, sofisticados y cuidadosamente redactados.

De la misma manera que el resto de los Códigos latinoamericanos, el Código Civil de Chile sufrió sucesivas reformas, especialmente por vía de decreto-ley de gobiernos militares. Muchos artículos fueron modificados y derogados por nuevas leyes, mientras que otros cayeron en desuso o adquirieron un nuevo significado por efecto de la elaboración jurisprudencial.

13 Osterling Parodi, Felipe, "Draft Civil Code of Peru", *Lawyer of the Americas*, vol. 14, 593, 1983, p. 595.

dencial, de modo tal que era imposible reconocer en su texto legal el original de Bello. Un serio proceso de codificación fue emprendido por las autoridades y un nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y leyes complementarias fue decretado con fuerza de ley en 1997. Además, adhiriéndose estrictamente al método codificador, en el área comercial, Chile ha emitido regularmente recodificaciones en este área, dadas anualmente o cada dos años; la edición de cada Código es sancionada por un específico decreto gubernamental y se publica oficialmente.

En Brasil, el crecimiento impresionante de la economía ha transformado el Código de Comercio en un cuerpo legal totalmente inútil para reglar la vida comercial de ese moderno país sudamericano. Las numerosas leyes complementarias promulgadas para suplir su obsolescencia son insuficientes y una reforma en su totalidad es imperativa.

Finalmente, a pesar de las múltiples publicaciones legales, en los países latinoamericanos, ninguna publicación subsume todas las leyes y regulaciones comprensivas de un área del derecho.

#### b) Evolución del valor de la jurisprudencia

A lo largo del siglo XX, además de la legislación complementaria, la actividad jurisdiccional fue la otra forma de suplir las carencias legislativas de los Códigos Civiles por obsolescencia o vacío de normas. Puede decirse en términos generales que en el sistema del *Common Law* la estabilidad esta dada por la doctrina del *stare decisis*, o doctrina del precedente, y los cambios son traídos a través de las leyes estatutorias. Por el contrario, en un sistema civilista, la ley es el elemento de certeza y las decisiones judiciales, aunque no son vinculantes, traen innovación al sistema recurriendo a principios generales o cláusulas ómnibus. Mientras que en un país de *Common Law* las decisiones judiciales constituyen la "ley", el sistema civilista considera que los Códigos y leyes son la "ley" que los jueces deben aplicar e interpretar.

Tradicionalmente, la jurisprudencia, esto es, la doctrina establecida por las cortes al emitir sus sentencias, no ha tenido valor para otras partes que no sean las del juicio origen de cada decisión. Los jueces estaban obligados por la misma ley a apegarse estrictamente a sus disposiciones, sin poder excusarse de aplicarla por ser oscura o incompleta. El artículo 5o. del Código francés veda a los jueces a establecer reglas generales de conducta al juzgar sobre un caso traído ante ellos.

Después de un siglo de experiencia, los juristas franceses admiten que la prohibición de usar razonamientos en fallos anteriores para juzgar un caso traído ante los tribunales es letra muerta. Durante el transcurso de esta centuria, practicantes, jueces y doctrina han llegado al convencimiento de que un análisis positivista del Código se ha transformado en obsoleto. A lo largo del siglo XX, ha tomado cuerpo la opinión de que la interpretación judicial de la ley de forma constante y uniforme puede constituir una importante referencia para la resolución de nuevos casos similares. Las cortes supremas se han manifestado repetidamente a favor de un método de interpretación que base la evaluación del conflicto de intereses en un enfoque más de justicia social que en uno exclusivamente individualista como indican la mayoría de los Códigos del siglo XIX.

Sin que haya una legislación que obligue a la aplicación del precedente judicial, *de facto*, las sentencias emanadas de las cortes supremas son seguidas por las cortes inferiores. Este hecho reconoce varios orígenes. Primero, el temor del juez de jerarquía inferior a que su fallo sea revocado en la instancia superior. Segundo, la falta de tiempo de elaborar nuevas soluciones. Tercero, la autoridad moral de los fallos de las cortes superiores en los cuales a menudo la decisión hace mención a la opinión de reconocidos jurisconsultos.

El siglo XX presenció el hecho de que, por medio de la interpretación judicial, los principios contenidos en el precepto redactado hace más de un siglo pueden ser aplicados a un contexto de circunstancias muy diferentes, con el objeto de articular una concepción de justicia. El avance de los descubrimientos científicos y su aplicación al arte y a la vida práctica no fue seguido al mismo ritmo por la legislación, tocándole a la jurisprudencia llenar el vacío legislativo. La flexibilidad de las cláusulas generales, los principios generales del derecho y los principios subyacentes de la ley aplicados por varias técnicas de interpretación legislativa hicieron posible la creación de un cuerpo de casos jurisprudenciales de considerable importancia.

Por ejemplo, las normas de los artículos 1,384 al 1,386 del Código Civil francés estuvieron ideadas para ser aplicadas a daños producidos por el hombre o el caballo. La era industrial trajo accidentes industriales, o aquellos provocados por el uso no industrial de máquinas o medios de transporte mecánicos. En esos casos, era difícil probar la falta del empleador o la compañía que el Código Civil requería para que prosperara



la acción; y no había otra norma a la que apelar en el intento de hacer justicia. Las normas sobre responsabilidad en accidente de tránsito son en gran parte producto de las decisiones de la Corte de Casación francesa en la interpretación de las cláusulas generales del Código en su intento de ayudar a las víctimas de tales accidentes (como, por ejemplo, obreros manipulando maquinaria, accidentados en choques automovilísticos o descarrilamientos). La aplicación del principio subyacente (la obligación de prevenir un accidente) regulada su responsabilidad en el artículo 1,384 por analogía se aplicó a casos que se multiplican por la expansión del uso de máquinas, ya que la mera aplicación de la letra del Código hubiera llevado a situaciones por demás injustas.

Otra prueba del valor creciente dado a la tarea de los tribunales como creadores de normas es el derecho administrativo francés, que surge en gran parte por la elaboración jurisdiccional de la Corte de Estado. Conceptos legales modernos tales como *product liability* (pero no estricta *liability*) o realización de tercera parte en daños (por la parte directamente injuriada) fueron desarrollados por los jueces sobre las bases de otras provisiones del Código Civil alemán de 1900.

La Ley de Trabajo, finalmente establecida por el esfuerzo de la Corte Suprema del Trabajo de Alemania, es otro ejemplo sorprendente de la creatividad de los tribunales civilistas. Debido a que la legislatura no había podido lograr un consenso político debido a lo altamente controvertido del tema, directores y obreros tomaron su caso ante la corte. Basándose únicamente en la provisión de la Constitución, que garantiza la libertad de asociación a trabajadores y gerentes, la Corte estableció un sofisticado y diferenciado conjunto de normas. El tribunal, además, actuó como un sustituto del Legislativo, un resultado criticado por muchos académicos, quienes arguyen que la Constitución confiere poderes legislativos exclusivamente al Parlamento.

La interpretación de cláusulas contractuales también dio lugar a una intensa actividad jurisdiccional incidiendo en la evolución del sistema. Apartándose de los modelos tradicionales, Códigos modernos admiten la terminación unilateral por “razones de peso” o por “excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones”. Aunque esas previsiones normalmente refieren a algún contrato típico, la jurisprudencia por analogía ha desarrollado un principio más amplio que permite ser aplicado a otros contratos, además de aquellos previstos por el legislador.

Del mismo modo, los jueces actuaron como cuasilegisladores respecto a normas obsoletas del Código. El proceso inflacionario, que obviamente no pudo ser previsto por los codificadores latinoamericanos del siglo pasado, provocó un serio desfasaje en el cumplimiento de las obligaciones monetarias. Las contraprestaciones fueron restablecidas a un equilibrio justo con la aplicación de cláusulas generales como la teoría de la imprevisión.

Recientemente, dentro del sistema tradicional, el antecedente judicial ha ganado creciente importancia y un papel independiente como fuente de derecho. No obstante, mientras que la interpretación de la ley sustantiva ha permitido cierta actividad de los jueces como legisladores (muy limitada, por cierto) son escasos los casos de teorías en el área procesal desarrolladas por la actividad jurisdiccional. Esto es así en gran parte porque los Códigos Procesales, tanto en el siglo XIX como en sus modificaciones posteriores a lo largo del siglo XX, estuvieron concebidos como un todo completo, como *numerus clausus* y sin formulaciones elásticas. Una excepción al ejercicio limitado de elaboración jurisprudencial en materia de procedimiento es la creación de la teoría y aplicación de los *astreintes* por parte de los tribunales franceses. El Código Procesal francés guarda silencio en cuanto a las penalidades por la no ejecución de sentencias de hacer o no hacer. En un intento de obligar al cumplimiento, las cortes francesas idearon el sistema de *astreintes*, una amenaza pecuniaria, para forzar este cumplimiento.<sup>14</sup>

Dado los esfuerzos de cierta parte de la doctrina de liberar al juez tanto como sea posible de la letra del Código y aún de los principios del mismo Código, más la tendencia firme de los tribunales de apartarse de la letra del Código para desentrañar su sentido, existe en el presente un claro peligro de que los jueces se sientan tentados a emanciparse demasiado del texto del Código, con lo cual el concepto del omnipotente legislador sería reemplazado con el de omnipotente judicial.

Finalmente, cabe acotar que a pesar de que la doctrina del *stare decisis* no tiene arraigo en Sudamérica, las cortes inferiores apoyan sus decisiones en las sentencias de las cámaras de apelaciones y de la Suprema Corte. A pesar de lo cual, la opinión de las cortes a nivel provincial y federal no están editadas en un solo cuerpo de publicación.

14 Herzog, *Civil Procedure in France*, 1967.

### c) Evolución del peso de la doctrina

El valor dado a la opinión doctrinaria en el sistema civilista se remonta a la época medieval y a la Edad Moderna, cuando los jueces legos del continente requerían a los profesores de derecho opinión sobre la resolución del caso ante ellos. También eran consultados por las cortes reales y hasta cierto punto las universidades llegaron a ser la última corte de apelación.<sup>15</sup> Este sistema de consulta a los llamados “jurisconsultos” no menguó cuando el proceso revolucionario francés echó por tierra el anterior sistema judicial. Por el contrario, el peso dado a la doctrina como fuente secundaria de derecho fue una constante aceptada tanto por practicantes como por jueces, y aun expresada en el mismo articulado de los Códigos. El peso de la doctrina como fuente secundaria de derecho es reconocida por el Código suizo (1907) que, en su artículo 1o., autoriza expresamente al juez a que en caso de que no hubiera provisión o costumbre aplicables al caso, puede aplicar una regla de su propia elaboración la cual deberá ser guiada por la “doctrina legal aprobada” y la tradición judicial.

Puede decirse que dos tipos de doctrina han influenciado decididamente en la evolución del sistema: una más dogmática, ocupada en principios generales e interpretación, y otra más pragmática, que, publicada en forma de comentarios, analiza y critica con detalle el derecho positivo.

La evolución del valor de la tarea judicial ha estado determinada a lo largo de este siglo en gran medida por las teorías de la doctrina. Durante el siglo XIX y gran parte del XX la doctrina, dirigida por la corriente alemana, percibía que la función judicial era ejecutar mecánicamente la normas del Código. Esto es claro en la forma en que los tribunales franceses presentan sus decisiones, las cuales siempre comienzan con un lista de las provisiones del Código aplicables, no discuten ni analizan decisiones previas y presentan la resolución deductivamente derivada de las provisiones citadas, sin indicar dudas que el juez tuvo que superar para obtener el resultado. El sistema evolucionó en parte por las propuestas del autor francés Gény, quien sostuvo la teoría de la investigación científica libre: los jueces están obligados por el texto de la ley sólo cuando es claro. En los restantes casos, los jueces deben considerar el sistema legal como un todo, teniendo en cuenta simultáneamente los valores sostenidos

15 *Vid.* Schlesinger, *op. cit.*, nota 1, p. 106.

por la sociedad, los hechos económicos y sociales particulares relacionados con el caso para llegar a la solución más justa.<sup>16</sup>

Los juristas civilistas son más audaces al criticar las decisiones de las cortes que las opiniones de sus colegas en el *Common Law*. Como consecuencia, los jueces a menudo reexaminaron la tendencia de sus decisorios al ser conteste la doctrinaria en desaprobar sus fallos.

### B. Quebec y Louisiana

Considerando la evolución de los ordenamientos jurídicos internos de países civilistas, cabe considerar tres enclaves en Norteamérica los cuales, transformados en provincias o estados, han mantenido su identidad civilista en un mundo de *Common Law*. En primer lugar se destaca la provincia canadiense de herencia francesa, Quebec, la cual, aunque ha resistido exitosamente los embates del *Common Law* como hemos mencionado *ut supra*, ha recibido el impacto del derecho inglés en su derecho comercial tanto codificado como sin codificar. La interpretación jurisprudencial de los jueces civilistas de Quebec en asuntos de *Common Law* ha servido de modelo a jurisdicciones como Santa Lucía, estado del Caribe que interpreta las disposiciones de su Código Civil siguiendo los principios del *Common Law*, los cuales son parte de la ley de ese país insular.

Sin lugar a dudas toda la zona sur de Estados Unidos, en especial en Texas, se evidencian elementos civilistas en los ordenamientos legales estatales, aunque ocultos por varias capas de *Common Law*. Sin embargo, en ninguna zona de ese país es tan importante el impacto civilista como en Puerto Rico, caso que ya hemos analizado, y Louisiana.

Louisiana mantiene tanto el método jurídico como la normativa civilistas, a pesar del embate de la legislación federal. Conquistada y colonizada por los franceses, estuvo un corto periodo bajo el dominio español, y nuevamente bajo el francés, y posteriormente pasó a formar parte de Estados Unidos en 1803. Louisiana se dio su Código Civil en 1825 basándose en las disposiciones del napoleónico, que siguieron pesando en la redacción del Código Civil revisado de 1870, el cual fue reemplazado por el de 1991. Aunque la ley sustantiva privada sigue los modelos ci-

16 Gény, François, *Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif; essai critique*, 2a. ed., París, LGDJ, 1954.

vilistas, los derechos de procedimiento, comercial y público, han sido modelados por las instituciones del *Common Law*. A principios del siglo XX, el impacto del *Common Law* era importantísimo. La aceptación por parte de las cortes de Louisiana de la teoría del precedente fue uno de los puntos de controversia entre académicos sobre si el ordenamiento jurídico de ese estado conservaba su *status* de civilista, ya que algunos autores usan la aplicación de la doctrina del *stare decisis* para definir si un ordenamiento pertenece al sistema del *Common Law* o al sistema del derecho civil. Sin embargo, las decisiones judiciales no son fuente de derecho: el Código Civil de Louisiana, en su artículo 1o., establece que la ley es la expresión solemne de la voluntad legislativa.

Así como en otros países civilistas, la doctrina en Louisiana ha tenido un papel preponderante para conservar y desarrollar el sistema legal heredado de Francia. La creación del Instituto de Derecho de Louisiana, la traducción de la doctrina francesa al inglés y el impulso dado al estudio de una reforma del Código Civil modificaron la tendencia a copiar instituciones de los ordenamientos del resto de los estados de la Unión, y en el presente, hay una clara revitalización de la tradición civilista, a tal punto que autores norteamericanos sostienen que la sistemología, terminología y presunciones que guían la actividad judicial de Louisiana no pueden ser plenamente entendidas por un abogado cuya preparación es sólo en *Common Law*.

## 2. Migración del sistema por expansión política

La transición de formas milenarias de vida económica y política hacia una forma más moderna en la mayoría de los países del “tercer mundo” o “en vías de desarrollo” ha sido casi completamente restringida a este siglo. Ese tránsito a una forma occidental de vida legal y económica procedió y aún se verifica con la incorporación a los sistemas locales de conceptos e instituciones de las dos mayores tradiciones jurídicas de occidente; la tradición civilista ha incidido en ese desenvolvimiento en casi el 60% de la población mundial. Decíamos que la transferencia de instituciones legales de un punto geográfico a otro generalmente tiene lugar por conquista y colonización o por recepción voluntaria. A diferencia de la codificación latinoamericana, en la cual la migración de ideas legales se produjo por medio de la “recepción” voluntaria de los principios de codificación, la incorporación de los principios civilistas en numerosos

países de África y en las hoy ex repúblicas soviéticas socialistas de Asia fue resultado de la colonización e invasión respectivamente.

#### A. El sistema civilista en las repúblicas soviéticas socialistas. Europa oriental, central y Asia

La codificación de Rusia al oeste de los Urales se remonta al siglo XI. Después de varios proyectos de codificación, en 1832 culmina la primera organización sistemática de todo el derecho ruso. Durante la época zarista, se realizaron varias reformas de ese “Código de Leyes” (1860-1903) y se promulgaron otros Códigos (de Comercio y de Procedimientos). En el periodo prerrevolucionario, Rusia fue un *país de droit écrit*. Desde entonces, la influencia del derecho germánico es evidente, aun con posterioridad a la época de Lenin. Después de la caída del régimen zarista, hubo un periodo de duda entre los líderes de la Revolución sobre qué sistema jurídico daría forma al ordenamiento legal del nuevo país, Stalin decidió adoptar las instituciones del sistema jurídico civilista (Constitución de 1936); él creía en el gobierno de la ley (a diferencia de Lenin, que creía en el gobierno de los hombres), y adoptó Códigos de derecho por la misma razón que Napoleón codificó el derecho francés: con el objeto de consolidar el poder en el centro.<sup>17</sup> Luego, y aún en la etapa socialista, la estructura de las instituciones legales soviéticas y la interpretación de las leyes continuó siguiendo los modelos civilistas.

Al extenderse políticamente la Unión Soviética, impuso su ideología económica y su sistema legal en las repúblicas bajo su éjido. Sin embargo, en los países de Europa central y oriental, la imposición fue esencialmente de los principios de la teoría legal comunista y no del sistema de codificación, que ya era parte del ordenamiento de esos países. El pensamiento jurídico de los países de Europa oriental y central (en especial, Serbia y Rumania) sobre todo en el campo de la teoría del derecho, se había desarrollado a partir del siglo XIX hasta la segunda Guerra exclusivamente dentro del marco de la doctrina francesa.

Caso totalmente distinto se verificó en el otro sector dominado por la antigua Unión Soviética. Rusia llevó su concepción ideológica en lo político y económico y su sistema legal codificado a la Rusia del *droit coutumier* regida hasta ese momento por el derecho consuetudinario o por

17 Osakwe, Christopher, “The Modern Soviet Legal System in Comparative Perspective”, *Modern Legal Systems Cyclopedia*, Buffalo, N. Y., William Hein, 1995, vol. 8.150.23.

el derecho islámico. De ese modo, al tomar el poder en el grupo de países contemporáneos musulmanes de Asia, los soviéticos expandieron el sistema civilista a esas regiones del globo. Como consecuencia de la expansión del sistema civilista en la primera mitad de este siglo, naciones como Kazakstán, Azerbaiján, Ubezkistán, Kaliningrad, Turkmenistán y Kirgystán, con una mayoría de su población musulmana, llegaron a convertirse en repúblicas soviéticas socialistas. En ellos, las autoridades soviéticas no hicieron ningún esfuerzo en mantener el derecho islámico, el cual era considerado como una herramienta del oscurantismo que intentaba perpetuar un *status quo* de opresión. Tampoco las cortes de la *Sharia*, que lo aplicaban, fueron conservadas. La imposición de Códigos se verificó por *manu militari*, dejándose de lado tanto el derecho consuetudinario local como el religioso. Stalin vio en la ley codificada un instrumento de ingeniería social capaz de dar estabilidad y homogeneidad a la nueva entidad política tanto en su centro como en su periferia.

#### B. El proceso de codificación en los países africanos

En África, lo mismo que en los países tradicionalmente no civilistas bajo la órbita de la Unión Soviética, los elementos de los ordenamientos jurídicos de los países colonizadores fueron incorporados por “imposición” en los sistemas jurídicos de las naciones colonizadas. Aunque siempre es peligroso generalizar, podemos decir que la influencia del sistema civilista en África fue mayor que la de cualquier otro sistema jurídico. El Código Napoleónico ha disfrutado de una amplia esfera de influencia, que se extiende desde el norte y el oeste de África, a donde fue llevado e impuesto por el esfuerzo colonizador no sólo de Francia sino de Alemania, Portugal y Bélgica.

En la mayoría de los casos se impusieron los Códigos de la metrópolis. Angola recibió el Código portugués; Madagascar, Gabón, África central, Burkina-Faso debieron adoptar el Napoleónico, Botswana debió aplicar aquella parte del derecho belga no codificado y Burundi y Zaire tuvieron que adoptar el Código belga. En el caso de la conquista francesa, la estructura de las cortes de la costumbre fueron dejadas en funcionamiento. Indudablemente, la profundidad de esta influencia en cuanto a su perdurabilidad después del periodo colonial varió de país en país, como veremos más adelante.<sup>18</sup>

18 Schlesinger, *op. cit.*, nota 1, p. 262.

### 3. *El sistema civilista frente a la emancipación política*

Numerosos países en vías de desarrollo están atravesando un periodo de transición de regímenes autoritarios hacia gobiernos democráticos; hecho que se ha dado en llamar la tercera ola de democratización.<sup>19</sup> En los procesos de transición en países hasta muy recientemente bajo dictaduras o regímenes comunistas, las nuevas Constituciones, que consagran principios democráticos y la preservación del Estado de derecho (la sumisión del Estado a la ley), y enumeran derechos fundamentales, son la clave para el éxito de ese paso hacia una democracia duradera. La mayoría de esas Constituciones dan prevalencia a la obra del Parlamento (ley escrita) sobre cualquier otra fuente del derecho, nombran la Constitución como ley suprema, y establecen una jerarquía de leyes y de tribunales que pavimentan en muchos casos el camino hacia la adopción o afianzamiento de una estructura legal civilista.

Al analizar el actual desenvolvimiento de los ordenamientos legales de los ex países comunistas o de países islámicos o africanos en vías de desarrollo, un abogado entrenado en el sistema civilista va a reconocer en la estructura, terminología y técnica de redacción una razonable familiaridad con las normas de su propio sistema, aun cuando ese mismo abogado pueda disentir con la ideología que permea en esos Códigos. En diverso grado, instituciones civilistas permanecen presentes conteniendo en algunos casos conceptos del libre mercado y en otros, preceptos de corte socialista.

#### A. Ex repúblicas soviéticas socialistas, retorno al sistema civil: Europa oriental, central y Asia

Durante la ocupación rusa, el ordenamiento jurídico y legal de aquellas ex repúblicas soviéticas socialistas tradicionalmente civilistas no se apartó de esta tradición ni en cuanto a la interpretación de la ley ni en cuanto a la importancia concedida a las fuentes del derecho, ni en cuanto al papel del Poder Judicial. Esa posición se mantiene caído el sistema comunista. Actualmente el ordenamiento jurídico de la Federación Rusa postsoviética está emergiendo en un proceso dinámico que mantienen la línea de pensamiento civilista.

19 Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, 1991.



El derecho de la Federación Rusa sigue de cerca la tendencia de reorganización de su derecho privado, ya que el proceso de descodificación ha sido en ese país impresionante. La profusa legislación complementaria está siendo reescrita en un vasto cuerpo de legislación. En la recodificación que atraviesa Rusia, comenzada en 1992, los redactores han seguido los modelos holandés y alemán, aunque la influencia estadounidense se siente en el área comercial. La parte general del Código Civil ruso se ha publicado en noviembre de 1994 y el Código de Familia, en diciembre de 1995. Parece poco probable que el derecho comercial vaya a ser codificado puesto que la parte segunda del Código Civil (obligaciones), siguiendo el modelo de codificación italiano de 1942, cubre todo tipo de obligaciones. La Federación Rusa sigue de ese modo la tendencia actual de abandonar la antigua dicotomía civil-comercial.

A partir del año 1990, apenas caído el régimen comunista, empieza a escribirse un nuevo capítulo de la evolución de los ordenamientos jurídicos de los países de origen civilista que han formado parte de las repúblicas socialistas soviéticas. Estos países enfrentan un especial dilema en su retorno a los principios civilistas puros, despojados de elementos de la teoría legal comunista. De ninguna manera, ese retorno puede significar en el área legal, como generalmente ocurre en el campo económico, una reinstalación simple y llana de las antiguas estructuras. Al reinstalar el sistema legal civilista en su intención de reconstruir un Estado de derecho y regresar a las pautas económicas del libre mercado, estos países tienen que incorporar las grandes conquistas jurídicas durante las últimas décadas como el desarrollo de los derechos humanos, la constitucionalización de las diferentes ramas del poder, la creación de nuevas instituciones como las del tipo *ombudsman*, la adopción de convenciones internacionales de superlativa importancia y, sobre todo, las novísimas instituciones en el campo de las transacciones comerciales internacionales, seguros y bancos.

Representativo de este proceso de acomodación legal es el caso de Bulgaria. El ordenamiento jurídico de esta nación en la era precomunista, como la mayoría de la jurisdicciones de Europa central y oriental, era una amalgama de derecho consuetudinario, eclesiástico y bizantino. Las costumbres eslavas en su forma no escrita fueron aplicadas hasta bien entrado el siglo XX. Impuesto el derecho islámico por el Imperio turco, el cuerpo de leyes y Códigos de principios del siglo XX estuvo dirigido

a suplantar las leyes otomanas con normas francesas, alemanas, italianas y suizas. El Código de Comercio otomano de 1850 (básicamente, la versión turca del Código francés) fue reemplazado en Bulgaria por el Código alemán. Durante el periodo 1947-1989, la ley búlgara fue reestructurada por los conceptos marxistas leninistas designados a planificar y controlar las estructura del aparato político.

Habiéndose revertido el régimen político, actualmente Bulgaria, como el resto de los países europeos que una vez estuvieron detrás de la cortina de hierro, se enfrenta al dilema de decidir entre abrogar la totalidad de la legislación del periodo comunista o encarar una renovación poco a poco de la legislación actual para adaptarla a los nuevos ideales políticos y económicos. En el primer caso, podría repetirse la situación caótica que tuvo lugar cuando, después de la Revolución bolchevique, los soviéticos derogaron toda la legislación zarista *in corpore*, habiéndose requerido largos años para que hubiera un nuevo sistema legislativo. La solución gradual es la que está teniendo lugar en la mayoría de las ex república soviéticas: está desarrollándose un sistema de transición hacia un sistema jurídico moderno sobre la base de instituciones tradicionales, que seguramente tomará un largo tiempo terminar de codificar.

Probablemente también ex repúblicas soviéticas como Georgia y Ucrania, y los países bálticos, ahora Estados independientes, pero con entidad política y adheridos al pensamiento civilista desde mucho antes de la invasión rusa, seguirán de cerca el desarrollo ruso de recodificación.

Dentro del grupo de los ex países miembros de la Unión Soviética, los islámicos asiáticos ofrecen un caso particular. A consecuencia de la imposición de la codificación y la erradicación del derecho consuetudinario o el derecho musulmán y las cortes que lo aplicaban, las ex repúblicas soviéticas socialistas de Asia tienen hoy una legislación secular y codificada que contiene principios de la teoría legal comunista y que promueve una sociedad muy distinta a la del Islam. Es incierto ahora prever cuáles serán los carriles que sigan sus ordenamientos legales considerando el presente estado de guerras civiles y luchas por el poder en un gran número de ellos (Afganistán y Kirgistán, por citar dos ejemplos). No obstante, es de imaginar que las instituciones civilistas seguirán en su lugar. La validez de esta asunción está dada por el hecho de que la mayoría de esos países han dado sus nuevas Constituciones reafirmando la regla del derecho. A modo de ejemplo: Ubezkistán de 1992, su ley fundamental

sigue el modelo de la francesa de 1958. Similares son los casos de Kazakstán, con su nueva Constitución de 1993 reformada en 1995, y de Turkmenistán, que promulgó su nueva Constitución de 1992. En la mayoría de los casos, sus leyes fundamentales delimitan una jerarquía de ley escrita y tribunales civilistas, mientras que en otros, como el caso de Uzbekistán, hay ya un proceso de recodificación bajo estudio.

### B. El proceso de recodificación en los países africanos

En los países africanos, como en la mayoría de los países en vías de desarrollo en otras partes del globo, ya sea que los organismos estatales lo acepten completamente o no, el hecho incontestable es que el derecho consuetudinario regula la vida de una gran parte de la población. Una vez emancipados, muchos de esos países en busca de sus identidades nacionales reconocen una mayor o menor influencia del derecho tradicional y están pasando por un proceso de aculturación por el cual las costumbres son reinterpretadas y codificadas. Después de su emancipación, los países africanos colonizados por países civilistas optaron por mantener los principios heredados por los colonizadores, excepción hecha de Mozambique. En esa tarea no siguieron ciegamente el Código Napoleónico o el Código del país que los había colonizado, sino que incorporaron normas de otros cuerpos legales europeos y lograron en varios casos sintetizar los principios occidentales con costumbres locales. A través de la codificación, las reglas de la costumbre se incorporan dentro del articulado, y aun las prácticas nativas se han occidentalizado.

De ahí que pueda hablarse, en rasgos generales, de que los sistemas legales africanos son híbridos, donde la costumbre local está siendo codificada y donde los principios civilistas dominan en temas comerciales y diseñan la estructura tribunalicia. Tanto en África como en los países islámicos no africanos, como veremos más adelante, numerosos países han restringido el sistema de cortes de la costumbre y cortes de la *Sharia* a temas de familia y *status personal*. El resto de las relaciones sociales están gobernadas por normas de origen occidental.

Sobre un sistema conformado por normas de costumbres nativas y normas importadas, numerosos países, teniendo especialmente en cuenta el desarrollo y planificación económico nacional, han dado regulaciones mezclando ambos conjuntos de normas a los que se le han incorporado conceptos basados en los principios de la teoría legal socialista, o al me-

nos en un plan equitativo de redistribución de la riqueza. Si bien es cierto que muchas de esas disposiciones son de carácter público, no es menos cierto que su influencia se siente en el dominio del derecho privado y, por consiguiente, el dualismo jurídico (sistema del derecho consuetudinario y civilista) tiende a disminuir. En otras palabras, el sistema es más unificado de lo que parece a primera vista de un análisis exclusivamente privatista (hecho por alguien especialista en derecho privado).

La variable religiosa, esto es, según que la población se adhiera mayoritariamente a la fe musulmana o primen las creencias locales, ha determinado en gran medida tanto la perdurabilidad del sistema civilista con posterioridad a la emancipación como la profundidad de su influencia, dando lugar a tres tipos de evolución de los ordenamientos legales civilistas en África. Así, países como Lesotho, Guinea Ecuatorial o Mauritania instrumentaron un sistema judicial dual y dejaron en funcionamiento las cortes que administran el derecho consuetudinario tribal conjuntamente con las cortes de estilo civil. El sistema civil en estos países goza de gran prestigio. Otros, como Mauritania, con mayoría de población islámica, tiene las cortes islámicas y las civiles, cada una de ellas con su propia jurisdicción y derecho aplicable. En un tercer grupo de países, como en Guinea, el legislador, haciendo caso omiso de la población mayoritariamente musulmana, ha decidido erradicar el derecho islámico y consuetudinario y adherirse exclusivamente al derecho civil.

Benín y África central son buenos ejemplos de lentitud con la que los ordenamientos legales de algunos países han evolucionado a partir del sistema heredado de Francia. En 1965, se abolió el doble sistema judicial instalado por los franceses, suprimiendo las cortes consuetudinarias, y estableciendo una sola jerarquía judicial que sigue el modelo civilista. Las cortes civiles, sin embargo, aplican la costumbre que no está codificada.

La codificación de Mali es una muestra de cómo la mayoría de los países africanos, una vez independizados, han intentado legislar sintetizando principios occidentales sin perder su identidad nacional. El Código Civil regla los asuntos considerados tradicionalmente de carácter civil, aunque la mayoría del derecho sobre el estado de las personas ha sido legislado por separado teniendo en cuenta las tradiciones locales. Desde 1969, el gobierno ha sido guiado por su intención de establecer un Estado marxista leninista, sin que los principios comunistas hayan sido plena-

mente plasmados en la legislación civil y comercial. El Código Comercial de 1986 es un instrumento que tiende hacia la izquierda, aunque especial legislación estatista ha sido implementada a parte de las tradicionales codificaciones.

Mali es un país mayoritariamente musulmán, sin embargo, todo intento de unidad se complica con la presencia de numerosos grupos étnicos. Con el propósito de acrecentar la unificación, el nuevo gobierno abolió el sistema judicial dual de cortes de la costumbre que aplicaban el derecho islámico. Esta reforma integral se instrumentó por medio de las disposiciones de un nuevo Código de Procedimientos. El derecho islámico y la costumbre local han sido incorporados en nuevos Códigos que los jueces deben usar como primera fuente de derecho. De este modo, el derecho islámico y el derecho consuetudinario son reelaborados por la legislatura que es el único organismo que puede hacer leyes y únicamente siguiendo las pautas enumeradas constitucionalmente.

#### 4. *Recepción voluntaria del sistema de codificación*

##### A. Entretejiendo los principios civilistas y consuetudinarios en Asia

Después de tres siglos de colonización del sudeste asiático, países como Holanda, Portugal y Francia dejaron la impronta civilista en Corea, la China precomunista, Indonesia y Malasia. Con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, regímenes dictatoriales ocuparon el poder modificando el contenido de su legislación e incorporando elementos de la teoría legal comunista a la estructura existente de Constitución, y Códigos Civil y Criminal.

A pesar de que los principios confucionianos, más que leyes escritas, son los que guían a las cortes en su tarea de disolver conflictos en China, ese país ha pasado por varios intentos de occidentalización de su derecho (codificaciones de 1920-1930). La forma en que la ley china ha sido europeizada puede ser considerada dentro de la familia del sistema jurídico romanista. Salvedad hecha de que los conceptos de esa tradición no pudieron repentinamente transformar una forma de razonar que ha prevalecido durante dos milenios y medio.

El primer intento de codificación tuvo lugar durante el siglo XVII: en el área del derecho penal y administrativo.<sup>20</sup> La segunda etapa se llevó a

20 Boulais, D., *Manuel du Code Chinois*, 1924.

cabo a principios del siglo XX. Durante la tercera etapa de codificación (1949) en el periodo maoísta, se decidió poner en vigor Códigos socialistas siguiendo los modelos soviéticos. Un cambio drástico en su política y en sus relaciones internacionales llevó a China en 1957 a optar por seguir un camino diferente de aquél de la Unión Soviética para lograr una sociedad comunista. En primer lugar, se apartó del modelo de capitalismo de Estado caracterizado por el crecimiento económico y el desarrollo de la industria pesada para satisfacer las necesidades de los ciudadanos. China prefirió hacer hincapié en la transformación de todos los medios de producción y disolver toda diferencia entre el trabajo manual e intelectual. Segundo, China se apartó del modelo de las Cortes Supremas soviéticas y del principio de legalidad para producir la transformación social. El enfoque maoísta del marxismo es particularmente interesante, porque la perspectiva marxista de clases no es compatible con el sistema de jerarquía del confucionismo. China rechazó la ley como medio para lograr la paz social y escogió como medio idóneo para ello la educación y la mediación. La ley fue considerada un medio para ser aplicado a los contrarrevolucionarios de la misma manera que en el pasado la ley sólo había servido para manejar a los bárbaros. La ley fue considerada como necesaria sólo para aquéllos que no se preocupaban por la moralidad y las necesidades sociales. El proceso de codificación fue detenido. Las Cortes fueron reemplazadas principalmente por los comités de mediación del pueblo y mediadores de varias clases.

En el presente, un nuevo cambio en la espiral evolutiva está teniendo lugar en China. La Constitución de 1978 da a los actuales líderes la oportunidad de separarse de las políticas impopulares de sus predecesores, al establecer una nueva legislación y un sistema de cortes al estilo civilista. El reciente desenvolvimiento económico y político ha llevado a los dirigentes chinos a actuar para responder a las nuevas reformas legales que permitan la apertura a los mercados mundiales. La terminología socialista mezclada con prácticas no socialistas, todo dentro de un marco de referencia legal civilista, son las características primordiales del régimen jurídico chino. En la actualidad, está bajo estudio un comprehensivo proceso de codificación.

De igual modo que en China, el pensamiento japonés de organización social está signado por las enseñanzas de Confucio. El ordenamiento jurídico de Japón (que más semeja un sistema exclusivamente administra-

tivo que legal) en muchos aspectos puede definirse como civilista. Japón no fue nunca conquistado, sin embargo, la influencia de algunos conceptos occidentales de organización son evidentes. El sistema civilista que fue incorporado al ordenamiento japonés durante las reformas sociales alentadas por los emperadores Meiji y, que desde entonces ha permanecido, es interpretado desde la perspectiva confusionista. Si bien es cierto que después de la segunda Guerra Mundial las instituciones del *Common Law* americano fueron impuestas, la influencia del derecho alemán es determinante en el sistema nipón como un todo.

Por su parte, Vietnam que desde 1975 ha tenido un solo y unificado ordenamiento jurídico, abolió todas las viejas tradiciones y Códigos; el vacío jurídico ha sido llenado con Códigos nuevos orientados por principios socialistas. Su nuevo Código Civil de 1996, una comprehensiva codificación en el sentido europeo, es un giro sorprendente en la evolución jurídica vietnamita.

Indonesia presenta otro caso de evolución híbrida en la cual conceptos civilistas se han fusionado o servido de contenedores de instituciones islámicas y consuetudinarias. Indonesia, conquistada por Holanda, recibió la impronta civilista a través del *Código para las Indias Orientales*, extensas porciones del cual eran copia del Código de Holanda (1838) que a su vez reflejaba el estilo y articulado del napoleónico. El Código está designado para ser aplicado a toda la población; sin embargo, los conquistadores permitieron a la población nativa —a su elección— regularse por las *leyes Adat*, derecho consuetudinario.

### B. Recepción de los principios civilistas en países islámicos

La influencia del sistema civilista en los países islámicos varía en un amplio espectro según cuál de ellos se analice. En general, a fines del siglo XX puede observarse el siguiente fenómeno: los países islámicos a menudo toman la estructura de instituciones civilistas para contener los principios islámicos. Preferimos hacer referencia a “países islámicos”, y no a países del “mundo árabe” como acostumbra parte de la literatura comparativista en el entendimiento de que la segunda forma peca por defecto. Si bien todos los países del mundo árabe son regidos por los principios islámicos, hay países islámicos que no son árabes (Pakistán, Afganistán, Indonesia, Albania, Turquía, etcétera).

A pesar del riesgo que implican las generalizaciones, puede hablarse de ordenamientos jurídicos híbridos donde la costumbre local está siendo codificada y amalgamada con los principios del derecho islámico. Los principios islámicos gobiernan los asuntos de familia, herencia, matrimonio y divorcio como así también, en algunos países, los temas de tierra. En tanto que los otros así campos del derecho, especialmente el área de las obligaciones y el derecho comercial, son regidos por instituciones del derecho civil. Un esquema similar se halla presente en aquellos países africanos o islámicos que fueron protectorados ingleses, en los cuales el dualismo jurídico es: derecho islámico-*Common Law*.

Pueden distinguirse tres grandes grupos de países islámicos en su relación con el sistema jurídico civilista, según la influencia civilista sea casi nula; exista un sistema mixto donde los elementos de ambos sistemas jurídicos están medianamente balanceados, o la influencia civilista ha eclipsado el derecho islámico.

a) El primer grupo está constituido por aquellas naciones en las cuales la influencia occidental es casi nula. Países como Yemen, los Emiratos del golfo Pérsico, Afganistán, Kuwait y Arabia Saudita están regidas por el derecho islámico o costumbres locales. Las codificaciones al estilo occidental, si existen, regulan solamente las relaciones con extranjeros.

b) Un segundo grupo constituido por la mayoría los países islámicos de África y el Cercano Oriente, nuevamente la generalización hecha con suma cautela, ofrece un sistema legal mixto, donde los principios islámicos han sido conformados dentro de las estructuras civilistas. Este grupo ofrece un amplio espectro según la profundidad de la influencia occidental y las convicciones fundamentalistas de la población; aunque puede hablarse de dos subgrupos:

Un primer subgrupo está formado por aquellos países islámicos que, teniendo raíces civilistas y sistemas jurídicos mixtos, dado el resurgimiento del fundamentalismo islámico, sus líderes han comenzado un proceso de reinstalación del derecho islámico de forma exclusiva y se proponen eliminar de sus ordenamientos legales todo vestigio de la ideología civilista. Argelia, Libia e Irán son ejemplos de esa evolución. Antes de la colonización francesa, las fuentes del derecho argelino eran tres: derecho islámico, el derecho consuetudinario bereber y la ley rabínica. La dominación francesa impuso las instituciones civilistas. Después de su independencia en 1962, fueron puestos en vigor los cuatro Códigos básicos



(Civil, 1975; de Comercio, 1975; de Procedimientos Civiles, 1966, y Penal, 1966) para regular las relaciones sociales. Actualmente el ordenamiento legal se encuentra en proceso de profundos cambios, debido a que la mayoría de la población demanda que el derecho islámico regle todos los aspectos de la vida social y legal. Producto de esos cambios son los Códigos de Comercio de 1993 y el de Procedimientos Civiles del mismo año.

Del mismo modo han evolucionado Libia e Irán, ambos otrora parte del Imperio otomano y por consiguiente con larga tradición codificadora. Libia, tanto como parte del Imperio Otomano y posteriormente bajo el dominio de Italia, tenía un sistema judicial y legal dual. Del mismo modo que las cortes civiles o seculares, las cortes islámicas tenían jurisdicción original y de apelación y administraban el derecho islámico; mientras que casos comerciales y criminales eran entendidos por tribunales seculares organizados según los principios napoleónicos. Desde entonces, el derecho privado ha sido paulatinamente reformado para adaptarlo a la *Sharia*. El coronel Qadafi abolió las cortes religiosas, pero irónicamente las cortes seculares que hoy constituyen todo el sistema judicial en vez de administrar el derecho secular, resuelven todo caso ya sea religioso, comercial o penal aplicando el derecho islámico. Sin embargo, en todo el sistema legal libio es evidente la presencia de principios civilistas, en especial de aquellos de los modelos italianos.

Irán por su parte dio el primer Código Civil de los países musulmanes en 1927-1935, y hasta el año 1979 su ordenamiento legal evidenciaba la preponderancia del derecho civil. Debido a la revolución islámica de 1979, todas instituciones civilistas han sido abolidas, siendo nula la legislación que no se adapta al derecho islámico. Países como Irán, Libia o Argelia difieren del grupo formado por Afganistán o Arabia Saudita en el hecho de que los últimos nunca pasaron por un periodo de codificación. En cambio, los primeros tienen una larga tradición de codificación y sus fuentes en el pensamiento civilista se remonta a cuando eran parte del Imperio otomano y, más aún, cuando eran parte de Roma. Aun hoy, a pesar del fundamentalismo religioso, esos países mantienen la estructura judicial, la concepción civilista de la ley, y el método de codificación, aunque el contenido de esas leyes y Códigos es islámico.

Dentro de los países con sistema mixto se encuentra otro grupo que adoptan una posición más moderada, siendo representativos del mismo

Egipto, con la última reforma de su Código Civil, Siria e Irak. Sus Códigos son civilistas en su estilo y organización, mientras que su contenido es una síntesis cuidadosa de las enseñanzas de la *Sharia* y las instituciones occidentales. Es de hacer notar que mientras las primeras codificaciones en países islámicos fueron copia del modelo francés, las realizadas entrado el siglo XX fueron más selectivas, incorporando también normas de los Códigos italiano, suizo y austriaco.

c) En una posición política diametralmente opuesta a los países islámicos fundamentalistas, Turquía, con un 99% de población musulmana, ha optado por regirse por el sistema del derecho civil siendo casi nula la influencia del derecho islámico. País musulmán, no árabe, con fuertes lazos con Europa, fue un precursor de cambios legales en la comunidad islámica. Su proceso de organización legislativa comenzó en 1839 y culminó con el Código Civil de 1926, basado en el Código suizo. El derecho turco se aparta de las normas islámicas de derecho de familia, divorcio, sucesiones y aun del estado de las personas. El Código de Comercio turco de 1850, el cual era una copia del francés, fue reemplazado en 1926 por una versión modificada del Código alemán que luego se reformó en 1956.

#### IV. SU PROYECCIÓN AL FUTURO

##### 1. *Globalización y áreas de mercados internacionales*

Las nuevas circunstancias históricas y políticas en la presente evolución social mundial es de globalización. El movimiento de integración, que comenzó en Europa y actualmente sigue creciendo dada la importancia de las organizaciones supranacionales europeas y no europeas, marca la tendencia al entrar el siglo XXI. Las Rondas de Uruguay de negociaciones de comercio multilateral claramente indican el ímpetu de los esfuerzos por establecer un nuevo orden para el comercio internacional. Los nuevos Códigos y acuerdos multilaterales<sup>21</sup> originados en al Ronda de Tokyo son otro paso hacia adelante en la consecución del objetivo compartido de internacionalizar plenamente la economía.

La globalización de la economía lleva a aumentar las posibilidades de que, cada vez que alguien entra en un contrato u operación internacional,

21 Agreements on Trade in Civil Aircraft, Government Procurement, International Dairy and International Bovine Meat.

llegue a transformarse en el sujeto de litigio en un país que no es el propio. Dado el alto porcentaje de probabilidades de que ese evento ocurra, las partes y sus abogados deben tener en mente los principios que regulan el ordenamiento jurídico de los países a los cuales pertenecen las partes de un contrato privado internacional. El riesgo de la incertidumbre sobre la ley aplicable y la corte que entenderá en un posible conflicto en transacciones más allá de las propias fronteras es bien conocido por abogados y gente de negocios. Este temor a menudo constriñe a potenciales exportadores e importadores a permanecer dentro del mercado nacional.

Hemos dicho *ut supra* que el derecho precodificadorio tenía tres características: fuerte influencia del derecho romano; era enseñado en las universidades, y era transterritorial (se aplicaba más allá de fronteras nacionales o regionales). Era el *ius commune* europeo. El proceso de codificación, operado en los siglos XIX y XX, alteró principalmente la tercera característica, ya que los Códigos fueron usados como una forma de reafirmar la nacionalidad. Las diferentes normativas de los Códigos debido a razones históricas (por ejemplo, los Códigos Napoleónico, alemán, suizo y francés) y geográficas (según se trate de colonias africanas, asiáticas o latinoamericanas) reafirmaron los seres nacionales de los países. La unificación de leyes nacionales tuvo como contrapartida lógica la fragmentación del derecho común. Si consideramos ese proceso desde una perspectiva internacional, las leyes nacionales constituyen, como otrora las costumbres medievales locales, compartimentos legales estancos. La unificación de leyes nacionales tuvo como contrapartida lógica la fragmentación del derecho común. A esta altura de la evolución de nuestra civilización, la fragmentación normativa se evidencia enemiga de la tendencia económica de derribar barreras nacionales.

A pesar de que el proceso de codificación del siglo XX implicó la fragmentación del *ius commune* en normativas nacionales, permaneció una forma común de pensar entre los países civilistas. Más allá de las actuales diferencias entre los sistemas legales, los civilistas comparten un sistema de razonamiento basado de principios jurídicos básicos que sobreviven de un derecho romanizado, profesional y con vocación transnacional de la época de precodificación. Es ese modo de pensar el que está llamado a desempeñar un importante papel en el actual proceso de integración política y económica. La globalización de la economía y de la cultura demanda normas que puedan ser aplicadas universalmente. En-

contrar pautas comunes y procedimientos de implementación es un desafío para ser aceptado si el proyecto de globalización va a continuar.

De la misma manera que en el pasado la legislaciones nacionales intentaban unificar las normas locales con el propósito de dar a todos los ciudadanos la certeza del precepto aplicable a potenciales conflictos legales en el intercambio regional dentro de un mismo país, hoy día están haciéndose redoblados esfuerzos hacia la unificación internacional del derecho que asegure que la actividad financiera y mercantil están regladas de la misma manera más allá de las fronteras locales. Este designio de unificación, tomando como veremos más adelante los principios básicos del pensamiento civilista, adopta la forma de instrumentos interregionales o universales vinculantes elaborados según pautas y estructura del estilo codificador. Las convenciones y acuerdos internacionales constituyen en el presente la legislación internacional que intenta mitigar, o mejor aún erradicar, el riesgo de ignorar, en el momento de entablar la relación jurídica, cuál ha de ser la legislación aplicable en caso de controversia.

La tarea de plasmar esas pautas comunes en un código de aplicación universal en cualquier área del derecho es inmensamente difícil, del mismo modo que el proceso codificador del siglo XIX demandó tremendos esfuerzos. Los sistemas jurídicos en los cuales los países basan sus ordenamientos legales difieren radicalmente en su enfoque de los diferentes problemas legales. De allí que muchos intentos en cada campo del derecho, similares a aquellos del Proyecto del Código Internacional de Antimonopolio, van a ser necesarios antes de que los redactores de la legislación internacional sean capaces de formular un conjunto de obligaciones que sean aceptadas universalmente.

Un esfuerzo tendiente al resurgimiento de las características transnacionales del derecho civil han llegado a ser altamente contestadas por algunos, y apreciadas por otros. Por ejemplo, el borrador del Código Internacional contra el Monopolio ha levantado serias críticas por la ambigüedad y lo exageradamente amplio de su lenguaje. Habiendo sido redactado por académicos de formación civilista, sus colegas entrenados en el *Common Law* consideran que el enfoque es excesivamente categórico en vez de económico. Similares críticas levantó la Ley de Contratos europea. La comisión inglesa de derecho condenó enérgicamente el uso que la Comisión de la EEC hiciera de conceptos legales ajenos a los abogados

ingleses al redactar uno de los proyectos de una ley europea de contratos.<sup>22</sup> Finalmente, en cuanto a las soluciones procesales, difícilmente puedan encontrarse un terreno común que satisfaga a practicantes de las dos mayores culturas jurídicas de Occidente.

#### A. UNIDROIT. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Venta de Bienes

La tendencia de apelar al método civilista en la creación de legislación de aplicación universal se evidencia a nivel mundial y regional. La experiencia acumulada a lo largo de este siglo muestra que los intentos de unificación internacional sólo han tenido éxito en algunas áreas del derecho, y sólo en algunas regiones del globo. La necesidad impostergable de reglar el comercio internacional y resolver contiendas ha llevado a gobiernos y a académicos a realizar varios intentos de elaborar normas generales a nivel de áreas de mercado interregionales, los instrumentos europeos son los más notables, o a nivel mundial, y merece especial atención la elaboración de los principios UNIDROIT y la redacción de la Convención sobre los Contratos Internacionales de Venta de Bienes (CISG).

El objetivo de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) es establecer un sistema balanceado de reglas que sea independiente de las tradiciones jurídicas y de las circunstancias económicas, políticas o sociales de los países en los cuales van a ser aplicadas. Con el propósito de aportar medios no exclusivamente legislativos para unificar y armonizar el derecho, se redactaron los principios UNIDROIT de contratos comerciales internacionales. En general, los principios UNIDROIT están redactados al estilo de los Códigos europeos más que en el modo elaborado de los estatutos del *Common Law*. Los principios contienen reglas específicas de carácter operacional, principios generales, como por ejemplo aquellos de la fuerza vinculante de los contratos, buena fe, relevancia de los usos, que transforman los principios en una normativa sistemática.<sup>23</sup>

También a nivel mundial, la Convención de las Naciones Unidas CISG de 1980 es uno de los ejemplos, por un lado, de la voluntad de remover

22 Lando, Ole, "Principles of European Contract Law, A First Step Towards a European Civil Code?", *International Business Law Journal*, vol. 2, 189 a 191, 1997.

23 Bonell, Michael J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria?", *RDAl/IBJL*, núm. 2, 1997, pp. 145-150.

barreras legales en el comercio internacional que surge como consecuencia de los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos del mundo, y por el otro, de la dificultad de concretar esos anhelos en cuerpos normativos supranacionales. Cinco décadas de discusión y compromiso fueron necesarias para su concreción. No interesa aquí analizar su articulado, sino remarcar que el artículo 7o., en sus varios incisos, fija las guías interpretativas que un juez debe seguir al aplicar sus provisiones. La Convención CISG fue redactada en una atmósfera de compromiso para encontrar posibles soluciones y no es un intento de una exhaustiva codificación de las relaciones comerciales internacionales. Tal codificación no hubiera sido realista y hubiera hecho la Convención demasiado inflexible para adaptarla a las circunstancias cambiantes del comercio internacional.

Aquél entrenado en el derecho civil reconocerá fácilmente la influencia de esta tradición jurídica en la redacción y pautas de implementación y reforzamiento de las provisiones de la CIGS. Primero: al interpretar la Convención, las cortes domésticas deben hacerlo desde una perspectiva internacional, dejando por lo menos inicialmente de lado disposiciones nacionales. Segundo, el texto de la misma convención es la principal fuente de interpretación. Sólo ante la falta de disposición expresa aplicable al caso, el juez debe basarse en los “principios generales” sobre los cuales la Convención está basada. Ante la ausencia de esos principios, puede el juez recurrir a la ley local según lo determina el derecho privado internacional.<sup>24</sup>

La doctrina y jurisprudencia han desentrañado del mismo texto legislativo de la Convención principios no explícitos como el de libertad de contratación, de eficiencia judicial, protección de la restitución, buena fe, de preservación de los contratos, entre otros. Para alcanzar la solución, la historia legislativa controla sólo hasta el punto de identificar un principio general, determinando que el asunto no está excluido de la Convención.

La doctrina ha sugerido que las cortes deberían reducirse a aplicar los principios generales amarrados a preceptos que subyacen en específicas provisiones de la Convención,<sup>25</sup> y aplicar conceptos nacionales sólo cuando existe una laguna de la legislación internacional. También se ha sugerido que la aplicación de la ley nacional debe ser precedida por un

24 *Vid.*, para un completo análisis de la aplicación de los principios generales del derecho, Koneru, Phanesh, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Good: An Approach Based on General Principles*, Minn., J. Global Trade, 6, 105, 1997.

25 *Idem.*

intento de aplicación por analogía de las provisiones existentes al caso de marras. La mayoría de los juristas internacionales sostienen que la interpretación de las convenciones no puede basarse en conceptos legales domésticos si se quiere conseguir el objetivo de una efectiva integración económica regional y mundial. En ese sentido, las reglas de interpretación de la Corte Europea de Justicia, elaboradas sobre principios generales a lo largo de las dos últimas décadas, al interpretar la Convención de Bruselas de Reconocimiento y Ejecución de Juicios, bien pueden servir como modelo rector para las cortes domésticas a otros tribunales internacionales y de arbitraje al aplicar convenciones internacionales.

### *B. Unión Europea, EFTA, interpretación del derecho comunitario*

La cantidad de legislación unificada y armonizada ha crecido rápidamente en Europa durante las cuatro décadas de existencia de la Comunidad Económica Europea. Los intentos unificadores del continente europeo reconocen profundas raíces culturales e históricas. Tanto el hecho de haber sido parte del Imperio romano como la autoridad papal que se extendió por toda región y villa del continente mantuvieron vivo el espíritu de unidad europea, como prueban los subsecuentes intentos de unificación política posteriores a la caída del Imperio. Sin embargo, no fue hasta después de la segunda Guerra Mundial cuando el proyecto de unificación toma impulso y dirección definida. Entre las varias razones que explican este ímpetu, dos se destacan notablemente. Primero, la necesidad militar de mostrar un frente común ante un posible ataque de los países del Pacto de Varsovia aceleró la unificación. Segundo, la necesidad de rehacerse económicamente. Basado en la teoría de que los países que constituyen una zona de libre comercio aumentan su productividad y niveles de vida, el proceso de integración fue ponderado como una solución a la situación económica europea de posguerra. La reticencia de países como Inglaterra, Austria, Suiza y los escandinavos fue finalmente sobrepasada por el temor de quedar fuera de una zona de gran beneficio económico y político.

Parte vital de ese proceso de unificación fue el desarrollo de un derecho común que permitiera mejorar el intercambio comercial entre los miembros de esa área de mercado internacional. Los seis primeros signatarios de la Comunidad Europea (Bélgica, Francia, Holanda, Alemania occidental, Luxemburgo e Italia) son de raigambre civilista. Por consi-

guiente, no sorprende que dieran al incipiente derecho comunitario una clara tendencia a seguir los lineamientos metodológicos de construcción legislativa y judicial civilistas. Fueron ellos también los primeros en firmar la Convención de Bruselas (cuerpo único en su clase de derecho procesal que regla jurisdicción, reconocimiento y ejecución de juicios en la Comunidad y asegura el libre movimiento de juicios dentro de la Comunidad). La Convención de Bruselas no era derecho comunitario, pero llegó a serlo después de un largo proceso. Analizar en profundidad las raíces y la incidencia del derecho civil en la creación del derecho de la Unión Europea va más allá del propósito de este artículo. Sin embargo, vale la pena puntualizar dos características de esa evolución: la forma de redacción del articulado de los tratados y la interpretación que la Corte Europea de Justicia ha hecho de ellos.

La Convención de Estocolmo dio origen a la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA). No es nuestra intención analizar su normativa sino mencionar cómo el modo de razonar civilista ha influenciado en su redacción. Los redactores específicamente aclaran que no han tratado de legislar en detalle, sino establecer un marco de reglas en tanto que diseñan ciertos principios rectores que guían la aplicación de las mismas a situaciones específicas.<sup>26</sup>

La Corte Europea de Justicia ha sostenido que la Convención de Bruselas debe ser interpretada teniendo como base tanto sus *principios subyacentes* y sus *objetivos* siempre en su relación con el Tratado de Roma como los *principios generales* entroncados con el *corpus* de los ordenamientos legales nacionales.<sup>27</sup> La Corte ha reglado que, en caso de principios antagónicos, se aplica aquél que permite decidir el caso de acuerdo con los objetivos de la Convención.<sup>28</sup>

Los principios generales cumplen un importante papel en la redacción de toda convención internacional y en el desarrollo del derecho comunitario. El espectro que cubren los principios generales del derecho es muy amplio; la Corte de Justicia europea ha incorporado los valores de los derechos humanos dentro del derecho comunitario como principios generales del derecho.<sup>29</sup> Al ser compartidos por las naciones, se facilita la

26 Wieser, *op. cit.*, nota 12.

27 Case 29/76, *Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG. vs. Eurocontrol*, 1976 E.C.R. 1541 (1977) I C.M.L.R. 88, 101 (1977).

28 *Erasmus case. Commission vs. Council*, Case 242/87 (1989) ECR 1429.

29 *Nold vs. Commission* (1974) ECR 491.



tarea de encontrar puntos de contacto entre diversos sistemas legales cuando se intentan acuerdos de integración. Por ejemplo, modificaciones a la ley francesa por acuerdos de integración propuestos por la Unión Europea son fácilmente aceptadas por Francia si no se oponen al “espíritu de la ley francesa”; en caso contrario, la resistencia es importante.

Otro paso fundamental para desarrollar el derecho comunitario dentro de los lineamientos civilistas lo da la Comisión de Derecho Europeo de Contratos que, desde 1980, comenzó a formular los principios generales de la Ley de Contratos para los Países de la Comunidad Europea y preparó una armonización sistemática de la legislación de contratos de esos países.

Un movimiento en el mismo sentido de codificación fue dado en 1989 y 1994, cuando el Parlamento europeo pasó resoluciones para comenzar con los trabajos preparatorios de un Código Europeo de Derecho Privado. El preámbulo de la resolución de 1989 explica que la unificación puede ser llevada a cabo en las distintas ramas del derecho privado, tal como el área de contratos, la concreción de lo cual va a ser altamente importante para el desarrollo de un mercado único.

El éxito del modelo europeo muestra que la aplicación de principios generales para completar el proceso de evolución del derecho internacional no es sólo posible, sino que debería ser probado en el campo del comercio internacional mundial.

## *2. Influencia del derecho civil en el mundo*

### *A. Flexibilidad y adaptabilidad del sistema codificado en una era de globalización*

No es casual que en un mundo convulsionado por un proceso drástico de reacomodamientos demográficos (población rural y urbana) y políticos de descolonización, simultáneamente a una atomización étnica y un creciente intercambio internacional tanto de bienes materiales como culturales, la ley codificada se ha visto como el instrumento capaz de guiar esos profundos cambios. El pensamiento jurídico occidental favorece el desarrollo lógico de premisas aceptadas. Esta actitud se debe tanto a la importancia de procedimientos de racionalizar la vida humana como al instinto humano de encontrar seguridad a través de simplificar y categorizar la realidad. Abogados y clientes buscan un lugar firme donde anclar

los reclamos jurídicos. Y este anhelo de seguridad jurídica crece en un mundo que parece cada día más inseguro. La gran cantidad de regulaciones llevan a anhelar el poder contener todas ellas en un solo cuerpo legal, donde los conceptos estén sistematizados de acuerdo a conceptos técnicos. Bonell explica ese anhelo por la ley escrita a nivel internacional, citando a un abogado experimentado, “la gran importancia de los principios (de UNIDROIT) es que existen y pueden ser llevados a las cortes, pueden ser referidos citando número de página y artículo. Las personas pueden buscar sus provisiones y revisarlas sin dificultad. Ese hecho por sí sólo es un gran adelanto hacia una nueva *lex mercatoria* definitiva y de fácil prueba”.<sup>30</sup>

A diferencia de épocas pasadas, la presente etapa evolutiva del sistema jurídico del derecho civil no intenta romper con el pasado legal como ocurrió en la codificación durante el siglo XIX. En el presente, el propósito es hacer reformulaciones de normas o compilación de normas ya existentes adaptando el contenido de las mismas a las nuevas situaciones sociales, recodificar principios que han ido desarrollándose en la pasadas cinco décadas de acuerdo a técnica y estructura definidas.

Dentro de ese contexto, la ley escrita, codificada, es considerada como capaz de dar simultáneamente seguridad y estabilidad. Por otro lado, la inclusión de cláusulas generales da suficiente flexibilidad para evitar un anquilosamiento de las provisiones escritas. Ambos beneficios se obtienen dentro de un marco de rapidez para encontrar la norma.

No es necesario aquí repetir la ventaja que da la ley codificada como elemento de certeza jurídica. Baste decir que la certeza y predictibilidad de la ley es uno de los pilares de la cultura jurídica de Occidente, elementos sin los cuales la seguridad jurídica y los derechos del ciudadano son una fantasía metafísica.

En orden de proveer soluciones para una extensa gama de situaciones imprevisibles, la amplia generalización ha permitido en los ordenamientos nacionales y áreas regionales la flexibilidad del sistema. Las cláusulas generales son aprovechadas por los jueces para adaptar normas viejas a realidades constantemente cambiantes, variando esta adaptación de país a país y de tema en tema. Algunas veces, por prudencia legislativa, el legislador conscientemente se abstiene de hacer una provisión detallada y deja a criterio de los jueces la aplicación de una formulación que abar-

30 Bonell, *op. cit.*, nota 23.

que una gran cantidad de situaciones fácticas. Estas normas son una expresa autorización al legislador internacional para la creación jurisdiccional de normas que permita encontrar soluciones más justas de las que podrían desgranarse de la aplicación simple y llana de cláusulas más detalladas.

Junto con esas cláusulas generales, los principios compartidos por la comunidad legal mundial son a menudo el único cuerpo de derecho de que las cortes disponen en la resolución de conflictos transnacionales. Consecuentemente, más y más a menudo los tratados internacionales estipulan la aplicación de esos principios que constituyen el *quid* común de los ordenamientos jurídicos mundiales.

Se ha sostenido que el texto de los Códigos es el material desordenado que el jurista debe utilizar y arreglar de acuerdo a sus afinidades lógicas para establecer las reglas de derecho. En orden a determinar esas reglas, es necesario extraer de soluciones particulares el principio general contenido en ellas. Al descubrir principios generales y aplicarlos a nuevas situaciones concretas, la coordinación y combinación de esos preceptos permiten realizar una construcción general que es parte del sistema. Este método de deducción (extrayendo de cláusulas generales soluciones particulares) e inducción (extrayendo del estudio de soluciones particulares principios generales no formulados, pero que constituyen el espíritu de la legislación) permite adaptar viejas normas al progreso mismo de la civilización y llenar los silencios normativos.

El proceso de identificar y extraer principios generales en las convenciones internacionales cumple un doble objetivo: protege contra el uso de normas domésticas lo que entorpecería el crecimiento de la legislación internacional, y simultáneamente permiten a los tribunales crear reglas no explicitadas en el cuerpo de la convención.

Durante los siglos XIX y XX, la autorización implícita del legislador y la creatividad del judiciario han hecho del sistema civilista uno altamente flexible y adaptable a los bruscos y profundos cambios políticos y económicos. La flexibilidad que dan al sistema los principios generales en un proceso inductivo-deductivo de interpretación de la ley escrita bien puede crear los fundamentos para la creación de un *ius commune* en un futuro.

Una tercera ventaja indudable de la ley codificada internacional viene dada por la celeridad con que puede ubicarse la norma aplicable. Com-

parado con el tiempo que pasa un abogado americano haciendo su investigación legal para un caso de cierta complejidad, los abogados civilistas pueden encontrar rápidamente la norma buscada. El primer paso es analizar el problema determinando y a qué categoría (privado, público, criminal) pertenece. El segundo paso es determinar el Código aplicable. Una vez que la legislación de aplicación es encontrada, corresponde seguir la búsqueda de la provisión específica de la ley aplicable. A menudo, un comentario acompaña al cuerpo legal explicando si ha habido alguna decisión relevante al problema. Si el caso no se encuadra en ninguna disposición, puede apelarse a los principios básicos que subyacen en la convención. Finalmente, la opinión de la doctrina en tratados pueden completar la información para resolver el caso. Procedimientos estos que facilitan la tarea de abogados y jueces nacionales como internacionales.

### B. El sistema civilista en el mundo

No hay sistemas jurídicos puros. Cada sistema legal ha tomado elementos en mayor o menor medida de otros sistemas jurídicos. Hemos visto en párrafos anteriores la poderosa influencia que, ya sea por recepción o imposición, el sistema civilista ejerció a lo largo del siglo XX. No menos importante ha sido el impacto por contacto con la tradición jurídica del *Common Law*. Ese impacto se percibe en varias áreas. Una de ellas es la tendencia a la codificación, la cual es un hecho en los países del *Common Law*. Además, mientras que los países civilistas produjeron una detallada ley administrativa para controlar el sector público, los países del *Common Law* sólo recientemente han dado forma a sus instituciones que responden a la creciente necesidad de adaptar la legislación al crecimiento del Estado.

Por otro lado, países del *Common Law* han receptado instituciones civilistas en referencia a temas como jurisdicción sobre residente no residente y teoría de la imprevisión. Sin embargo, los autores puntualizan que esa recepción no ha sido sistemática ni en la normativa ni en la forma de entender el enfoque civilista. Aunque los abogados del *Common Law* tienden a entender el Código como instrumento supletorio y las lagunas legislativas son subsanadas acudiendo al *Common Law*, en el presente este enfoque está cambiando y en ambas culturas jurídicas de Occidente los Códigos son vistos como un todo comprensivo.

La influencia civilista se extendió también a la enseñanza del derecho. Durante siglos, el derecho del *Common Law*, prácticas e instituciones fue transmitido en bases muy pragmáticas de practicantes (*practicioners*) a la nueva generación, reduciéndose la enseñanza a una especie de aprendizaje. El sistema del *Common Law* no conoce el sistema de clases magistrales que ha sido la forma de educar a los nuevos *advocates* civilistas. Cuando se crearon escuelas de derecho (*School of Law*) en Estados Unidos, el propósito era impartir las prácticas de *pleading*, redacción legal y cómo ganar un caso. Aun Harvard era inspirada por esta filosofía hasta que Langdell y sus colegas, debido a la influencia de las Facultades de Derecho del continente, reconocieron la responsabilidad académica de un profesor de derecho. Actualmente, los profesores de derecho americano inciden en el desarrollo del derecho con sus escritos, o como consultores de organismos legislativos o de colegas en *leading cases*.

### C. Tabla comparativa

Al terminar una breve reseña de la evolución del sistema del derecho civil durante el siglo XX y sus perspectivas de continuo crecimiento en el próxima centuria, nos sentimos tentados a realizar una evaluación cuantitativa y comparativa, en términos numéricos en cuanto a la población mundial afectada por los principios civilistas. Podemos decir que más de 1.297.401.700 personas viven bajo ordenamientos legales esencialmente del tipo civilista. La vida de otros 2.075.152.350 personas está regulada por elementos civilistas unidos con normas consuetudinarias o religiosas o de la teoría legal comunista o aun mezclados con conceptos del *Common Law*.

La siguiente tabla comparativa muestra la expansión de los conceptos civilistas en el mundo. Debe recordarse que la influencia de los dos mayores sistemas jurídicos se yuxtapone a menudo a conceptos de los sistemas del derecho consuetudinario e islámico, lo que ha dado como resultado ordenamientos jurídicos híbridos.

	*Total	Porcentaje
Población mundial	5.849.699.041	100%
Países de <i>Civil Law</i> puro	1.297.401.701	22.1%
Países de <i>Civil Law</i> híbrido	2.075.152.349	35.4%
Países de <i>Common Law</i> puro	414.848.409	7%
Países de <i>Common Law</i> híbrido	1.503.832.565	26.1%

Datos poblacionales: Gobierno de Estados Unidos, Departamento de Defensa, CIA Publicaciones: *World Fact Book*, julio de 1997.

## V. CONCLUSIONES

El siglo XXI nos desafía con la creación de un nuevo *ius commune* que sea un centro común de los sistemas legales. En ese esfuerzo, el proceso de razonamiento jurídico que representan los Códigos civilistas parece conveniente para ser llevado de un país a otro y usados en el intento de globalización por dos razones: *a*) porque la codificación es un método y los Códigos son cuerpos legales sistemáticos que pueden ser los contenedores de cualquier tipo de normas (de cualquier sistema jurídico: consuetudinarias, religiosas, *Common Law* o civilistas y aún de normas eclécticas; y de cualquier ideología: paternalista, socialista, liberalismo económico), y *b*) lo omnicompreensivo y sistemático del articulado favorece celeridad para encontrar la norma aplicable y certeza de identificación de la misma.

El actual proceso de expansión del sistema del derecho civil es de evolución no de revolución, y puede observarse tanto en países de extracción civilistas como en aquellos que pertenecen a familias jurídicas diferentes. Al finalizar el siglo XX, es un hecho comprobable la recepción de los principios civilistas en la organización legal de áreas de integración regional y aun al diseñar una legislación de alcance universal.