

LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN Y LA HISTORIA DEL DERECHO¹

José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ

En la biblioteca infinita...en uno de sus anaqueles... debe existir un libro (así razonaban los hombres) que sea la cifra y compendio perfecto de todos los demás...

BORGES, Jorge Luis, *La Biblioteca de Babel*

SUMARIO: I. *El mito de la codificación.* II. *Historia de la codificación.* III. *Trascendencia jurídica.* IV. *Genealogía de un código.* V. *La crisis de la codificación.* VI. *El futuro del código.*

Dicen que la historia la escriben los vencedores, pero el historiador, aún más el historiador del derecho, debe tener esa preocupación por buscar y plasmar la voz de los vencidos; cierto es que el historiador del derecho no puede ser totalmente imparcial, de hecho debe ser crítico más que ningún otro, pues tiene delante no sólo una época sino el nacimiento, desarrollo y crisis del mismo derecho. Además la historia tiene algo de vivo, algo que se proyecta al futuro con base en el análisis del pasado. Recordemos la anécdota que citaba a menudo Marc Bloch e ilustra lo que decimos:

Acompañaba, a Estocolmo, a Henri Pirenne. Apenas habíamos llegado me dice ‘¿qué cosa visitamos primero? Sería bueno que fuera el modernísimo Municipio. Vamos allá’. Y, como si quisiese prevenir algún sentimiento de mi parte de maravilla, agrega: ‘Si fuese un anticuario, iría a ver las cosas viejas. Pero no soy un anticuario. Soy un historiador. Y por eso es que amo la vida.’²

¹ Ciertamente se siguen haciendo códigos, baste de ejemplo el Proyecto de Código Uniforme de las Obligaciones Contractuales en México, pero en este trabajo nos referiremos fundamentalmente a la Codificación decimonónica por ser ésta la más paradigmática.

² Bloch, Marc, *Apologia della Storia o Mestiere di Storico*, Torino, Einaudi, 1998. En español *Introducción al estudio de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 4.

Otro historiador como Alexis de Tocqueville decía que buscaba en el pasado como “buscar en los cadáveres los principios de la vida”.³

En esta historia de vencedores y vencidos, creemos que a todos nos queda claro que el proceso de codificación resultó vencedor en el siglo XIX como un elemento indispensable para el nacimiento de los Estados modernos. Pero desde entonces, algunos hicieron notar las deficiencias que podría acarrear el fijar el derecho de manera permanente.

Entre el maremágnum de muestras efusivas de aceptación de los códigos modernos las voces aisladas de estos juristas se perdieron, no obstante nunca se detuvieron, y quizá ahora sea un buen momento para rescatarlas, sobre todo ahora que comenzamos a presentir que el derecho a la sombra del Estado no ha podido resolver los grandes problemas que aquejan a nuestras sociedades “posmodernas”.⁴

I. EL MITO DE LA CODIFICACIÓN

¿Qué fue lo que motivó la captura del derecho? Podríamos decir que el racionalismo propuesto por Leibniz: los códigos parecían más un libro de geometría, siempre buscando ese orden eternizable. Tal vez convendría resumir el esfuerzo codificador en la búsqueda de seguridad jurídica, después de la abundancia y desorden del *Ancien Regime*. Pero al final tendremos que reconocer que fue un logro de la sociedad burguesa, la utilización de éstas y otras armas para poder alcanzar la libre circulación de la propiedad y la ascensión al poder político.

Este “estallido” de códigos en el siglo XIX hizo confluír “causas tan heterogéneas como el racionalismo metódico, el iusnaturalismo, la naciente y dominante economía capitalista, el liberalismo económico y el Estado liberal de derecho”.⁵

3 La frase se la escuchamos a Paolo Grossi en la lección inaugural de los cursos de la Facultad de Jurisprudencia de Florencia en octubre de 2001.

4 Parece ser que J.F. Lyotard introduce a una discusión un poco más seria: *La condition postmoderne*, París, 1979; en el campo del derecho: Romano, Bruno, *Soggettività diritto e postmodernismo. Un'interpretazione con Heidegger e Lacan*, Roma, Bulzoni, 1988; Amato, Salvatore, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990 y Galasso, Guisepppe, “Il diritto privato nella prospettiva post-moderna”, *Temi della Cultura giuridica contemporanea. Prospettive sul diritto privato, il tramonto del Codice Civile, il giurista nella società industriale*, Padova, CEDAM, 1981.

5 Tomas y Valiente, Francisco “Codigos y Constituciones”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, t. III, p. 1993.

La filosofía, el derecho, la historia del derecho y en general todos los campos del saber fueron cooptados por la clase burguesa que, metiendo el derecho en un libro manejable y lejos del alcance del jurista llegó a

...suprimir muchas desigualdades desordenadas, que son fruto del arrastre histórico de épocas no iluminadas por las nuevas luces, o de la prepotencia de estamentos privilegiados que no pueden justificar su status preferente desde un punto de vista racionalista y liberal. La óptica del codificador es la del buen burgués. La burguesía, que debe su ascendente poder a la ciencia y al comercio, actividades basadas en el cálculo racional, quiere seguridad jurídica, esto es, considera que la legislación acumulativa, estamentalmente diferenciada y con ámbitos de vigencia territorial particulares dentro de una misma nación, es perturbadora para sus cálculos, sus negocios y sus intereses.⁶

Llegamos a estar satisfechos con una obra como lo es “el Código” el mismo responde a “...un sistema político de todos conocido y caracterizado por su inautenticidad en orden a la representatividad de lo que era la sociedad de entonces”.⁷ En Francia, la legislatura que aprobó el *Code Civil* sólo representaba el 6% de la población, es así que los burgueses “hicieron el código a su gusto y, terminada la obra, descansaron tranquilos «La tranquilidad en el orden»”⁸ en donde a veces hace falta ya no decimos el sentido jurídico, sino simplemente el sentido común.

Para el profesor Alejandro Guzmán Brito esto es un fenómeno natural de la historia del derecho que llama “fijación”⁹ tras ciertas temporadas largas de derecho consuetudinario viene la necesidad de tener seguridad en cuál es el derecho vigente, por lo que se hace indispensable “fijar el derecho” pero sucede que el sistema del Código planteó esta fijación para “siempre” quizá fruto del iusnaturalismo, que propone una naturaleza universalizable y por tanto inmutable, porque el hombre (humanismo) va a seguir siendo siempre el mismo, se decía.

El Código llega a comprender todo el derecho: el pasado, recogiendo el derecho nacional; el entonces presente, y el futuro, previendo hasta sus propios cambios y posibles lagunas. Por eso es que un Código como el de Alemania puede aplicarse en una cultura tan diversa como lo es la

6 *Idem.*

7 *Ibidem.*, p. 1998

8 *Idem.*

9 Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, núm. 86, 1983.

japonesa o el Código Suizo en Turquía¹⁰ y podríamos seguir, pero creemos que lo que nos ayudaría a entender este efecto de temprana globalización jurídica es tener en mente que el código es “un sistema lógico de normas universales, aplicables a través de un silogismo obtenido racionalmente de la realidad”. Es así como llegamos a construir, en palabras de Víctor Tau Anzoategui “una cultura del código”¹¹ éste, como explica el historiador argentino, creo “una corriente que hizo del código el objeto preferente, cuando no exclusivo de estudio y que impuso un modo de razonar ajustado a estrechas pautas”.¹²

Los juristas en su mayoría se suscribieron esta cultura, la cual, evidentemente, resulta muy cómoda, racional, útil, práctica, económica y un sin fin de adjetivos que hicieron del Código un “altare consolidato”.¹³ Así se creó un mundo nuevo con su propio lenguaje, con sus propios dioses, a lo que Paolo Grossi llama “mitología moderna” que se ha consolidado “sea ya por la lucidez del proyecto jurídico burgués, ya por su carga de despotismo, ya por la pereza proverbial del cuerpo de los juristas..estatalidad del derecho, monopolio de la ley, función pasiva de la *iurisprudencia* son factores que se han mantenido prácticamente intactos al menos para la convicción difusa de la mayoría silenciosa de los juristas”.¹⁴

Las voces de quienes han descubierto esta propaganda subliminal a la que todos los que nos dedicamos al derecho estamos expuestos, han sido minimizadas o “tachados de planteamientos extravagantes de personajes con tufo de herejía”.¹⁵ Esta labor debe ser una labor propia del historiador del derecho, y debería ser también la del privatista.

10 Así lo asegura Carlos Ramos Nuñez en su obra *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 126: el Código Suizo de las obligaciones “introducido prácticamente sin variaciones. Pero el legislador turco no se contentó con adoptar los textos legislativos, sino que dispuso la traducción de obras doctrinales y de la jurisprudencia del tribunal helvético, al mismo tiempo que enviaba a jóvenes juristas a estudiar en las universidades (suizas). Fue ésta, pues, una recepción integral en el verdadero sentido de la palabra”.

11 “La cultura del Código”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 26, 1998.

12 *Ibidem*, p. 539.

13 Grossi, Paolo *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p 1. De aquí en adelante: Grossi, *Assolutismo Giuridico*.

14 *Ibidem*, “El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 6, 2000, p. 153. De aquí en adelante: Grossi: “El punto y la línea”.

15 *Idem*.

II. HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN

De manera sintética: ¿qué entendemos por codificación? Es el proceso decimonónico que heredando los sistemas ideológicos del siglo XVIII, llevó a los gobiernos nacionales a buscar la unidad a través de la elaboración de códigos encargada a juristas de prestigio. Realmente la Codificación comienza con el *Code Civil*, porque como bien lo señala Paolo Grossi, primero sólo fueron compilaciones del derecho antiguo; María del Refugio González las llama “recopilaciones” hablando de España y México.¹⁶ Sea compilación, recopilación o simple fijación la cuestión que hace del Código Napoleón una cosa diversa, es la búsqueda de ese sistema lógico descarnado, impersonal y desligado de todo derecho medieval, antiguo y de privilegios.

Dejando a un lado todo el desarrollo histórico sobre la palabra *Codex* hasta su desarrollo en las consolidaciones ilustradas de los siglos XVII y XVIII, para lo cual remitimos a los estudios de Alejandro Guzmán Brito,¹⁷ en Francia Arnaud,¹⁸ en Italia Giovanni Tarello,¹⁹ Mario Viora y Paolo Ungari,²⁰ y en Suiza, Pio Caroni.²¹ Nos adentramos pues, en el mundo del código, por lo antes expuesto sobre la diferencia entre compilaciones y codificaciones queden como antecedentes:

1) *Allegemeines Landrecht fur die Preussischen Staaten* o Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1794 (ALR),²² y el

16 González, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, UNAM, México, 1988.

17 Guzmán Brito, Alejandro, “Codex”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Universidad Católica de Valparaíso*, Escuela de Derecho, núm. X, año 1985.

18 Arnaud, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, París, L.G.L.J., 1969.

19 “Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici”, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988; “Le idee della codificazione”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, il Mulino, 1971; y *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976.

20 “Per la storia dell’idea di codice”, *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 1, 1972.

21 *Saggi sulla Storia della Codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998. Per la storia del pensiero giuridico moderno núm.. 51. En español la primera parte en el mismo: *Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

22 Para ampliar el tema véase Bussi, Emilio, “Meditazioni sullo Allegemeines Landrecht für die preussischen staaten”, *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a Ferran Valls I. Taberner*, Barcelona, Promociones, Publicaciones Universitarias, t. X, 1993.

2) *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* o Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austríaca de 1811²³ (ABGB).

Ambos son producto de una larga elaboración y estudio, con la finalidad de reelaborar el derecho privado, pero todavía con preferencias estamentales. Todavía debaten entre el absolutismo político y la “ideología emancipadora de la ilustración”.²⁴

Estos dos códigos se suman a la larga lista de fuentes de nuestros códigos, citados expresamente por Justo Sierra en el proyecto que más tarde se plasmará en los códigos de 1866 y 1870, y pasarán a su vez al de 1884 y en parte al de 1928.

Del ALR sobrevive en nuestro derecho el párrafo 50 según el cual “en la decisión de casos litigiosos el juez no puede dar a las leyes otro sentido que aquel que se desprende de las palabras...” el cual ha pasado por todos nuestro códigos hasta el 19 del de 1928: “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley...”

El ABGB, en cambio, ha aportado el concepto de persona jurídica y de capacidad como un derecho innato más que un atributo jurídico-político, a diferencia del prusiano, afronta su “lagunocidad” y propone fuentes alternas para la interpretación en vez de tratar de abarcar todo, en este sentido es el primero en poner una división entre derecho público y privado, concretándose al segundo.

El *Code*, el paradigma,²⁵ “el código” por excelencia, según con el cual, Bartolomé Clavero afirma que aún en estos días Napoleón sigue conquistando, en una conquista muy peculiar a la que llama la conquista “...del Código Ladino por América”.²⁶

El código de los franceses de 1804, es hoy en día el punto de partida en todas las codificaciones conocidas después de él, si bien es cierto que debemos mencionar nobles esfuerzos como el alemán en 1900 y el chi-

23 Dezza, Ettore, *Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB, 1812), Torino, G. Giappichelli Editore, 1998.

24 *Ibidem*, p. 75.

25 La idea del Código como un paradigma en Astuti, Guido, *La codificazione del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

26 Clavero, Bartolomé, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

leno del diecinueve que a su vez se volvieron punto de partida de otros códigos, al final debemos reconocer que se codificó y se codifica (Guatemala, China, Suiza) a la francesa. Pero esto no debe, de ningún modo, hacernos desistir y dejar de aplaudir los trabajos que buscan en nuestros códigos las posibles influencias; así, debemos reconocer la gran labor a nivel América Latina de Alejandro Guzmán Brito²⁷ y de las observaciones acertadísimas de María del Refugio González sobre la falta de trabajos respecto a la influencia en la legislación civil mexicana.²⁸

Sería muy extensa la exégesis de la influencia francesa en nuestro derecho privado que, como bien señalan María del Refugio González, José Luis Soberanes²⁹ y Rodolfo Batiza,³⁰ no sólo fue de código a código, sino que se desarrolló a través de nuestras Leyes de Reforma, cosa muy particular de nuestro país, en donde las ideas del Code se reflejaron también (y en algunos casos literalmente) en leyes como la de Sucesiones, de 1857, o la del Registro Civil, de 1859, y que junto con el Código Civil de 1870, provocaron adaptaciones prácticas como la conversión de la cofradía en mayordomía por parte del Ayuntamiento para conservar las tierras afectadas para la manutención de las fiestas patronales.³¹

El código francés no responde propiamente a la Revolución francesa, es un producto posterior,³² delicadamente estudiado, con un antecedente histórico (Coutumes) y doctrinal (Pothier, Tronchet, Jacqueminot, Cambacères, Merlin, Portalis, etcétera)³³ Sobre el tema se han escrito innumerables libros e incontables artículos de revistas de derecho, pero sólo remitimos a dos.³⁴

27 *La Codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

28 González, María del Refugio, "El derecho civil..." *cit.*, En la nota 23 de la p. 63 nos dice: "No contamos con estudios que analicen pormenorizadamente la influencia de los distintos países continentales europeos o del *common law* en nuestra codificación civil. Tampoco contamos con estudios que analicen la influencia de los tratadistas europeos y anglosajones en particular".

29 Soberanes Fernández, José Luis, "Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 10, 1986.

30 Batiza, Rodolfo, *Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982.

31 Traffano, Daniela, *Indios, curas y nación. La sociedad indígena frente a un proceso de secularización*, Turín, Otto editore, 2001, p. 220.

32 Al respecto Clavero, Bartolomé dice: "No pensemos que el Code es un producto inmediato de la *Revolution*. Median pocos años, pero los suficientes para que representasen sistemas a su vez distintos... no hubo *Code Revolution*, sino el *Code Napoleón...*", *Ama Llunku... cit.*, p. 149.

33 Véase Arnaud, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français...*, *cit.*

34 El estudioso francés por excelencia del tema: Halpérin, Jean Louis, *Le Code Civil*, París, Dalloz,

Por otro lado el código francés no es un producto totalmente de derecho romano. En este sentido son históricas las batallas ideológicas entre quien considera que el derecho romano sigue vigente en los códigos³⁵ y quien asegura que fue totalmente superado³⁶ Nosotros nos concretamos a señalar que evidentemente algunos artículos son literalmente copiados del derecho romano, sobre todo del *Codex* Teodosiano, pero también en gran parte el Code es totalmente innovador. Esto se explica quizá porque el mismo derecho francés nació de una lucha interna entre el *ius commune* y las *coutumes*, derecho tradicional. La ambición señorial francesa no podía estar de acuerdo con un derecho romano considerado imperial y extranjero.³⁷

No obstante, una vez lograda la unificación de Francia a través de la monarquía, era necesario erradicar el pluralismo jurídico.³⁸ Las misiones del Code ahora nos son claras: eliminar la mayoría de los privilegios feudales, proclamar la propiedad privada, liberar a la tierra de gravámenes y convenciones que impidieran su circulación; todo esto enmascarado bajo el fin noble de la seguridad jurídica: las leyes eran un completo desorden y contrariedades, ahora el derecho será consultable en una exposición breve y sistemática. ¿Cómo consiguió sus objetivos?³⁹

El título preliminar es un ejemplo de “trasplante legal”,⁴⁰ una “recepción” de derecho diría Franz Wieaker⁴¹ y Bartolomé Clavero “siembra de clónicos”;⁴² es decir, que en casi todos los países que nos dimos a la tarea de codificar copiamos, traducimos y adaptamos el *titre préliminaire*

1996 y todos sus escritos entorno al tema entre ellos: *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, Presses Universitaires de France, 1996. En español: Ramos Nuñez, Carlos, El Código napoleónico y su recepción en América Latina, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

35 Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2001.

36 Casi toda la bibliografía italiana de los últimos años se suma a esta postura, véase *Atti Fiorentini*, Firenze, Giuffrè, 2001.

37 Véase Watson, Alan, *La formazione del diritto Civile*, Bologna, Universale Paperbacks il Mulino, 1986.

38 Ramos Nuñez, *El Código napoleónico... cit.*, p. 84.

39 Sobre el desarrollo legislativo para la formación del Code en español y para México véase Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, nota 21.

40 Es un término utilizado por Alan Watson como *legal transplants* es una forma en que el derecho legislado en un lugar se adapta a otro sistema jurídico. Para Watson los trasplantes más evidentes son el *ius commune* y la codificación. Watson, Alan, *Legal History and Common Law for Europe*, Institutet för rätthistorisk forskning, Stokholm, 2001, p. 101.

41 *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

42 *Ama Llunku... cit.*, p. 153.

re.⁴³ Curiosamente éste únicamente contiene seis artículos y no obstante esto, ha originado una verdadera revolución en el derecho.

Con los artículos 4 y 5, se obliga al juez a juzgar⁴⁴ con base en la ley, el juez se convierte en la voz de la ley “el juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delincuente por denegación de justicia” y “se apercibirá a los jueces que terminen con una disposición general o reglamentaria las causas que conocen”. El código sin preverlo del todo, se convertía en fuente única, y crea una especie de monismo jurídico crónico.⁴⁵

El código es Constitución,⁴⁶ es la Constitución del Estado burgués “la noción de ordenamiento que contiene se equipara en efecto con la ley... la fuente exclusiva de todo el derecho”⁴⁷ “Hay textos que contienen paradigmas del ordenamiento y no siempre son constitucionales”.⁴⁸

Y podemos seguir todavía en el mismo sentido aún en el título preliminar: “La ley solamente dispone para lo futuro y no tiene efecto retroactivo” ¿una disposición constitucional en un Código Civil? Por último (del título preliminar): “No se podrán derogar, por convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”. Ésta no es la costumbre que nos sirve, la que daba vida al derecho y la que ahora nuestros pueblos indígenas piden se reconozca; es más bien una descarga de conciencia por traicionar un poco a todos los redactores de los proyectos previos al *Code*. Por ahora es suficiente con el título preliminar, cada quien hará conciencia de cómo funcionan estas reglas en nuestro sistema actual.

La verdadera revolución, a nuestro parecer, vino con el concepto de persona jurídica,⁴⁹ si bien no es un concepto del código, éste se ha en-

43 Sobre el título preliminar en América: *Ama Llukku... cit.*, y Rubio Correa, Marcial, “Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX”, *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación americana*, Buenos Aires, 1992.

44 Algunos autores consideran este silogismo innecesario “es obvio que el juez debe juzgar”, véase Grossi, Paolo, *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

45 Véase Bobbio, Norberto, “Il modelo iusnaturalista”, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, vol. I, 1977, pp. 73 y ss.

46 Así opinan Grossi, Paolo, *Assolutismo Giuridico... cit.*, y Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution. Cultura y Lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997.

47 *Ama Llukku... cit.* p. 146.

48 *Idem*.

49 Portalis ideólogo del *Code* decía: “En voyant enfin une grande nation, composée de tant d'hommes divers, n'avoir plus qu'un sentiment, qu'une pensée, marcher et se conduire comme si tout entière n'était qu'un seul homme!” Citado por Long, M. y Monier, J.C., *Portalis. L'Esprit de justice*, Paris, 1997.

cargado de ponerlo en la cúspide:⁵⁰ el artículo 8o. habla del *tout français*, es decir, cualquier ciudadano francés “aunque en realidad se está pensando en el ciudadano razonable y responsable, dotado de un cierto patrimonio, experto en negocios y medianamente versado en cuestiones legales”⁵¹ y, agrega Ramos Nuñez, “excluye del juego al vago e indigente, al extranjero, al ausente, a los menores, restringiendo al mínimo los derechos civiles de las mujeres”, nosotros sumaríamos a la lista, adecuándonos a nuestra realidad: al indígena, al campesino, al obrero. Y no es todo, el código se ostenta como juez de vidas y haciendas, puede decidir cuando uno esta vivo o cuando declarar la muerte, mas aún “muerte civil” (artículo 25). El *Code* se encarga de la familia, del matrimonio, del menor, en fin, de la persona; desde el punto de vista de patrimonios.⁵²

Como dijimos, el menor y la mujer quedan restringidos, esta última debe estar sujeta al marido aun para andar en juicio (artículo 217). No puede tener la patria potestad de sus hijos (artículo 373) y debe obediencia al marido, debe seguirlo a donde él decida establecer el domicilio conyugal (artículo 214).

Quizá las dos instituciones que originaron mayor problema en México, venidas de Napoleón, eran el Registro Civil y el matrimonio laico,⁵³ sobre todo porque iban en contra de la practica generalizada de la población.

En la parte contractual se revela el misterio al que Paolo Grossi llama “el matrimonio secreto”⁵⁴ entre el Estado burgués y el gobernante. El contrato es el instrumento que requería el comerciante, el instrumento que respetará el gobernante porque tiene “fuerza de ley”. Los contratantes son libres de fijar las reglas (artículo 1134) y su voluntad produce efectos para transmitir la propiedad (artículo 1138).

El *Code* se expandió ¿en qué medida y hasta dónde? No somos en grado de decirlo, porque existe casi un código civil por nación en este planeta; incluidos los más remotos países que nuestra imaginación pueda

50 Véase Guibert-Sledziewski, E. “L’invention de l’individu dans le droit révolutionnaire”, *La Revolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou Acanale?*, París, Actes du Colloque d’Orleans, 11-13 septiembre, 1986.

51 Ramos Nuñez, Carlos, *El Código napoleónico...*, pp. 98 y 99.

52 Grossi, Paolo, *Assolutismo Giuridico...* cit.

53 Véase González, Maria del Refugio, *El derecho civil...* cit.

54 *Idem*.

concebir tales como China, Irán, Mauritania o El Congo. ¿Esto querrá decir que fue útil? o ¿una hipnosis colectiva?

III. TRASCENDENCIA JURÍDICA

Podemos hablar de trasplantes, clonaciones, adaptaciones, adopciones, recepción, influencia, copia, difusión;⁵⁵ pero nos agradaría dar nuestro contributo: Trascendencia. Porque el Codificador sea Napoleón, sean nuestros americanos como Justo Sierra, Andrés Bello,⁵⁶ Velez Sarsfield o Teixeira de Freitas; quienes pensaron en hacer algo que fuera más allá de su tiempo y de su sociedad, buscaron trascender, y el ejemplo más claro sigue siendo el *Code* al que Napoleón le había augurado sería recordado más que ninguna otra de sus obras.

En 1840 Fortune Anthoine de Saint-Joseph publica las *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoleon* publicado en cuatro volúmenes y traducido al castellano dos años más tarde,⁵⁷ reeditado en 1847, corregido y aumentado en 1852 y que circuló en toda América Latina. Estas concordancias entre el *Code* y los códigos de la época sirvieron en México para elaborar nuestros códigos; baste comparar las fuentes que cita Justo Sierra en el proyecto de 1860 y las concordance. De todos modos, Sierra había ya asegurado que sus mayores inspiraciones eran el proyecto español de García Goyena⁵⁸ y el Código de los franceses.

No es el caso de este artículo referir la historia de la Codificación en México, requeriríamos de tiempo y espacio; mejor invitamos a leer las excelentes obras, citadas arriba, de María del Refugio González y José Luis Soberanes.⁵⁹ Como dice la primera: sería interesante ahondar en la

55 Uno más: producción y esterilidad. R. Sacco dice que el *BGB* y el *Code* se encontrarían dentro de los códigos “productivos” porque después tuvieron influencia sobre otros, mientras el *ABGB* sería un código “estéril” porque no produjo otros códigos y no sirvió como modelo. “I Codici civili dell’ultimo cinquantennio”, *Rivista di Diritto Civile*, año XXXIX, 1993, Parte Prima, pp. 311-316.

56 Ejemplificativo es el caso del código chileno que una vez terminado fue enviado en copias a varios gobiernos de países latinoamericanos: comunicado del 10 de octubre de 1856 del ministro Francisco Javier Ovalle, citado por Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago, Universidad de Chile, 1986 t. 2 y apéndices.

57 La traducción corrió a cargo de F. Verlanga y J. Muñiz.

58 Nos referimos a las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*.

59 Véase notas 13 y 23.

ideología implícita en nuestros códigos, toda ella, porque así entenderíamos un poco mejor nuestro sistema de derecho privado actual; es un trabajo que nos propondremos aunque no sabemos si será útil, porque lo útil, nos parece, no es saber qué tienen nuestros códigos, sino de qué modo ese contenido ha cambiado nuestra realidad o qué parte se debe desechar, mejorar o mantener.

Al parecer los proyectos de Zacatecas y Jalisco fueron fruto de esta trascendencia jurídica del *Code*. El proyecto Sierra, por su parte, fue aprobado en Veracruz, después pasó a ser revisado por una Comisión durante el Segundo Imperio y luego por una segunda una vez, que regresó Juárez al poder. A grandes rasgos, muy grandes, el Proyecto Sierra se mantuvo hasta 1884 y quizá hasta el actual de 1928, aunque este último tuvo algunas variantes, solo algunas, más significativas. Es importante notar que, a pesar de que contamos con un sistema federal, nuestra opción a nivel de codificación, fue central, es decir, las entidades federativas, la mayoría de las veces, fueron trascendidas por el código elaborado para el Distrito Federal, que si bien era supletorio en materia federal, esto no implicaba ninguna obligación para las entidades. De todos modos tampoco en este punto debemos ser categóricos, porque hubo códigos estatales que nacieron antes que el federal respectivo y en el siglo pasado hubo códigos que innovaron, recuerdo acaso el del estado de Hidalgo tan cantado en materia de familia.

Otro de los códigos llamado a trascender fue el alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*: con una larga historia, se arriba a una segunda comisión encargada de elaborarlo, ésta retoma los trabajos de 1887 y hace sus entregas entre 1896 y 1899. La promulgación oficial es el 1o. de enero de 1900 y ese mismo día entra en vigor. Contiene los siguientes libros: I. *Allgemeiner Teil* (parte general) II. *Recht der Schuldverhältnisse* (derecho de las obligaciones) III. *Sachenrecht* (derechos reales) IV. *Familienrecht* (derecho de familia) V. *Erbrecht* (derecho de las sucesiones) “...sigue de tal modo el sistema de las pandectas que había sido desarrollado por Gustav Hugo y Georg Arnold Heise, y después recibido por Savigny”.⁶⁰ A pesar de que este código tiene un siglo de diferencia con el *Code* mantiene “...el ideal de compresión total (*completezza*) del código que no era todavía puesto en discusión”.⁶¹

60 Wesenberg, Gerhard e Wesener, Gunter, *Storia del Diritto Privato in Europa*, Padova, CEDAM, 1999 p. 278.

61 *Ibidem*, p. 208.

Si bien el *BGB* trajo innovaciones, empezando por la forma de escribir un código en vez de artículos en párrafos, y con una ordenación que se puede ver diversa en el capitulo, no obstante esto, "...parte del presupuesto del individuo abstracto, de la omnipotencia de la voluntad negocial y de lo absoluto de la propiedad... nace quizá en el momento en el cual un legislador podía sostener ese punto de vista... en el momento en que se promulga era ya una codificación sobrepasada".⁶² El *BGB* nos heredó el "negocio jurídico";⁶³ decirlo así suena de verdad ofensivo, porque esto implica la herencia también doctrinal de una nueva forma de concebir la teoría general del contrato y de formas novedosas como el contrato preparatorio. Curiosamente, la parte más alemana del Código de 1928 es la exposición de motivos, pero no es trascendencia del *BGB* es parte de los postulados de Weimar y algunas partes parecen sacadas de textos de la escuela histórica y, específicamente, de Savigny.

Y ya que estamos en la exposición de motivos, hagamos algún comentario. Dos párrafos hablan de la teoría de la "socialización del derecho", si bien el legislador evita la cita, las comillas hacen pensar, como efectivamente lo es, que dichos párrafos son de un autor distinto al legislador. Efectivamente los dos párrafos son de Consentini,⁶⁴ que en Italia es considerado como uno de los precursores del nuevo derecho social ligado a las nuevas luchas de sindicatos y trabajadores: "Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social", y "socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico, al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra".⁶⁵ Creo que está claro qué cosa estaba cambiando en el mundo jurídico; y que trascendió a México, el código había olvidado algunas "personas".

62 *Ibidem*, p. 281.

63 Sobre el *BGB* y el negocio jurídico en el *BGB* la extensa bibliografía y el mismo trabajo de Cappellini, Paolo, *Systema Iuris*, t. II: *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1985.

64 Leyendo un libro distinto encontramos por caso los mismos párrafos, que son citados en español por Castán Tobeñas en su posición a Catedras en la Universidad de Murcia en 1918, Serrano González, Antonio, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Valencia, Universidad de Valencia, 2001, p. 281.

65 *Idem*.

Independientemente de que en Italia esto dio lugar a una parte especial del derecho laboral dentro del código civil, puesto que el fundamento del derecho laboral es el contrato de locación de obras, y la elaboración técnica de la parte laboral se considera de índole privatística, en cambio en México se creó una ley laboral; por lo que estos párrafos en la exposición de motivos del Código Civil mexicano quedan ahora un poco desfasados.

No obstante no seamos tan radicales, algunas cosas cambiaron. La teoría alemana se enorgullecía de su nuevo concepto de “detentación”, el propietario tendría mayor protección, por lo que pensamos en proteger a nuestros arrendatarios; pero también se pensó en el analfabeta, indigente e ignorante, y se dio un retoque a la teoría de la “publicación de la ley” que como la pensaba el *Code* había resultado una mala broma. Si difundir significaba que el “público” la conociera en México no era tan sencillo. En este mismo sentido se previno al Ministerio Público (no olvidemos que el propio Código Civil, tiene algo de Constitución) de “eximir” al infractor a las leyes si por esto habían influido su miseria o ignorancia (artículo 21).

La mujer entró en escena: por esas fechas también, vendría enunciado el derecho a votar (1932). En el código se igualó en “casi todo”, al hombre: patria potestad, emancipación, administración de su patrimonio.

Ahora pasemos a analizar otro código llamado a trascender el nuestro: el portugués.⁶⁶ Fue producto de una sola mente,⁶⁷ la de Antonio Luis de Seabra quien en 1850 comenzó a trabajar en solitario, cuestión muy normal en la elaboración de códigos, desarrollada sobre todo en Latinoamérica. En 1858, una Comisión revisa el proyecto de Seabra y, finalmente en 1867 aprueba el Código Civil que sigue ciertas pautas savigneanas y tendente más al derecho subjetivo.⁶⁸ De apreciar es el esfuerzo de Seabra, por considerar a la equidad como elemento a tomar en cuenta por el juez, si bien luego fue suplida por “los principios del derecho natural”.⁶⁹

66 En una carta el profesor Guzmán Brito nos escribe que este Código a su parecer influyó mucho en el mexicano de 1870, cosa que es bien clara en su estudio ya citado *La Codificación Civil... cit.*, y agrega el profesor que es muy probable que los pocos estudios sobre este Código se deban a que se ha considerado erróneamente una copia del francés.

67 Portugal comenzó a pensar en la idea de sistematizar su derecho desde 1778 con el *Novo Codigo*, en 1808 se tradujo el *Code* y durante el resto del siglo fue madurando la idea de Codificación, ya en 1845 contaban con un Código Penal.

68 Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil... cit.* p. 131.

69 Espinosa Gomes Da Silva, Nuno J., *História do direito português*, Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, 2000, p. 424.

Según Rodolfo Batiza,⁷⁰ el Código Civil portugués de 1867 trascendió en “algo más de 900 (artículos) —906 para ser exactos— constituiría menos de una cuarta parte”. Esto se explica porque era el código más reciente, digamos era el que estaba de moda.

Por último, con trascendencias, tenemos otro código pero esta vez americano, el código chileno. Al igual que México, desde su Independencia comenzó a pensar en ordenar su derecho civil; fue en 1840 cuando comenzaron seriamente los trabajos; aunque al inicio eran hechos por una comisión, al que se debe gran parte del trabajo, sino es que todo, es al venezolano Andrés Bello, quien después de un largo periodo de trabajo logró entregar un proyecto en 1853, mismo que fue revisado por muchas personas y por el mismo Bello en varias ocasiones. Esto muestra el interés que existía a nivel nacional en la idea de codificar; finalmente se obtuvo una última versión en 1855. El producto final resultó óptimo en términos de codificación. De hecho, es el código americano más valorado en el mundo,⁷¹ y quizá uno de los mejores a nivel mundial. Se aparta en alguna medida del francés para recoger figuras del derecho español y del indiano, en consideración de Guzmán Brito resulta un “...código muy romanista y tradicional;”⁷² en este sentido suele reconocérsele cierto respeto por el derecho “antiguo”, que en algunos artículos se ve como una cuestión pensada y basada en varias opciones y no solamente en el *Code*.

IV. GENEALOGÍA DE UN CÓDIGO⁷³

Entre 1827 y 1829 se promulga el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, considerado como el primero de Latinoamérica⁷⁴ si se tiene en cuenta que el de Haití y República Dominicana eran el *Code Civil*, es más, sin traducir. El Código Civil de Oaxaca dura algunos años y vuelve a ser puesto en vigor “al parecer” en 1852. También en 1827 se tiene noticias de un Proyecto de Código Civil en Zacatecas, y de un Proyecto de la parte primera de un Código Civil en Jalisco. Los

70 *Los orígenes de la codificación civil... cit.* p. 184.

71 Sirvió de fuente, por ejemplo, para elaborar el Código español.

72 *La codificación civil... cit.* p. 371 *in fine*.

73 Para este apartado hemos seguido la ruta clara, didáctica y excelente de González, María del Refugio, *El derecho civil... cit.*

74 Ortiz Urquidí, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974.

tres trabajos parecen haber tenido enfrente al Código francés, sólo el Proyecto de Jalisco cita sus fuentes: el *Code* y los códigos de Zacatecas y Oaxaca. Entre 1833 y 1835, el gobierno de Guanajuato abrió un concurso para la elaboración de un código civil, al parecer no tuvo ningún resultado. Damos un salto hasta 1860, al famoso proyecto elaborado por Justo Sierra a petición de Benito Juárez, mismo que estuvo inmiscuido en los códigos de su estado natal, Oaxaca.⁷⁵ El proyecto no pudo ser aprobado para el Distrito Federal, pero sí para el Estado de Veracruz en 1861; en este mismo estado se presentó un nuevo proyecto elaborado por Fernando Corona, presidente del tribunal Supremo, aprobado en 1868, por lo que el Sierra dejó de aplicarse, aunque se sabe que este nuevo proyecto no distaba mucho de su antecesor. El Proyecto Sierra tiene como fuentes: El *Code*, el Proyecto español de García Goyena, los Códigos de: Luisiana, Holanda, Cantón de Vaud (Suiza), Piemonte/Cerdeña (Italia), Nápoles (conocido como de las dos Sicilias), Austria (AGB) Bavaria, Prusia (ALR), Suecia, Renania (Berna, Baden, Friburgo y Argovia) y Haití. Y las leyes hipotecarias, las de Suecia, Wurtemberg, Ginebra (escrito como Génova) Friburgo, Saint Gall y Grecia.⁷⁶

Antes de la invasión francesa, una Comisión estudia los trabajos de Sierra y comienza a elaborar un proyecto que tiene listo en los días en que el ejército francés está acercándose a la ciudad de México; pero, contrario a todo presagio, las labores continúan ahora con la presencia material a las reuniones de Maximiliano. La Comisión primero y después de la intervención está conformada por: José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Méndez; y es que el movimiento codificador es universal y no distingue regímenes políticos. Formalmente, éste sería el primer código civil mexicano con una vida “efímera” como Código del Imperio pero que perduro en sus predecesores y que sólo contó con dos libros. Sus fuentes: el *Code*, el Proyecto García Goyena y las Leyes de Reforma.

En 1870 vuelve a la carga Juárez; esta vez lo consigue y promulga el Proyecto Sierra con algunas modificaciones hechas por una Comisión in-

75 Sería interesante un estudio que buscara el nexo entre los grandes líderes políticos y el Código Civil, Juárez, al igual que Bolívar y otros estadistas con claras vistas “políticas” siempre tuvieron claro que lo mismo que Napoleón, debían tener su Código. Para Juárez fue una de las cosas primordiales en su agenda, véase Méndez, Luis, “Revisión del proyecto de Código Civil mexicano del doctor Justo Sierra”, *La Ciencia Jurídica*, México, talleres de la Librería Religiosa, 1897.

76 Como ya habíamos anticipado se trata de las *Concordancias* de Saint Joseph.

tegrada por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía. Sus fuentes: el *Code*, el Código de Piemonte/Cerdeña, el austríaco, el holandés, el portugués y la ley hipotecaria española de 1869.

Más modificaciones al Proyecto Sierra en 1884, y aunque en sí, sólo son reformas del Código de 1870, se toma la decisión de decir que es un nuevo código. Esta vez se hace por encargo del presidente Manuel González con una comisión formada por: Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Miguel Macedo. La reforma más importante fue aquella por la que se introduce la libertad plena al testar, según “los requerimientos de la época”. En cuanto a las fuentes no hay mucho que decir por lo ya expuesto, fuente única: el Código Civil de 1870.

Llegamos al último y actual Código de 1928 y 1932, dependiendo si se toma en cuenta su publicación o su entrada en vigor. De este Código ya hemos dicho algunas cosas referentes a su exposición de motivos y su germanicidad. Algunas cuestiones adjuntas: en 1917 la parte del derecho familiar se había considerado abrogada por la Ley de Relaciones Familiares que introduce el divorcio vincular.⁷⁷ Sus autores: Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez. Es un Código que cita un sin fin de fuentes: los códigos de Alemania (*BGB*), Suiza, Francia, España, Rusia, Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Guatemala, y muy probablemente sólo sirvieron para darle una bonita presentación a la entrega, porque en gran parte es un código que ha heredado los procesos de 1870 y 1884; es decir, el Proyecto Sierra, la parte familiar es la ley que mencionamos de 1917 y la hipotecaria de la ley respectiva española.

Como bien se sabe este Código está aún vigente en el Distrito Federal y es supletorio en materia federal, en abril de 2000 fue aprobado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, un decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil. La opinión de Ingrid Brena⁷⁸ es que dicha reforma no es una reforma al Código Civil, sino “la promulgación de un código (el del Distrito Federal), que toma parte del texto del Código Civil aún vigente en materia federal”. Pensamos que, en primer lugar, la Asamblea debió especificarlo así, y realmente reelaborar un “nuevo código”, en tal caso, se debiera

77 Guzmán Brito, *La codificación civil... cit.* p. 515.

78 Brena Sesma, Ingrid, “Reformas al Código Civil en materia de matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, México, Nueva época, año 1, núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 3-12.

recurrir a la historia del derecho; en nuestros dos Congresos Constituyentes se discutió la posibilidad de contar con una sola Codificación uniforme o respetar el pacto federal. Si bien es cierto que en Alemania o Austria alguna duda se tuvo para realizar un Código general o varios por región, la idea de un solo código siempre triunfó, porque la Codificación significa unificar el derecho. En México el concepto federal dio lugar a un resultado de todos conocido, un código por entidad federativa aunque al final, la mayoría de los códigos siguieran en gran parte o fueran el mismo que el del Distrito Federal.⁷⁹ Otros casos que conocemos donde se presentó una legislación regional, son los de Argentina y Colombia.⁸⁰ Por todo lo anterior es que pensamos que si verdaderamente se tenía en mente hacer un Código Civil para el Distrito Federal, por lo menos se debió estudiar un poco el asunto, así hacían nuestros codificadores aunque al final terminaran copiando, pero por lo menos buscaban qué copiar.

V. LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN

Acerca de la crisis del derecho se comenzó hablar en los años 50 del siglo pasado, cuando personajes como Carnelutti, Biondi, G. Tarello, G. Capograssi se reunieron a discutir sobre la “ambigüedad del derecho”.⁸¹ Santi Romano por su parte, habla de “crisis del Estado”; Roberto Ago, de la crítica al formalismo ascarelino y dice que “...el Código tiene muchas instituciones que no van con la realidad”.. Se trata de una gran incertidumbre que comenzará a permear en el derecho y que se reflejará en los sistemas jurídicos de los países de tradición continental. Kroeff y Machado Carrión sitúan esta crisis del derecho, y mencionan sus planos de desenvolvimiento:

1. Desfase entre derecho y realidad.
2. Como expresión de la crisis de la modernidad y de sus paradigmas.
3. Universalización del derecho.
4. Pluralismo jurídico.
5. Surgimiento de entidades al margen del orden jurídico.
6. Falta de respuesta inmediata del derecho a los estados de emergencia social.

⁷⁹ Por citar un ejemplo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas existe un documento con el título: *Reformas al código de Michoacán que era el mismo que el del Distrito Federal*, Morelia, 1895.

⁸⁰ Véase Guzmán Brito, *op. cit.*

⁸¹ Capograssi, Giuseppe citado por Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2a. ed., Milano, Edizioni di comunità, 1972.

7. Crisis del principio de legalidad. 8. Crisis del estado de derecho. 9. Crisis de la soberanía estatal. 10. Crisis de la Codificación o era de la descodificación. 11. Crisis del paradigma privatístico. 12. Tentativas de subsanación para colocar al derecho en “tiempo real” y en “tiempo económico”. 13. Flexibilización del derecho. 14. Crisis de la doctrina jurídica. 15. Crisis en el sistema judicial y problemas con el acceso a la justicia.⁸²

El malestar a nuestro parecer, se encuentra en el “secuestro” que el Estado hizo del derecho privado: “El derecho privado moderno es —ni más ni menos— el sistema jurídico que el Estado de derecho ha expresado”;⁸³ con el Código, nuestro derecho civil se circunscribió en una esfera demasiado cerrada que prevé como única fuente la ley. Somos herederos de pensadores como Boutmy: “La codificación es un acto decisivo del legislador, que desgaja al derecho de sus orígenes, lo fundamenta por entero en la razón, la justicia, el interés público, el acuerdo y la mutua dependencia entre los diferentes artículos; dispensa de buscar precedentes o justificación fuera de un documento auténtico o anterior al día de la promulgación”. Roguin: “codificación consiste en que el derecho de hacer la ley corresponda exclusivamente al legislador, es decir, que ante la voluntad expresa de su obra, la jurisprudencia de los tribunales, como la ciencia de los tradicionalistas, pierden en absoluto la independencia desde el punto de vista de la significación del derecho positivo”; Valette: “se ha legislado tanto.. que sería extraño el que quedase un caso al cual no le fueran aplicable en algo las disposiciones legales”; Hue “son muy raros los casos de insuficiencia de la ley y casi siempre la analogía proporcionará al juez un principio para la solución”; Bugnet “no conozco el derecho civil, no enseño más que el Código Napoleón;”⁸⁴ pero quizá de quién más hemos aprendido es de Jeremías Bentham;⁸⁵ el padre de la idea de codificación, leído y citado por nuestros autores hispanoamericanos, contribuyó con su idea de la “utilidad de la legislación”, la cual debía reunir todo el derecho a través de la elaboración de

82 Kroeff, Eduardo y Machado Carrión “Crise do Direito e Ensino Jurídico”, *Revista de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur*, vol. 17, 1999.

83 Barcellona, Pietro, *Diritto privato e società moderna*, Nápoles, Jovene, 1996.

84 Todos en Labarca Prieto, Domingo A., “Savigny y la Codificación” a su vez en “Savigny y la ciencia del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales*, núm. 14, Universidad de Chile, Valparaíso, 1979.

85 En tal sentido véase González, María del Refugio, *El derecho civil... cit.* notas 23 y 42.

códigos, sistemas de derecho particular que comprendieran las soluciones en una determinada materia.⁸⁶

Muy pronto, la Codificación decimonónica mostró sus peligros; en los mismo foros en donde se discutió que cosa se habría de codificar, se discutió también si se debía codificar. El detractor por excelencia es Friedrich Karl von Savigny, su obra *Von Beruf unser Zeil für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, escrita en 1814, sólo diez años después del *Code*, justamente cuando se discutía en Alemania si se debía introducir. La tesis de Savigny:

Las autenticas bases del derecho positivo... tienen su existencia, su realidad, en la conciencia común del pueblo... que es una cosa invisible que se revela en un acto externo, cuando se muestra en los usos, maneras, costumbres; en la uniformidad de una manera de obrar continua y, por tanto, perdurable, reconocemos las creencias del pueblo como su raíz común y como diametralmente opuestas a la pura casualidad. La costumbre es por tanto, el símbolo (*kennzeichen*) y no el terreno de origen (*entschungsgrund*) del derecho positivo.⁸⁷

El problema en ese entonces y podemos decir que ahora también, era el monismo legal; la Codificación borraría, en un breve periodo, la costumbre y la doctrina; la primera había servido como una concesión al pueblo para manifestar las reglas jurídicas.

Todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres —decía Savigny— a los cuales por asentamiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de derecho consuetudinario; esto es que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares y luego por la jurisprudencia, siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador.⁸⁸

Savigny logró reenviar la discusión sobre el código alemán ochenta años después, pero lo más importante es que hizo reflexionar a muchos.

España vivió un proceso similar de discusión y aplazamiento: “...sin Código Civil, pero con Decretos, México y España entraron en el ochocientos liberal”.⁸⁹ No se podía eliminar el viejo derecho foral por volun-

⁸⁶ *Introducción a los principios de la moral y de la legislación.*

⁸⁷ *Ibidem*, p. 595.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 606.

⁸⁹ Lorente Sariñena, Marta, “Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1998.

tad legislativa. Al final de cuentas se hizo y hubo quién respondió, Castán Tobeñas nos dice: “ (En España tenemos) ricos precedentes sociales, que sólo el Código Civil individualista y extranjerizado que nos rige pudo dejar ignorados y maltrechos ¿Negará alguien que el régimen tutelar del derecho castellano antiguo era más favorable que el del Código, y más conforme a las tendencias modernas que quieren olvidarse que en los vestigios de la tutela existe una función pública más que familiar?”.⁹⁰

Tomás y Valiente también se dio cuenta de esta “inautenticidad social del Código Civil” porque el Código Civil “responde a las verdaderas convicciones, ideas e intereses de sus autores” pero no tiene una “auténtica procedencia de las entretelas de la sociedad...”.⁹¹

Y no solamente es inauténtico, sino que por esto mismo es también elitista: “La óptica del codificador es, por supuesto la del buen burgués”,⁹² como citábamos al inicio.⁹³ Pero la gran escuela de la “crisis de la Codificación” se encuentra en Italia. Consolidada en estos últimos años gracias al trabajo de grandes juristas e historiadores del derecho como Giovanni Tarello fundador de la revista, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* y Paolo Grossi, también fundador de una revista: *Quaderni Fiorentini* y de un Centro, ambos dedicados a la reflexión del pensamiento jurídico moderno. De parte de los prácticos, de todos conocido Natalino Irti, fundador a su vez de un concepto que ha recorrido el mundo: la descodificación.

Irti es un civilista que ha escrito y escribe sobre el formalismo legal su libro más conocido, en el cual expone su teoría: *l'età della decodificazione*⁹⁴ según Natalino Irti, la “sistemática emanación de leyes” que deberían entrar en el ámbito del Código Civil comienza a originar una especificidad de normas autónomas, muchas veces ni siquiera fundamentadas, fuera del Código mismo, en un proceso de adelgazamiento o de descodificación. Para Bartolomé Clavero resulta un engaño, porque el “Código” sigue imponiendo sus reglas “constituyentes” de un régimen individualista y burgués.⁹⁵ En el mismo sentido se expresa Paolo Grossi, quien ha logrado desarrollar en sus trabajos la historia de las críticas al

90 *Ibidem*, p. 281.

91 *Ibidem*, p. 1988.

92 *Idem*.

93 *Ibidem*, nota 4.

94 La cuarta edición es de 1999, de Giuffrè, Milán.

95 Véase *Ama Llunku... cit.*

código. Es un poco la aseveración lewisiana, de que el mayor triunfo del demonio es hacer creer a los hombres que no existe; el Código llegó un día y, con críticas y sin ellas, y con decodificación y sin ella, sigue aún en el mismo lugar y con la misma fuerza legal.

Decíamos de Paolo Grossi,⁹⁶ quien ha logrado identificar a los juristas italianos que reaccionaron contra la codificación, muchos prácticos y civilistas, pero también profesores, todos ellos de finales del ochocientos, reaccionaron contra la idea de un solo sujeto jurídico; se daban cuenta que faltaban categorías, comenzaba la etapa del derecho social que en el mundo modificó Constituciones, pero en Italia modificó maneras de pensar en la doctrina privatística; entre estos autores Grossi estudia a:⁹⁷ Enrico Cimballi “el jurista debe ordenar el social partiendo de la sociedad misma que está en movimiento”, el código queda sobrepasado en cuanto nace; a Carlo Francesco Gabba, quien decía: “El código es un sistema imperfecto necesariamente imperfecto”, porque el texto no corresponde a la realidad; Vincenzo Simoncelli quien propone la “interpretación evolutiva” desde la elaboración de la norma hasta su aplicación; a Giuseppe Salvioli quien escribiera: “los defectos sociales del Código Civil” y Emanuele Gianturco, quien decía: “es una amarga burla hablar de libertad de la voluntad y de igualdad del derecho a quien muere de hambre en los campos y en la calle”.

Parece ser que la escuela francesa intentó remediar el monismo e intentó solucionar la marginación de los juristas, entonces nació la escuela de la exégesis, ahora los juristas podrían participar. A la escuela italiana de crítica al pensamiento moderno no le pareció una concesión muy favorable; parece, dice Paolo Grossi, “una limosna que el Estado hace a quien había sido una figura primordial en la elaboración del derecho”. Para Natalino Irti esto es parte de la *politicità integrale*: todo es política.⁹⁸

Se sabe de algunos reaccionarios a la codificación como Antón Menger y Gierke en Alemania, y algunos miembros de la Comuna de París en Francia, en 1871; más recientemente, Michel Villey,⁹⁹ y en Austria,

96 *Assolutismo Giuridico e Diritto privato*, Giuffrè, Milán, 1998.

97 Para esta relación hemos tomado nota de las lecciones de historia del derecho que imparte el profesor Grossi en la Universidad de Florencia, que son de alguna manera el resumen del libro citado en la nota anterior.

98 *Temi della cultura giuridica contemporanea. Prospettive sul diritto privato il tramonto del Codice Civile, il giurista nella società industriale*, Padua, CEDAM, 1981.

99 De este autor rescatable la frase “la rebelión de los hechos frente al Código” según Villey en el *common law* el Código es suplido por la jurisprudencia.

Karl Renner, quien además de ser presidente escribió una obra titulada *Las instituciones de derecho privado y sus funciones sociales*.

En Hispanoamérica podemos mencionar a Víctor Tau Anzoategui y Bernardino Bravo Lira, ambos prestigiosos historiadores del derecho. Del primero habíamos hablado ya, cuando mencionábamos la “cultura del código” donde

al jurista le está vedado salir... no puede buscar o aceptar otros modos de creación del derecho y en fin, no le es permitido hacer una crítica libre de sus preceptos o avanzar en una comparación entre las normas establecidas y la cambiante vida social. Si lo hace, quedan como simples especulaciones intelectuales, ajenas a la ciencia misma. Son reglas tácitas de un modo de pensar que atrapa, con fuerza disciplinaria, a jueces, abogados y profesores¹⁰⁰ el jurista-instrumento.

Víctor Tau descubre el imperio de la ley

La operación cultural que condujo a esta cultura se apoyó en la sanción legislativa de códigos ‘cerrados’, que excluían explícita o implícitamente el recurso a toda otra fuente del derecho que no fuese la misma ley.¹⁰¹

El sistema de Códigos...cierra la vía a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo código, costumbre, doctrina de los autores, jurisprudencia de los tribunales. Y encuentra a una elite de juristas consustanciada con esta orientación que acepta una considerable reducción de sus posibilidades creativas.¹⁰²

Bravo Lira, en cambio, pone la lupa sobre el papel del juez ante la codificación¹⁰³ “si en un derecho de juristas pudo llegar a ocupar el juez una posición central, en un derecho legislado pudo, en cambio, ser relegado a una posición marginal”; esta comodidad del juez a llevado a la “legalidad por la legalidad vacía de contenido, sirve por igual a todos los gobiernos...”, “el aumento en número de leyes corre a parejas con su descrédito, con la pérdida de respetabilidad”.¹⁰⁴

100 *Ibidem*, p. 539.

101 *Idem*.

102 *Idem*.

103 En este sentido también se expresó Stuart Mill “Bajo el imperio de un código escrito el juez no tiene que resolver cuál será intrínsecamente el mejor partido en el caso particular que debe decidir, sino tan sólo el artículo de la ley que le es aplicable, lo que el legislador ha dispuesto en el caso análogo...”.

104 Bravo Lira, Bernardino, “Arbitro Judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental

Del ámbito brasileño encontramos a un jurista dedicado al tema, Fabio Siebeneichler, quien concluye su estudio "...la codificación vive una crisis que difícilmente podrá ser substituida o superada";¹⁰⁵ en su parecer, siempre tendremos una codificación deficiente porque ésta se ha vuelto una categoría útil asociada al principio de continuidad de un sistema jurídico, la única manera que se nos ha ocurrido en el último siglo, para ordenar nuestro derecho privado.

Para no dejar a nadie afuera, mencionaremos a Abelardo Levaggi, quién además de historiador del derecho tiene un gran tino para la crítica al derecho hispanoamericano.¹⁰⁶ Una cuestión harto importante y es la observación que nos hacía respecto a que la Codificación que está en crisis es la decimonónica porque por otra parte se está recodificando, en este sentido seguimos los pasos de importantes proyectos en algunos países de América como el guatemalteco que contiene figuras como el Franchaising o el Leasing, y una parte especial para los derechos civiles de los menores.

VI. EL FUTURO DEL CÓDIGO

Así llegamos a nuestros días en este recorrido histórico, nos hubiera gustado mencionar algún crítico mexicano sobre la codificación, no porque hayamos emprendido una campaña en su descrédito sino porque es una pregunta que cada historia del derecho nacional algún día debe plantearse y replantearse cuantas veces sea necesario. En México, desde aquellos días de los legisladores/literatos hasta los actuales, la codificación no estuvo expuesta a un peligro mayor que el de saber si se codificaba en el ámbito federal o local, tanto liberales (Justo Sierra) como conservadores (Rodríguez de San Miguel) apoyaron la idea de que un código es lo mejor que podía pasarle a una sociedad.

El código es evidente que continuará teniendo un papel central en el sistema jurídico, de él se parte y a él se vuelve dentro del sin fin de

y en Iberoamérica antes y después de la Codificación", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 28, 1991 pp. 12 y ss.

105 Siebeneichler Andrade, *Fabio de, Da codificação Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Avogado, 1997 p. 173.

106 Levaggi, Abelardo, "Presencia de Hispanoamerica en la legislación argentina temprana", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 30, 1995.

pequeñas reglas; que en cada campo específico van surgiendo día con día; es la ley supletoria por excelencia en el derecho privado, conservando generalidades y conceptos.

Cada vez irá acrecentando su función como instrumento de interpretación en la unificación del derecho; es claro que vivimos una globalización jurídica de esfuerzos encomiables los de Unidroit y Uncitral; en América en Mercosur y el TLCAN apuntan en la dirección de un derecho uniforme, en donde se requiere la creatividad de jurista; aquí el código servirá de guía, pero no podrá ser más el fin sino un instrumento entre otros. Además, la globalización tira hacia el *common law*, es evidente que debemos estar prevenidos en este sentido, pero también tenemos que tener en cuenta nuestro pasado histórico, porque por otro lado tenemos el reto de ordenar el derecho privado de nuestros pueblos indígenas, frente a una unificación del derecho público que se ha vivido en este ámbito fuertemente en los países que tenemos este reto; quizá sea necesario recurrir al derecho romano, quizá retomemos cosas de nuestro derecho indiano, lo que si es cierto es que es necesario no cerrarnos a ninguna posibilidad y comenzar a formar a nuestros futuros juristas por estos caminos. Una vez más la historia del derecho se presenta como una herramienta útil e indispensable.