

LAS FUENTES DEL CODIGO CIVIL DE FIELD Y LA CODIFICACION DEL *COMMON LAW*

Rodolfo Batiza

SUMARIO.— 1. La codificación civil, nota característica distintiva que separa a los sistemas romanistas y a los del *common law*. Objeciones formuladas.- 2. Corrientes codificadoras en Inglaterra y Estados Unidos. Bentham y Field.- 3. El Código Civil de Field como codificación del *common law*.- 4. Fuentes reales del Código Civil de Field y naturaleza auténtica de éste.- 5. Creciente importancia del derecho legislado y la sistematización en el *common law*. Leyes Uniformes y Modelo. Código Uniforme de Comercio. *Restatements* del derecho.- 6. Significación verdadera del derecho legislado.- 7. El *common law* como derecho de “casos” y la enseñanza del derecho en Estados Unidos.- 8. Mentalidad jurídica *sui generis*.- Conclusiones.

1. *La codificación civil, nota característica distintiva que separa a los sistemas romanistas y a los del common law.* Una de las características distintivas fundamentales que separa a los sistemas jurídicos inspirados en la tradición romanista (Europa occidental e Iberoamérica) y a los que siguen el *common law* (Inglaterra, Estados Unidos y la Comunidad Británica) reside en la codificación del derecho privado, en especial la adopción de Códigos Civiles iniciada en Francia a principios del Siglo XIX⁽¹⁾. En los países del *common law*, por el contrario, salvo las excepciones a que

* Profesor Emérito de Estudios Jurídicos Iberoamericanos. Facultad de Derecho, Universidad de Tulane.

(1) Además de la característica apuntada, deben tenerse en cuenta otros aspectos, tales como el desarrollo histórico de las instituciones, factores jurídicos y políticos, la organización judicial, las asociaciones profesionales de abogados, la “recepción” del derecho romano, y aún ciertos elementos de la idiosincracia nacional, etc. Véase, p. ej.: HOLMES, Oliver Wendell: “*The Common Law*”, Little, Brown and Company, Boston, 1881; POUND, Roscoe: “*The Spirit of the Common Law*”, Cambridge, 4a. ed., 1931; LAWSON, F.H.: “*A Common Law Lawyer Looks at the Civil Law*”, 1955; DAVID, René y BRIERLEY, J.: “*Major Legal Systems in the World Today*”, 3a. ed., 1985.

se hará mención más adelante, el derecho privado continúa sin codificarse, basado todavía esencialmente en la jurisprudencia de los tribunales⁽²⁾.

Objeciones formuladas. Se ha tratado, no obstante, de restar importancia a la diferencia señalada con apoyo en dos argumentos principales: 1o. El derecho legislado ha adquirido una creciente y decisiva influencia en los países del *common law*; 2o. La jurisprudencia de los tribunales en los países de tradición romanista tiene prácticamente la misma autoridad que el principio de *stare decisis* en el *common law*⁽³⁾.

2. *Corrientes codificadoras en Inglaterra y Estados Unidos. Bentham y Field.* A reserva de valorar después la significación de esos argumentos, nos referiremos primero a las corrientes que en los países angloamericanos han propugnado por la codificación del *common law*. El promotor más activo en Inglaterra a fines del siglo XVIII y principios del XIX fue Jeremías Bentham. Aún cuando sus ideas influyeron considerablemente en las reformas a la legislación penal y a la que regulaba la organización judicial, la hostilidad que sentía hacia el *common law* no condujo a la codificación que predicaba⁽⁴⁾. En realidad, el reformador inglés nunca llegó a redactar un código civil, tal vez debido a que, como Roscoe Pound comentó, la redacción de dicho código exigía un abogado mucho más competente de lo que era Bentham⁽⁵⁾.

(2) La nota característica del *common law*, para POUND, es la de estar constituido por un conjunto de elementos judiciales obligatorios a través de los cuales los jueces deben encontrar el fundamento de sus fallos. Esta concepción coincide en lo esencial con la idea expuesta por BLACKSTONE en sus "Comentarios" al analizar la *lex non scripta* en Inglaterra, aunque debe observarse que la expresión no es muy exacta, puesto que las decisiones judiciales se redactan por escrito y los Repertorios de jurisprudencia están impresos en forma de libros. Debe también tenerse en cuenta que cuando POUND habla de *elementos judiciales obligatorios* es para distinguirlos de lo que se denomina *dicta* u *obiter dicta*, esto es, las afirmaciones, declaraciones y razonamientos, a veces por vía analógica, que no son parte integrante de los fundamentos de la sentencia. Véase POUND: "The Future of the Common Law", Harvard University Press, Cambridge, 1937; BLACKSTONE, William: "Commentaries on the Laws of England", diversas ediciones. Las traducciones que aparecen en este artículo son del autor.

(3) Literalmente, "estar a lo decidido". Véase, p. ej.: LAWSON, F.H.: "A Common Law Lawyer Looks at Codification", Revista Jurídica Interamericana, t. 11, no. 1, p. 4; FRIEDMANN, W.: "Legal Theory", Columbia University Press, Nueva York, 5a. ed., pp. 533-36.

De haber conocido la Ley de Amparo, estos autores hubieran invocado los arts. 192-193 bis sobre la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte y por los Tribunales Colegiados de Circuito, argumento más poderoso que el suministrado por el Tribunal de Casación francés, al descansar en la ley y no sólo en la costumbre. Sin embargo, el argumento no sería convincente porque la jurisprudencia en México no se maneja como los "casos" en el *common law*. Véanse notas 48 y 51 y texto a que se refieren.

(4) BENTHAM llegó a decir: "En el derecho inglés la ficción es una sífilis que circula en cada vena y lleva a cada parte del sistema del comienzo de la podredumbre". Cit. por MITCHELL, Oliver R.: "The Fictions of the Law: Have they Proved Useful or Detrimental?", Harvard Law Review, t. VII, no. 5, p. 250. El interés por la codificación en Inglaterra había surgido con mucha anterioridad, remontándose por lo menos al reinado de Enrique VIII (1509-47). Véase LANG, Maurice Eugen: "Codification in the British Empire and America", Amsterdam, 1924.

(5) Véase POUND, Roscoe: "David Dudley Field: An Appraisal", en la obra "David Dudley Field: Centenary Essays", Nueva York, 1949, p. 6.

En los Estados Unidos, a excepción de Luisiana que había codificado su derecho civil desde 1808, siguiendo de preferencia fuentes francesas y españolas,⁽⁶⁾ los Estados en que regía el *common law* empezaron a mostrar interés por la codificación sólo hasta muchos años más tarde. En el informe presentado en 1836 por los miembros de la Comisión encargada de la codificación del *common law* de Massachusetts, que había preparado el Juez Story, claramente se recomendaba la codificación. Decíase en dicho informe que una de las grandes ventajas ofrecidas por un código, lo que desde un punto de vista práctico no podía ponderarse suficientemente, consistía en que eliminaba la necesidad, al menos en los casos normales, de búsquedas minuciosas en otros libros (repertorios de jurisprudencia), y que con frecuencia eliminaba en todos los casos, salvo aquellos de rara ocurrencia, la consulta obligada de numerosos repertorios y otras colecciones de decisiones judiciales⁽⁷⁾.

La propuesta para codificar el *common law* de Massachusetts no tuvo éxito, pero unos años después, en Nueva York, surgió una iniciativa análoga. Se ha dado la explicación en el sentido de que el interés por la codificación constituía en parte una fase del movimiento hacia la reforma legislativa influido en gran medida por la atención que despertaban los escritos de Bentham, pero que derivaba también del antagonismo que se sentía por las instituciones jurídicas de origen inglés durante el período que siguió a la independencia⁽⁸⁾.

Un prominente abogado de Nueva York, David Dudley Field, pronto se distinguió como el más activo dirigente del movimiento a favor de la codificación. Ante la Convención Constitucional de 1846 planteó la necesidad de adoptar un código general y, como consecuencia de sus esfuerzos, se previó en la Constitución de 1847 el nombramiento de una comisión para reformar el procedimiento y codificar el derecho⁽⁹⁾. Durante casi veinte años, de 1847 a 1865, a pesar de una actividad profesional sumamente intensa Field se dedicó en forma sistemática a la redacción de cinco proyectos de códigos: político, de procedimientos civiles, penal, de procedimientos penales, y civil⁽¹⁰⁾.

Los problemas que afrontaba Field a fin de codificar el *common law* fueron claramente señalados por Pond al referirse al contraste que presentaban con la situación de Francia, Alemania y Suiza, cuyos sistemas normativos habían alcanzado plena madurez antes de ser codificados en razón de siglos de cultivo de la ciencia jurídica y de la existencia de excelentes tratados doctrinarios. Más concretamente,

(6) Entre las principales fuentes francesas se contaban: el Código Civil, el Proyecto del año VIII (1800), la *Costumbre de París*, y autores como Domat y Pothier; entre las españolas figuraban: *Las Siete Partidas*, el *Fuero Real*, la *Recopilación de Castilla*, la *Curia Filipica*, y *Febrero Adicionado*. Véase del autor: "*The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance*", *Tulane Law Review*, Número Especial, no. 46, 1971.

(7) Véase Yntema, Hessel L.: "*The Jurisprudence of Codification*", ob. cit. al final de la nota 5, pp. 251 y sig.

(8) Véase POUND, ob. cit., en la nota 5, p. 3.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, pp. 8 y sig.

dicho autor observaba que para quien se propusiera acometer la codificación del derecho angloamericano durante el Siglo XIX faltaban los proyectos que facilitarían su labor, lo mismo que una sistemática exposición del *common law*; la codificación emprendida por Field era la primera en su género y el derecho de Nueva York no había alcanzado el desarrollo necesario para esa obra. Field no podía tomar un poco de Blackstone o un poco de Kente, y aún cuando existían algunos buenos textos sobre materias especiales no había ninguno que ofreciera una descripción de conjunto. Explicaba además Pound que, como buen abogado que era del *common law*, Field no podría reducir las obras existentes a un sistema sino que tenía que extraer el derecho de primera mano de las decisiones judiciales coleccionadas en los repertorios, y concluía: “El derecho angloamericano, en realidad, todavía está en proceso de desarrollo y muy lejos de encontrarse suficientemente sistematizado y definido para prestarse con facilidad a la codificación⁽¹¹⁾.”

3. *El Código Civil de Field como codificación del common law.* En cuanto a la finalidad que Field se proponía, es indudable que a pesar de la insatisfacción que sentía por el estado que guardaba el *common law* en Nueva York, su idea era la codificación del sistema existente. En un informe a la Legislatura que presentó en 1865, expresó que el *common law* de Nueva York, lo mismo que el *common law* de Inglaterra del cual en gran parte derivaba, consistía en un vasto número de reglas sobre la propiedad y la conducta que habían sido aplicadas por los tribunales de justicia y que tenían su origen ya en pronunciamientos legislativos olvidados, o en tradiciones de antiguas épocas, o en la conciencia de los jueces a medida que los litigios se iban planteando ante ellos; añadía que durante los ocho últimos años, los Comisionados se habían consagrado a la preparación de los códigos que les fuera encomendada por la Legislatura de 1857, y resumía la dificultad del esfuerzo con estas palabras: “La labor emprendida por ellos no se había intentado antes y era difícil; la obra de elaborar un código del *common law* de los Estados Unidos o de Inglaterra jamás se había acometido⁽¹²⁾.”

Las actividades de Field en la codificación del *common law* provocaron una reacción vehemente. James C. Carter, que presidía el Colegio de Abogados de Nueva York, surgió como su opositor más decidido, pero en cuanto a la naturaleza de la codificación de Field, compartía la misma opinión. En una de las refutaciones que redactó para la organización profesional que representaba, un aspecto de la famosa polémica que sostuvo con Field y que ha sido comparada a la que antes enfrentara a Thibault y Savigny en Alemania⁽¹³⁾, indicó que los partidarios de la codificación hacían muchas y desfavorables referencias al derecho no escrito que consideraban

(11) *Id.*, p. 12.

(12) Véase FIELD, David Dudley: “*Civil Code of the State of New York*”, 1865, *Introducción*, p. XIV; *Final Report of the Commissioners*, p. VIII. En el mismo sentido, véase lo indicado en la nota 34.

(13) Véase LANG, *ob. cit.* en la nota 4, p. 147.

como un “derecho judicial”, esto es, un derecho de “la conciencia interior del juez”, expresiones que utilizaban para significar el capricho, el prejuicio, o el antojo del juez; agregaba Carter que los escritos de Jeremías Bentham, el gran apóstol de la codificación, abundaban en esta especie de vilipendio y que Field, adoptando igual actitud, procedía no obstante a desmentir su posición al proponer un código en que el noventa y nueve por ciento de sus disposiciones consistía en tentativas, con frecuencia fallidas, de consagrar el sistema mismo que condenaba, y hacia esta pregunta: “¿De qué fuente obtiene el Sr. Field las numerosas reglas contenidas en el Código Civil que propone como reformas o *mejoras* al derecho existente sino de esa ‘conciencia interior’ que pretende escarnecer?”⁽¹⁴⁾.

El Profesor Reppy consideraba que como Field no era un iconoclasta ni tampoco un destructor de las tradiciones del pasado y que como su propósito no podía ser la destrucción del *common law* sino su preservación, ello se lograría eliminando sus defectos y haciéndolo más accesible a los ciudadanos, a la curia y al foro, de ahí que hubiera seguido un enfoque histórico limitado a la exposición sistematizada del derecho existente; sólo sería necesario suprimir lo que fuera excesivo y adaptarlo para la solución de los problemas sociales modernos no únicamente en Nueva York sino en otros Estados y entre los pueblos de habla inglesa⁽¹⁵⁾.

Por último, un autor europeo, Lang, observó que la finalidad que Field se proponía era reducir el *common law* como sistema a uno o más códigos, preservando así los principios tradicionales establecidos, pero en forma nueva y mejorada⁽¹⁶⁾.

(14) Véase CARTER, James Coolidge: “*The Proposed Codification of our Common Law: A Paper Prepared at the Request of the Committee of the Bar Association of the City of New York, Appointed to Oppose the Measure*”, 1884, pp. 39-41.

Posición de FIELD: 1. Los jueces no deben ser legisladores como acontece en el *common law*; 2. La codificación hará al derecho cognoscible, a diferencia del *common law* que es inaccesible para el lego; 3. La codificación hará al derecho sistemático y claro y las decisiones de los tribunales podrán predecirse con mayor certidumbre; 4. Un código permitirá flexibilidad en la interpretación sin convertirse en una camisa de fuerza; 5. Aún un código imperfecto es mejor que ninguno, y una vez que un país ha adoptado un código jamás ha vuelto al derecho no escrito; 6. El código puede reformarse a medida que sus imperfecciones vayan apareciendo.

Posición de CARTER: 1. Aún después de la adopción de un código los jueces continuarán creando nuevo derecho en razón de que el código adoptado no podrá aplicarse a situaciones nuevas, y por tanto imprevistas, sin recurrir al derecho casuista que le precedió; 2. El código no será mas accesible para el lego de lo que es el derecho casuista de los jueces; 3. El código no facilitará la predicción de las decisiones de los tribunales si están redactados en términos vagos y generales que permitan varias interpretaciones; 4. Si la redacción del código es demasiado específica entonces resultará arbitrario e injusto frente a situaciones nuevas y los jueces se verán obligados a torcer el texto a fin de cubririrlas; 5. No existe ninguna técnica para acelerar la adquisición del conocimiento del derecho y el volumen de precedentes judiciales se ha exagerado; 6. Un código impedirá el desarrollo del derecho puesto que las reformas vendrán después de causado el daño, y un código excesivamente reformado se convertirá en una masa incoherente. Los codificadores se arrojan la sobrehumana tarea de prever todas las contingencias futuras.

Véase PATTERSON, Edwin W.: “*Historical and Evolutionary Theories of Law*”, *Columbia Law Review*, t. 51, no. 6, 1951.

(15) Véase REPPY, Alison: “*The Field Codification Concept*”, ob. cit. al final de la nota 5, pp. 17, 40 y sig.

(16) Véase LANG, ob. cit. al final de la nota 4, p. 115.

4. *Fuentes reales del Código Civil de Field y naturaleza auténtica de éste.* Las afirmaciones anteriores sobre la naturaleza del Código Civil de Field en el sentido de constituir una codificación del *common law* nunca han sido puestas en duda. Sin embargo, en cuanto a las fuentes en que se había inspirado, Field fue suficientemente explícito y las explicaciones y referencias que dejó en su Código demuestran que las afirmaciones indicadas distan de ser por completo correctas al desconocer importantes y numerosas inspiraciones de la tradición romanista que influyeron en su elaboración. Esas inspiraciones, en primer término, incluyen la idea misma de la codificación que Field no tomó del *common law* ni tampoco de Bentham, pues, como ya se indicó, el reformador inglés no llegó a redactar un código civil. Field lo reconoció así expresamente cuando en uno de sus informes observó que el derecho de Roma en tiempos de Justiniano era tan difícil de reducción a la forma de Código, al menos tanto como lo era el derecho americano en su época, y que, no obstante, había sido codificado aunque, a no dudar, para disgusto y escándalo de muchos abogados y juristas de entonces. El veredicto después de los trece siglos transcurridos, empero, se ha pronunciado en el sentido de que el Código de Justiniano representa uno de los más nobles beneficios para la humanidad, así como una de las mayores conquistas del genio del hombre⁽¹⁷⁾.

Y refiriéndose a un ejemplo más cercano, Field indicó que Francia, al iniciarse su Revolución, estaba regida en parte por el derecho romano y en parte por el derecho consuetudinario, y que los Códigos franceses habían unificado el sistema jurídico para todo el país al reemplazar las antiguas leyes, creando así un modelo de legislación seguido por media Europa. “Parecerían entonces, por tanto, —agregaba Field— que debiera estar fuera de discusión el que un Código general sea factible”⁽¹⁸⁾.

Las indicaciones y referencias hechas por Field en su Código Civil permiten establecer con precisión las fuentes de sus disposiciones, aún cuando existen también numerosas lagunas y otras omisiones⁽¹⁹⁾. Field identificó aproximadamente unas dos

(17) Ob. cit. en la nota 12, p. XV. FIELD redactó dos proyectos de Código Civil, el primero impreso en 1862 y el segundo en 1865; aquél contenía 1642 disposiciones y su título era DRAFT OF A CIVIL CODE FOR THE STATE OF NEW YORK, PREPARED BY THE COMMISSIONERS OF THE CODE AND SUBMITTED TO THE JUDGES AND OTHERS FOR EXAMINATION, PRIOR TO RE-EXAMINATION BY THE COMMISSIONERS (1862). El segundo proyecto, con 2034 disposiciones, tenía como título THE CIVIL CODE OF THE STATE OF NEW YORK (Proposed Draft 1865). Todas las referencias que se hagan al Código Civil de Field lo serán a este segundo proyecto.

(18) Ob. cit. en la nota 12, p. XVI.

(19) Por esta razón podría afirmarse que el Código Civil de Field ocupa una posición intermedia en relación con otros códigos civiles de Europa y este Hemisferio. En efecto, existen algunos, sobre todo el Proyecto español de García Goyena de 1851, que suministran las fuentes de sus disposiciones; y otros, como el Código Civil de Luisiana de 1808, que son omisos al respecto. El Código de Field, aunque quizá con más referencias, se asemejarían al Código Civil argentino de 1869, preparado por Vélez Sarsfield. Se presenta también el problema de referencias falsas o ambiguas por parte de los redactores. Algunas de estas situaciones se han examinado por el autor: “Las Fuentes del Código Civil de 1928. Introducción, Notas y Textos de sus Fuentes Originales no Reveladas”, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979; “Los Orígenes de la Codificación Civil y su Influencia en el Derecho Mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

terceras partes de las disposiciones (alrededor de 1380 artículos), de un total de 2034⁽²⁰⁾. La mayor parte procedían de la jurisprudencia de los tribunales (unas 700)⁽²¹⁾, siguiendo en importancia las tomadas de la legislación (como 300)⁽²²⁾ y la doctrina angloamericanas (unas 100)⁽²³⁾. Además, lo que no era de esperarse en una codificación del *common law*, más de 50 disposiciones tenían su origen en autores de la tradición romanista como Pothier y Emerigon, en el Código Civil francés y en el de Comercio, así como en el Digesto y Código de Justiniano;⁽²⁴⁾ y hay más de 60 referencias omitidas, sobre todo al Código Civil de Luisiana⁽²⁵⁾.

La estructura del Código Civil de Field, inspirada parcialmente en los Códigos Civiles de Francia y Luisiana,⁽²⁶⁾ comprendía las personas y sus relaciones, los bienes

(20) El sistema seguido por Field consistió en anotaciones que seguían de inmediato a la disposición identificada, p. ej.:

§191. "Los derechos futuros se transmiten por intestado, testamento y cesión, en la misma forma que los derechos presentes".

1 R.S., 725, §35

Wood v. Keyes, 8 Paige, 365, 368.

Wendell v. Crandall, 1 N.Y., 491.

Pond v. Bergh, 10 Paige, 140, 154.

Lawrence v. Bayard, 7 Paige, 70, 76.

Grout v. Townsend, 2 Hill, 554, 557.

La primera referencia identifica las Leyes Revisadas de Nueva York (*New York Revised Statutes*), con indicación de tomo, página y sección; las referencias restantes identifican Repertorios de Jurisprudencia, ingleses o americanos, con indicación de tomo y página.

- (21) Tan prolijo como innecesario sería enumerar las diversas fuentes indicadas por Field, y sólo por vía de ejemplo mencionaremos una cuantas en ésta y en las notas que siguen: Casos de la Cámara de los Lores (*House of Lords Cases*), Repertorio de la Cancillería, de Paige (*Paige's Chancery*), Repertorio de Massachusetts, de Pickering, y Repertorios de Fallos de Vermont, Illinois, Ohio, etc.
- (22) Además de las Leyes Revisadas de Nueva York, recopiladas en una primera edición de 1828, las Leyes sobre la Mujer Casada de 1848 y 1849, la Ley de la Marina Mercante inglesa de 1854, y las Reglas sobre Navegación de Trinity House.
- (23) Representada principalmente por Coke, Blackstone, Kent, Story, y autores de Antologías de Máximas Jurídicas como Branch y Francis, y Diccionarios Jurídicos como el de Bouvier.
- (24) El número de esas disposiciones no hace justicia a la significación verdadera de la tradición romanista en la redacción del Código Civil de Field, que comienza con la idea misma de la codificación y sigue con la estructura del Código y las diversas disposiciones originadas en esa tradición; además, es evidente que la influencia de dichas disposiciones no depende nada más de su número ya que no sólo se cuentan sino que se pesan, lo que, por supuesto, es sólo una figura de lenguaje. Field también utilizó muchas expresiones y términos de origen romanista tales como *obligación*, *servidumbre*, *accesión* y otros, que el jurista inglés Sheldon AMOS afirmó se habían tomado de las Instituciones de Justiniano y del Código Napoleón. Véase CARTER, ob. cit. al principio de la nota 14, en que también menciona a otro jurista inglés, AUSTIN.
- (25) Es decir, al segundo Código de 1825, que representó una fusión del Código de 1808 y las Reformas y Adiciones de 1823. Véase del autor: "*Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for Louisiana Law*", Tulane Law Review, t. 56, no. 2, 1982, pp. 594 y sig.
- (26) A pesar de contener cuatro grandes divisiones, es indudable que las tres primeras seguían esencialmente el orden de los tres libros del Código Civil de Luisiana, inspirado a su vez en el francés (Personas, Bienes y Diferentes Modificaciones a la Propiedad, y de los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad sobre los Bienes), pero el Código de Luisiana contenía materias ajenas a las del francés, como la esclavitud, bajo el epigrafe "*Master and Servant*" (Amo y Criado), inspirada en diversas fuentes: las Instituciones y el Digesto de Justiniano, Las Siete Partidas, Blackstone, Domat, el llamado *Code Noir*, etc.; el Código de Field reprodujo en parte ese título del Código de Luisiana, pero en forma más moderna y sin implicar la idea de esclavitud, rechazada en Nueva York.

y las obligaciones, más una cuarta división integrada por disposiciones aplicables a las materias enumeradas. Por otra parte, aunque más bien con antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia inglesas⁽²⁷⁾, el Código Civil de Field se anticipó a la unificación del derecho privado planteada en Europa, al incluir materias civiles y mercantiles⁽²⁸⁾.

Un problema de gran interés en cualquier intento de codificación del derecho privado es el relativo a la medida en que un código civil es capaz de prever la infinita variedad de situaciones concretas que puedan presentarse, sobre todo en el futuro, y que deban resolverse conforme a sus disposiciones. Este problema está relacionado estrechamente con otro, o sea la solución que debe darse a las lagunas en el código y cómo suplir la deficiencia. En cuanto al primer problema, el Código Civil de Field seguía un sistema que, en lo esencial, se asemejaba al del Código francés⁽²⁹⁾. A juicio de Field, sólo los códigos penal, político y de procedimientos podían aspirar a prever todas las situaciones⁽³⁰⁾; en cambio, reconocía expresamente que el código civil era incapaz de resolver todas las situaciones futuras⁽³¹⁾.

(27) LANG criticó la codificación de Field por no haber redactado un Código de Comercio que, según él, hubiera sido muy conveniente para Nueva York por el gran desarrollo de los negocios y las actividades mercantiles. Sin embargo, la redacción de ese Código hubiera sido innecesaria puesto que el Código Civil de Field comprendía, entre otras, estas materias: sociedades anónimas, derecho marítimo, seguros, fideicomisos (en la parte civil, propiamente), transportes, etc. El mismo autor también censuró el orden de materia seguido en el Código que, en su opinión, era ilógico y poco ordenado.

Al incluir materias mercantiles en su Código, lo más probable es que Field haya seguido el ejemplo de Lord Mansfield en Inglaterra quien en el siglo anterior, como juez, había fusionado la *lex mercatoria* y el *common law* a través de la jurisprudencia. Véase KEETON, George: "English Law", Londres, 1974, pp. 171 y sig., 174.

Un aspecto de interés en el Código Civil de Field es la inclusión de 34 máximas de jurisprudencia que, en su mayoría, provienen del Digesto de Justiniano, aun cuando Field las haya tomado de las Antologías mencionadas en la nota 23, que muchas veces las atribuyen un origen judicial angloamericano. Daremos sólo tres ejemplos:

§ 1988. La ley no se ocupa de nimiedades (*De minimis non curat lex*, Dig. 17.1.29);

§ 1991. Lo más contiene lo menos (*Omne majus continet in se minus*, Dig. 47.17.110);

§ 1978. Cuando existe un derecho hay un remedio (*Ubi jus ibi remedium*, máxima más moderna que romana y que no aparece en el Digesto).

- (28) El movimiento, iniciado en Suiza en la década de 1881, vino a culminar, después de la famosa polémica entre VIVANTE y VIDARI, en el *Codice Civile* italiano que unificó en gran medida el derecho privado (hay, no obstante, un Código de la Navegación).
- (29) Ampliando ideas que ya se habían expresado en el Primer Proyecto de Código Civil de Cambacérès (1793), en el sentido de que un código no debe intentar la previsión de todas las situaciones posibles, PORTALIS hizo estas explicaciones en el Discurso Preliminar del Proyecto del año VIII (1800): "Al principiar nuestras discusiones nos vimos frente a la extendida opinión en el sentido de que, al redactar un Código Civil, bastan unos cuantos textos precisos sobre cada materia, y que el gran arte consiste en simplificar todas las cosas mediante su previsión". Y agregaba: "Simplificar todas las cosas es una operación que exige ponerse de acuerdo. Prever todo es una meta imposible de lograr..."
- (30) Explicaba FIELD que si, por ejemplo, algún Código Penal omitiera incluir como delito un acto de naturaleza antisocial, era preferible que su comisión quedara impune por una sola vez, a reserva de reformar el Código para incluirlo, y no castigar al autor por una conducta no definida como delictiva. Ob. cit. en la nota 12, pp. XVI y sig.
- (31) De este Código —observaba FIELD— puede objetarse con cierta justicia su incapacidad para suministrar soluciones para todos los casos que puedan presentarse en el futuro; este Código es, sin duda, el más importante y difícil de todos los Códigos y no pretende prever todas las situaciones futuras: lo único que pretende es suministrar las normas generales reconocidas sobre las diversas materias que comprende. Ob. cit. en la nota 12, pp. XVII y sig.

Con respecto a la solución que debía darse al problema creado por las lagunas, por el contrario, el Código Civil de Field se apartaba abiertamente del francés. Conforme al artículo 4 de éste, “El juez que rehuse fallar bajo el pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia (*déni de justice*)⁽³²⁾. La solución dada por Field, a los casos que no estuvieran previstos en su Código, era la de esperar que los tribunales encontraran alguna norma análoga, o si se hubiera omitido alguna regla por inadvertencia, los tribunales tendrían que fallar según ocurría entonces, sin referencia a reglas establecidas, “o dejar el litigio sin resolver, como se había hecho por Lord Mansfield en el caso *King vs. Hay*, W. Blackstone, t. 1, pág. 640, en la esperanza de legislación futura adecuada para resolver los casos que volvieron a presentarse”⁽³³⁾.

Por lo anterior podrá verse que aún cuando el Código Civil de Field represente en general una codificación del *common law*, tanto la inspiración de redactarlo, como su estructura y muchas de sus disposiciones, claramente proceden de la tradición romanista; por otra parte, algunas de sus soluciones, particularmente la relativa al problema de las lagunas de la ley, es por completo ajena a esa tradición. A pesar de

(32) Esta disposición provenía del Proyecto del año VIII (Lib. prel., tit. I, art. VI), antecedente directo y base principal del Código Civil de 1804, y tenía el propósito de suprimir los abusos que se cometían durante el Antiguo Régimen por los Paramentos; su fuente estaba en la Ordenanza de 1667 sobre procedimientos civiles. Véase JOUSSE: “*Nouveau Commentaire sur l’Ordonnance Civile du Mois d’Avril 1667*, París, 1767). En el Discurso Preliminar del Proyecto del año VIII, PORTALIS había explicado que existían dos clases de interpretación: por vía de doctrina y por vía de autoridad. Cuando el derecho es claro, debe seguirse éste; cuando el derecho falta, debe recurrirse a la costumbre o a la equidad. La equidad es el retorno al derecho natural en el silencio, oposición u obscuridad de las leyes positivas. Estas ideas fueron incorporadas en dos disposiciones del Proyecto, pero que no pasaron al Código al haberse suprimido las referencias al derecho natural por objeciones hechas, entre otros, por el Tribunal de Apelación de París que las consideraba más propias en una obra de doctrina. Véase FENET, P.: “*Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*”, París, 1827, t. 5, p. 94.

La deficiencia del Código francés al no contener una solución al problema del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, fue suplida por el Código Sardo o Albertino cuyo artículo 15, en la versión de GARCIA GOYENA, disponía: “Cuando no se pueda decidir una controversia ni por la palabra, ni por el sentido natural de la ley, se tendrá consideración a los casos semejantes decididos precisamente por las leyes, y a los fundamentos de otras leyes análogas; si a pesar de esto queda dudoso el caso, deberá decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”. Véase GARCIA GOYENA: “*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*”, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852, t. 1, p. 24. La disposición anterior, a través del Proyecto Sierra de 1861 (art. 10), del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866 (art. 11), del Código Civil de 1870 (art. 20), y del Código de 1884 (art. 20), es la fuente remota, en esencia, del art. 19 del Código Civil para el Distrito Federal vigente. Véase del autor: “*Las Fuentes del Código Civil de 1928*”, ob. cit. en la nota 19, al final, p. 205.

El principio contenido en las disposiciones citadas en el párrafo anterior, que declara la autosuficiencia del Código Civil, consagra la llamada “plenitud hermética (o hermenéutica)”, que no rige para el Código de Comercio que, en caso de lagunas, recurre a los usos o costumbres mercantiles o al Código Civil para suplirlas. Sin embargo, no existe una definición de autoridad de lo que deba entenderse por “principios generales del derecho”, concepto éste que se entiende de diversas maneras en varios sistemas normativos. Véase DAVID y BRIERLEY, ob. cit. en la nota 1, pp. 11 y sig.; KAHN-FREUND, O., LEVY, C. y RUDDEN, B.: “*A Source of French Law*”, 1973, p. 155.

(33) Ob. cit. en la nota 12, p. XVIII. FIELD sugirió también recurrir a “los dictados de la justicia natural”. *Id.*, p. XIX.

que el Código de Field fue promulgado como ley en varias ocasiones, su adopción final fue rechazada en razón de que “era poco científico en cuanto a su estructura y defectuoso en la presentación del derecho existente”⁽³⁴⁾. Si bien rechazado en Nueva York, el Código Civil de Field fue adoptado en California, Montana, Dakota del Norte y Dakota del Sur⁽³⁵⁾.

5. *Creciente importancia del derecho legislado y la sistematización en el common law.* La codificación emprendida por Field ha sido la de mayor amplitud en Estados Unidos, pero, aunque de otro orden, las actividades de ciertas organizaciones profesionales cuya influencia es poderosa, han acrecentado el movimiento codificador del *common law*. El Ministro Frankfurter, de la Corte Suprema, describiendo gráficamente el desmesurado aumento de la legislación en el país, decía que todas las leyes aprobadas por el Congreso Federal en los primeros cinco años de su historia, cabían en un pequeño tomo de poco más de trescientas páginas; en obvio contraste, las leyes dictadas en la sesión del septuagésimo Congreso, que casi llegaban a mil, llenaron un tomo que Frankfurter calificó de monstruoso, de más de mil páginas⁽³⁶⁾. El derecho legislado en el país sigue en forma continua, no sólo las leyes federales,⁽³⁷⁾ sino las que aprueban cincuenta legislaturas estatales.

Leyes Uniformes y Modelo. Aunque en escala menor, pero no por ello carente de significación, estas leyes son resultado de la labor realizada por la Asociación de Colegios de Abogados America (*American Bar Association*). Esta organización, fundada en 1878, había expresado como uno de sus objetivos “el de promover la uniformidad de la legislación a través del país”⁽³⁸⁾. En cumplimiento de sus propósitos, celebra conferencias anuales a las que asisten representantes o comisionados de los Estados, en que se aprueban proyectos que luego se transmiten a las Legislaturas para su posible adopción. Estos representantes forman una agrupación denominada “Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes” (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*)⁽³⁹⁾.

(34) Véase REPPY, ob. cit. al final de la nota 5, p. 46. A ese respecto, confirmando su posición acerca de la codificación que había preparado, FIELD comentó: “La Comisión... fracasó porque las personas designadas para integrarla no tenían fe en la codificación del *common law*, parecían no entender lo que con ella se significaba, y no eran competentes para emprenderla aún si lo hubieran entendido. Consideraban sólo una nueva revisión de la legislación, mientras que lo que nosotros queríamos era una codificación del *common law*”. Véase *Field's Speeches, Etc.*, t. 1, p. 307, cit. por LANG, ob. cit. en la nota 4, pp. 135 y sig.

(35) Véase REPPY, ob. cit. en la nota 5, al final, p. 48. Este autor da como fecha de su adopción en California el año de 1866, pero el año correcto es 1872. El Código de California contenía 3543 disposiciones, y su mayoría eran reproducción literal del Código Civil de Field. Véase VAN ALSTYNE: “*The California Civil Codes*”, en “*California Civil Code*”, West, 1954, p. 9. Véase del autor: “*Sources of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code*”, *Tulane Law Review*, t. 60, no. 4, 1986.

(36) Véase FRANKFURTER, Felix: “*Some Reflections on the Reading of Statutes*”, *Columbia Law Review*, t. 47, 1947.

(37) La legislación federal aparece en la colección *United States Codes Annotated*, West Publishing Co., St. Paul, Minn.

(38) Véase BALL, V.C.: “*The Organized Movement for Uniform State Legislation*”.

(39) *Id.*

Se han elaborado Leyes Uniformes sobre ventas con reserva de dominio, ejecución de sentencias extranjeras, títulos de crédito, fiduciarios y fideicomisos, sociedades colectivas, y otras leyes; y Leyes Modelo sobre obligaciones solidarias, convenios y sociedades mercantiles⁽⁴⁰⁾.

Código Uniforme de Comercio (Uniform Commercial Code). A pesar de su denominación oficial, esta ley no equivale a los Códigos de Comercio europeos e iberoamericanos ni en cuanto a su estructura ni en cuanto a las materias que reglamenta⁽⁴¹⁾. Sin embargo, representa una importante contribución a la uniformidad legislativa del país⁽⁴²⁾.

Restatements del derecho. El Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*) se fundó en Washington en 1923 con el propósito de establecer una organización permanente para el mejoramiento de las actividades de orden jurídico. La labor que ha realizado en la elaboración de los *Restatements*⁽⁴³⁾ es de suma importancia, sobre todo frente al grave problema que significa un aumento verdaderamente increíble en el número de fallos tanto federales como locales que, no se olvide, constituyen la base del sistema jurídico del país. A este respecto, el Instituto manifestó que el continuo aumento en el volumen de los fallos de los tribunales que establecen nuevas reglas o precedentes y los numerosos casos en que dichos fallos se contradicen, de tal modo acrecientan la incertidumbre en cuanto al derecho y a su falta de claridad, que ello conducirá al abandono forzado de nuestro sistema de *common law*, a menos que llegue a encontrarse un nuevo factor que promueva mayor certidumbre y claridad. El Instituto agregaba que "La formulación cuidadosa de nuestro *common law* por parte del foro según éste ha sido representado en el Instituto, es una tentativa para suministrar ese factor necesario"⁽⁴⁴⁾.

(40) Véase "Restatement of the Law of Conflicts of Law, Introduction.

(41) Las divisiones generales del *Uniform Commercial Code* (o *U.C.C.*, forma habitual de referirse a él) no es en Libros, como los Códigos de Comercio europeos e iberoamericanos, sino en Artículos, y la unidad más pequeña no es el artículo sino la sección, cuyo número es de 400, en vez del promedio de 1500 artículos de los Códigos de Comercio. Las materias que regula son como sigue: disposiciones generales, compraventas, títulos-valor, depósitos bancarios y cobros, cartas de crédito, transferencias a granel, certificados de almacenes de depósito, conocimientos de embarque y otros documentos que confieren título, y valores de inversión. Faltan, por tanto, materias como sociedades mercantiles, quiebras, derecho marítimo y otras. Más que "Código Uniforme de Comercio", la designación correcta, al menos para un abogado de la tradición romanista, sería "Ley Uniforme sobre Ciertas Materias Mercantiles".

(42) Con excepción de Luisiana, todos los demás Estados lo han adoptado. La razón de no aceptarse en Luisiana es de que muchas de sus disposiciones son incompatibles con las del Código Civil. Sin embargo, desde hace muchos años Luisiana adoptó el *trust* con su dicotomía de "propiedad de equidad" y de "derecho estricto" que es todavía más incompatible con el régimen de derechos reales y de crédito consagrado en dicho Código.

(43) A pesar de su sencillez aparente, esta expresión no es fácil de traducir. Un *statement* es una afirmación o declaración, de manera que *restatement* debería ser una reafirmación o declaración reiterada; sin embargo, una traducción literal no es suficiente porque la idea de los *Restatements* del derecho presupone una labor previa de análisis críticos para adoptar las soluciones jurídicas de aceptación más general, según aparecen de los fallos de los tribunales. "Reformulación" es una traducción que se ha ofrecido, pero tampoco es satisfactoria. Se trata de una de esas expresiones que es preferible utilizar en el original, como tantas otras, pero tratando de limitarlas a su mínimo.

(44) *Restatement* citado en la nota 40.

Asimismo declaró el Instituto que, en síntesis, el objeto y la naturaleza de los *Restatements* consistían en la presentación ordenada del *common law* general de los Estados Unidos, incluyendo en esa expresión no sólo el derecho elaborado a través de las decisiones judiciales sino también el creado por los tribunales en la aplicación del derecho legislado⁽⁴⁵⁾.

Entre otros, se han preparado *Restatements* sobre las siguientes materias: contratos, fideicomisos (*trusts*), mandato y representación, derecho internacional privado, responsabilidad extracontractual por actos ilícitos o de imprudencia (*torts*), enriquecimiento ilegítimo, derecho de garantía y sentencias judiciales.

6. *Significación verdadera del derecho legislado.* La creciente importancia del derecho legislado y de otras manifestaciones tendientes a una mayor sistematización del *common law* pueden crear la impresión de que una codificación integral de ese sistema representaría la última fase de su evolución y, con ella, su extinción como derecho judicial (*judge made law*)⁽⁴⁶⁾. Semejante posibilidad, sin embargo, es más que remota, pero aún si llegara a ocurrir, el derecho angloamericano seguiría siendo sustancialmente distinto de los derivados de la tradición romanista.

Nadie mejor que un jurista del propio sistema podría hacerle debida justicia. Roscoe Pound observaba que aún cuando es verdad que una de las características más notables del derecho norteamericano contemporáneo es el desarrollo excesivo de la legislación, también lo es la indiferencia, si es que no el desprecio, con que se le consideraba por jueces y abogados; los autores de libros de texto, que escrupulosamente coleccionan las sentencias más viejas y empolvadas sin omitir una sola, rara vez mencionan una ley, a menos que se trate de alguna de esas leyes fundamentales que se ha convertido en parte integrante del *common law*; y los tribunales se inclinan a pasar por alto leyes de importancia con el pretexto de que son simplemente “declarativas” y en su lugar citan precedentes judiciales⁽⁴⁷⁾.

7. *El common law como derecho de “caos” y la enseñanza del derecho en Estados Unidos.* La estructura del *common law*, cuya parte medular está formado por la jurisprudencia de los tribunales, dió lugar a una técnica docente especial que se conoce como “sistema de los ‘casos’ ” o “casuista”, o “método socrático”, basado en

(45) *Id.*

(46) Por ejemplo, se ha afirmado: “Mi creencia es que el mundo del futuro estará regido en extensión creciente por códigos que se aplicarán conforme a los principios racionalistas, y que nuestros descendientes algún día dirigirán una mirada retrospectiva al *common law* como a una brillante improvisación que sirvió a su época y a su generación y que más tarde recibió un nicho de honor en el templo de las soluciones sociales”. Véase COOPER, Mackey Thomas: “*The Common Law and the Civil Law: A Scot’s View*”, *Harvard Law Review*, t. 63, no. 3, 1950.

(47) Véase POUND: “*Common Law and Legislation*”, *Harvard Law Review*, t. XXI, no. 6, 1908.

libros de texto en que principalmente se compilan sentencias de tribunales de apelación⁽⁴⁸⁾.

El iniciador de esa técnica docente, el Profesor Langdell de la Universidad de Harvard, explicó las razones del cambio radical que proponía⁽⁴⁹⁾. En la primera edición de su libro de “casos” intitulado “Selección de Casos sobre el Derecho de Contratos”, publicado en 1871, indicaba en el prólogo que el derecho, considerado como ciencia, consistía en ciertos principios o doctrinas; que la adquisición de la maestría necesaria para aplicar dichos principios a la madeja confusa de las relaciones humanas con destreza profesional y certidumbre, era lo que caracterizaba a un verdadero abogado, de ahí que el adquirir esa maestría debiera ser la preocupación de todo estudioso serio del derecho. Agregaba Langdell que esos principios o doctrinas habían llegado a su etapa actual después de un lento proceso evolutivo que, en muchas ocasiones, se proyectaba en el curso de siglos, y concluía: “Esa evolución debe investigarse a través de una serie de ‘casos’ y el sistema más directo y breve, si es que no el mejor, para lograr el dominio de la doctrina, es el estudio de los ‘casos’ en que está incorporada⁽⁵⁰⁾.”

8. *Mentalidad jurídica sui generis*. Haciendo un contraste entre los sistemas de tradición romanista y los del *common law*, así como entre los abogados y juristas formados en uno y otro sistemas, el jurista escocés Cooper formuló las observaciones siguientes: el sistema romanista difiere del *common law* tanto como el racionalismo difiere del empirismo o la deducción de la inducción; el abogado romanista razona con naturalidad de principios a casos concretos, el abogado del *common law* de casos concretos a principios; aquél deposita su fe en silogismos, éste lo hace en precedentes; el abogado romanista preguntándose en silencio cada vez que surge un problema: ¿qué debemos hacer en esta situación?, el abogado del *common law* preguntando en voz alta: ¿qué fue lo que hicimos la última vez? Aquél piensa en derechos y obligaciones, éste en remedios jurídicos; al abogado romanista le preocupa la finalidad de la regla jurídica y su exposición razonada, al abogado del *common*

(48) En una evolución posterior, los libros de texto contienen no sólo *cases* sino *cases and materials*, reconociéndose así que los fallos judiciales, por sí mismos, no son suficientes para presentar un cuadro completo del derecho. Existen muchos desacuerdos en cuanto al mejor método docente, lo que es fácil de imaginar en un país que tiene unas 200 Facultades de Derecho y unos 4000 profesores. Véase el “*Directory of Law Teachers*” publicado cada año, o al menos cada dos años, por la Asociación de Facultades de Derecho Americanas (*Association of American Law Schools*), impreso y distribuido por West Publishing Co. and Foundation Press, Inc.

(49) Con anterioridad, el derecho se había enseñado con base en Los “Comentarios” de Blackstone, pero luego surgieron libros de texto más modernos y el sistema de conferencias. Se ha afirmado que el método de los “caos” antecedió a LANGDELL, usado por la Facultad de Derecho de Albany, Nueva York, que lo había abandonado. Véase BISHOP, J.P.: “*Common Law and Codification*”. Sin embargo, no se discute el mérito de LANGDELL como promotor primordial del método socrático. El título original de su libro era: “*Selection of Cases on the Law of Contracts*”, 1871.

(50) *Id.*, Preface.

law su pedigree; el instinto de aquél es sistematizar, el lema de acción del abogado del *common law* es *solvitur ambulando*⁽⁵¹⁾.

Más concretamente, y puesto que el sistema jurídico de Escocia, aunque perteneciente a los llamados sistemas "mixtos"⁽⁵²⁾ carece de Código Civil, el enfoque normal del abogado de formación romanista será recurrir a ese Código o a la ley aplicable como al marco legal dentro del cual deberá buscar una solución al problema de que se trate; en caso de lagunas en uno u otra, tendrá que investigar, en los términos del artículo 19 de nuestro Código Civil, los principios generales del derecho, principios que, por la dificultad en su identificación, hacen que en la práctica se invoquen de preferencia la jurisprudencia o la doctrina.

Hay quienes censuran lo que consideran una inclinación por parte de los comparatistas a acentuar y aún exagerar las diferencias entre los sistemas jurídicos, en lugar de buscar semejanzas⁽⁵³⁾. Esta última actitud, sin embargo, puede presentar más riesgos por llevar a falsas analogías y a las erróneas inferencias que de ahí resultan. Un ejemplo es la pretendida "aproximación" mencionada al principio entre los sistemas de tradición romanista y los del *common law* que se quiere apoyar en el considerable aumento del derecho legislado en éstos y en la autoridad alcanzada por los precedentes judiciales en aquéllos. Un exámen más detenido, empero, revelará que los abogados del *common law* no se sienten mayormente impresionados por la legislación y que un enfoque arraigado desde el comienzo de sus estudios jurídicos les hace dar primacía a los "casos", situación que es la opuesta para el abogado de formación romanista. La "aproximación" indicada, debe concluirse, es más aparente que real⁽⁵⁴⁾.

(51) *Ob. cit.* en la nota 46. Sin embargo, es de advertirse que el abogado del *common law*, al resolver jurídicamente el problema planteado, también tiene que recurrir a la operación lógica del silogismo. Lo que ocurre es que para él la premisa mayor está formada por un precedente judicial o una "línea" (serie) de casos; la premisa menor y la conclusión, esencialmente, son las mismas para el abogado del *common law* y el de tradición romanista.

(52) En los sistemas "mixtos", por lo general, coexisten el *common law* y un sistema de tradición romanista que le precedió: Luisiana, Puerto Rico, las Filipinas, que tienen Código Civil, aunque la jurisprudencia se vea influida por el *common law*. Otros sistemas "mixtos" como Sudáfrica (derecho romano-holandés y *common law*) y Escocia carecen de dicho Código.

(53) Véase BAYITCH, Stoyan A.: Recensión, *Inter American Law Review*, no. 8, p. 337.

(54) La poca importancia que se da al derecho legislado en los tribunales podrá apreciarse con lo que ocurrió a la ley de títulos de crédito (*negotiable instruments*). Según lo explicó un autor, las disposiciones de esa ley se habían inspirado en el *common law* elaborado por los tribunales ingleses durante el período de 1600 a 1882, año en que se expidió la ley sobre letras de cambio. La expedición de la nueva ley no podía desarraigar de la noche a la mañana los hábitos formados en el curso de una generación, con el resultado de que la ley fue considerada tan sólo como una ordenación o sistematización del *common law*; por tanto, poca atención se concedía a sus disposiciones, la búsqueda de los precedentes judiciales para fundar los litigios continuó como antes, y los alegatos siguieron preparándose con apoyo en el *common law*, de manera que los preceptos de la ley jamás se invocaban por los abogados, mientras que los jueces continuaron dictando sus fallos como si la ley no hubiera existido. Véase BRITTON, William Everett: *Handbook of the Law of Bills and Notes*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1943.

La sistematización del derecho, ciertamente de menor influencia que el derecho legislado, tampoco afectará al futuro del *common law* en forma decisiva. En cuanto a los *Restatements*, el Instituto de Derecho Americano ha declarado: "No se pretende que el *Restatement* se adopte como código por las legislaturas... La finalidad de los *Restatements*... no es la codificación, ni siquiera un paso hacia la codificación. Lo que pretenden es preservar el sistema del *common law* que consiste en la elaboración del derecho a través de la decisión judicial de los casos". Véase *the Restatements in the Courts*".

Agregaremos, para concluir, que la mentalidad jurídica *sui generis* del abogado del *common law*, consecuencia directa y principal de la técnica docente basada en el método socrático, se refuerza por la ausencia en los programas de estudio en las Facultades de Derecho de materias como el Derecho Romano, la Historia del Derecho, la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho⁽⁵⁵⁾.

En consideración a lo expuesto en las páginas anteriores, estimamos justificadas las siguientes.

CONCLUSIONES

1a. Una de las características distintivas principales que separa a los sistemas jurídicos de tradición romanista y a los derivados del *common law* reside en la codificación del derecho privado, particularmente la adopción de Códigos Civiles;

2a. Las corrientes codificadoras del *common law* han producido tan sólo un Código Civil, el de Field, pero su inspiración, estructura, y numerosas disposiciones, provienen de la tradición romanista;

3a. La creciente importancia del derecho legislado y la sistematización en el *common law* carecen de la trascendencia que se les ha atribuido y son más aparentes que reales;

4a. Esencialmente, la parte medular del *common law* continúa siendo la jurisprudencia de los tribunales;

(55) Sólo unas cuantas Facultades en Estados Unidos imparten esas materias, por lo común con el carácter de optativas. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos el curso denominado *Jurisprudence* viene más o menos a representar la idea de la Filosofía del Derecho, dominada por el Empirismo, pero que no pasa en realidad de ser una Teoría General del Derecho, basada en gran medida, como cualquiera otra materia, en la discusión y análisis de los "casos"; sin embargo, si se examinan temas axiológicos, como el concepto de justicia, el ingrediente filosófico sí está presente. De todas maneras, el enfoque se limita al *common law*, con una visión fragmentaria, sin aspirar a conceptos universales, ni siquiera generales.

Hace muchos años un jurista austriaco, para atenuar esas deficiencias en la formación jurídica, cuando menos en parte, sugirió la implantación de la cátedra de Introducción a la Ciencia del Derecho, lo que denominaba "Propedéutica", pero su recomendación no suscitó mayor interés. Véase REDLICH, Joseph: "*The Common Law and the Case Method in American University Law Schools*", Carnegie Foundation, Nueva York, t. 8, 1914; véase del autor: "Codificación y Supervivencia del *Common Law*", Boletín del Instituto de Derecho Comparado, UNAM, año V, no. 15, 1952.

5a. La enseñanza jurídica impartida en los países del *common law*, basada en el sistema casuista, crea una mentalidad jurídica *sui generis* que, en el fondo, es hostil, o por lo menos indiferente, a la sistematización del derecho que caracteriza a la tradición romanista; y

6a. La “aproximación” que se dice existir entre los sistemas romanistas y el *common law* en años recientes, no pasa de ser una ilusión engañosa.

Profesor Emérito de Estudios
Jurídicos Iberoamericanos
Facultad de Derecho,
Universidad de Tulane.