

COMITÉ EDITOR:

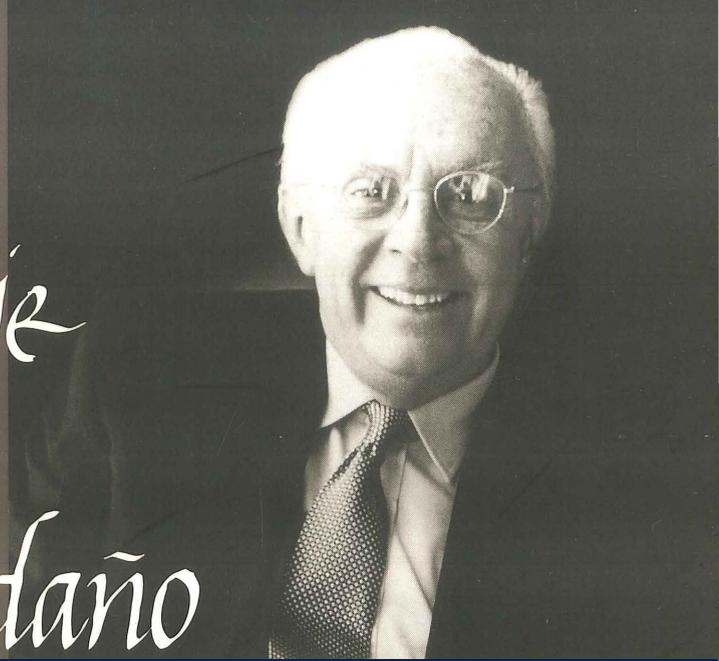
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 37



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

La codificación

Manuel de la Puente y Lavalle

HE TENIDO LA OPORTUNIDAD de apreciar las altas calidades del doctor Jorge Avendaño Valdez como codificador, al asistir a las sesiones de la Comisión que, bajo su presidencia, tuvo a su cargo la elaboración del Proyecto de reforma del Libro V del Código Civil de 1984. En homenaje al doctor Avendaño, he redactado este artículo sobre la codificación, cuya problemática constituye uno de los temas que más debates ha suscitado en la doctrina del Derecho Privado. El meollo del asunto consiste en establecer si es conveniente o no la codificación.

Pienso que para abordar este tema es preciso tomar posición respecto de si el Derecho es un arte o una ciencia. Nos dicen Colin y Capitant¹ que para resolver esta cuestión hay que recordar las diferencias existentes entre el arte y la ciencia. La ciencia es el conocimiento metódico de las leyes de la Naturaleza; cada ciencia en particular es el conocimiento de un grupo especial de estas leyes de aquellas que se refieren a un orden determinado de fenómenos. El arte, por el contrario, es un conjunto de procedimientos combinados para alcanzar un resultado bello o útil.

Esto sentado, el Derecho puede ser considerado a la vez como ciencia y como arte. Constituye una ciencia, rama de la ciencia general

¹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1952, Tomo I, p. 17.

denominada Sociología, en tanto que la observación de los hechos, gracias al concurso de sus ciencias auxiliares, la historia y la economía política, deduce el conocimiento de las necesidades sociales, y también en tanto que en el estudio y comparación de las legislaciones positivas busca la indicación de las aspiraciones de la conciencia jurídica universal y de los medios por los cuales esta se realiza. El Derecho es igualmente un arte entendido como política, ya procure la combinación técnica de los procedimientos jurídicos destinados a satisfacer estas necesidades o aspiraciones (arte o política legislativo), ya aplique los preceptos formulados por la legislación existente para resolver los problemas y las dificultades concretas de la vida jurídica (arte o política jurisprudencial).

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta o exterioriza el Derecho?

La forma de manifestación del Derecho obedece a tres sistemas. El primero es el de las costumbres jurídicas, que son elaboradas con la dirección de una casta o de la clase privilegiada de un pueblo determinado. En segundo término se encuentra el sistema de la recopilación. Este consiste en una serie de leyes dictadas en épocas distintas y recogidas atendiendo bien sea a un orden cronológico, o bien a un orden deficientemente sistemático y sin responder a una unidad orgánica. Por último, el sistema de la codificación se manifiesta a través de un cuerpo de leyes referentes a una rama especial y que representa un todo armónico y sistemático. Según Puig Peña,² «esta manifestación tripartita de las normas de manifestación del Derecho sigue un orden escalonado en cuanto al desarrollo histórico y puede considerarse como una ley natural de la evolución».

Dejemos de lado, para los efectos de esta exposición, el sistema consuetudinario, que rigió en todos los pueblos desde los albores de la historia, para avanzar un poco más y ubicarnos en el preámbulo inmediato de la codificación, que es el sistema de la recopilación.

Creo que para conocer este sistema debemos remontarnos, como un punto prudente de partida, al Derecho Romano. Existen en este Derecho unas legislaciones antiguas, que se concretaron en los llamados Códigos Gregoriano, Hormogeniano y Teodosiano, que eran, en realidad, recopilaciones de leyes, reglamentos y principios de Derecho, dispuesto el material legislativo y doctrinal en forma cronológica y con alguna ordenación por materias.

² PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil español*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, tomo I, vol. I, p. 96.

El primer esfuerzo técnico en materia de codificación lo ha constituido el *corpus juris civilis* de Justiniano. Conviene detenernos un momento dada la importancia de esta obra.

Justiniano fue un emperador del Imperio romano de Oriente que, después de haber reunido bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas, decidió reunir también la legislación romana y, según sus propias palabras,

[...] como reparásemos que todo el sendero de leyes, que desciende desde la fundación de la urbe de Roma y desde los tiempos de Rómulo, es de tal modo confuso que se extiende indefinidamente y no es comprensible por humana capacidad, fue nuestro primer cuidado comenzar por los antepasados sacratísimos príncipes, y enmendar y transmitir a una vía luminosa sus constituciones, para que, reunidas en un Código y purgadas de toda superflua repetición y de toda iniquísima discordancia, ofrezcan a todos los hombres pronta defensa de su sinceridad.

A fin de llevar a cabo tan ímproba tarea, Justiniano encomendó al gran jurista Triboniano que organizara un equipo de investigadores, posteriormente llamados «los compiladores», para que, con gran libertad y utilizando su propio criterio, «reunieran y enmendaran todo el Derecho Romano y a presentar recopilados en un Código los dispersos volúmenes de tantos autores (cosa que nadie se habría atrevido ni a esperar ni a desear)».

En un tiempo relativamente breve, del año 528 al año 533, los compiladores llevaron a cabo la gigantesca tarea de formar el *corpus juris civilis*, que consta de cuatro partes:

- Las Instituciones, que constituyen un tratado elemental de Derecho, pero son un Código a la vez, compuesto por Triboniano y dos profesores de Derecho, Doroteo y Teofilo;
- El Digesto o Pandectas, que es la parte más valiosa y extensa, contiene extractos de 39 juristas romanos, entre quienes se encuentran Ulpiano, Paulo, Papiniano, Pomponio, Gayo y Modestino. El Digesto fue compuesto por Triboniano y por una comisión (de 4 profesores, 11 abogados y 1 funcionario) que él mismo eligió por encargo del Emperador;
- El Código, que contiene constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano; y
- Las Novelas, que son leyes especiales, dictadas por JUSTINIANO después de la terminación de su propio Código.

Según Ennecerus,³ el *corpus juris civilis* no es en modo alguno una refundición unitaria del Derecho al modo de los Códigos modernos, sino que, en sus partes capitales, el Digesto y el Código, constituye una mera recopilación de extractos totalmente literales de los escritos de los juristas clásicos y, respectivamente, de las constituciones de los emperadores, con muchas alteraciones (interpolaciones) hechas en parte, como consecuencia del progreso experimentado en ese momento por el Derecho, y, en parte, para evitar contradicciones dentro de la codificación.

El *corpus juris civilis*, pese a estar orientado hacia la codificación y de constituir un importante paso hacia ella, se limitó a ser una recopilación, muy bien lograda por cierto, pero le faltó la unicidad metódica que caracteriza la codificación. Después del *corpus juris civilis*, sigue, históricamente, también en el camino hacia la codificación, el Derecho Canónico, que es el creado en la Edad Media por los órganos de la Iglesia, especialmente el derecho de *corpus juris canonici*, que comprende las cuatro colecciones siguientes:

- El *Decretum Gratiani* compuesto por el monje Graciano, que, en un inicio, enseñó derecho canónico en Bolonia;
- Las Decretales de Gregorio IX, que son una colección de las Decretales dictadas después del Decreto de Graciano, fueron remitidas a la Universidad de Bolonia;
- El Libro Sexto de Bonifacio VIII, que fue publicado mediante remisión a las Universidades de Bolonia y París; y
- Las llamadas Clementinas, que son una colección ordenada por Clemente V y que publicó su sucesor Juan XXII enviándola a las Universidades de Bolonia y París.

El *corpus juris canonici*, a semejanza del *corpus juris civilis* no es tampoco un Código propiamente dicho, sino una colección de reglas que se apoyan en el Derecho Romano, al cual modifica, y su recepción en los tribunales seculares ocurrió fácilmente y sin reparos, en parte, porque el Derecho canónico, en concepto más moderno, se ajustaba a las necesidades del tráfico mejor que el romano, y en parte, porque su enseñanza se difundió antes en las Universidades, especialmente en la de Bolonia.

³ ENNECERUS, Ludwig y Theodor KIPP, *Tratado de Derecho civil*, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953, tomo I, Parte General, p. 14.

Se ha visto anteriormente que en la labor histórica del Derecho comparado hay tres sistemas que, cronológicamente, son el de las costumbres, el de la recopilación y el de la codificación, que se suceden históricamente como una ley natural de la evolución. Con el *corpus juris civilis* y el *corpus juris canonici* se fue cumpliendo el sistema de las recopilaciones, que preparó el camino hacia el tercer sistema, que es el de la codificación propiamente dicha.

Conviene, antes de adentrarnos en este tercer sistema, conocer cuál es el verdadero significado de la codificación. Nos dice Castro y Bravo⁴ que, a diferencia de las recopilaciones que son colecciones a las cuales les falta unidad,

[...] la codificación, en cambio, supone una visión total del mundo, la conciencia de una serie de principios rectores, que dan unidad orgánica al ordenamiento de la sociedad. En el curso de la Historia, los legisladores se han lanzado a esta ambiciosa tarea solo en momentos excepcionales; el siglo XIX ofrece el fenómeno de que la gran crisis de pensamiento de la época se manifiesta en una serie de movimientos codificadores, que generalizan y hasta vulgarizan la forma codificada.

¿Por qué se llega en diversos países a plasmar este anhelo de la codificación?

Hacer un buen Código, organizador del general convivir, de acuerdo con el sentimiento e ideal nacional, es, según el mismo autor, tarea nada fácil, pero una vez realizada será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario, como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados.

Sea cualquiera la tendencia a que sirva, supone una condensación de ideas que, con ello solo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de la labor difícil de rehacer; para la Nación que lo realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional y el herramental más seguro para la unidad jurídica, y con ello, para la unión política y social de su pueblo; externamente, manifiesta el poder creador de los hombres de un país y una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural.

⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1955, p. 194.

A la luz de estas ideas el primer movimiento codificador, en el verdadero sentido de la palabra, lo inicia la emperatriz Maria Teresa de Austria en 1752 al crear una comisión compiladora a fin de dar a todos los países que formaban el Imperio austriaco una ley uniforme en materia de Derecho Civil. Esta comisión culminó sus labores con la elaboración del *Codex Theresianun*, el cual fue presentado a la Emperatriz, quien no lo sancionó por consejo de Kaunitz. La comisión fue reimpulsada por el emperador José II y continuada por su sucesor el emperador Leopoldo II. El proyecto definitivo se aprobó el 1 de julio de 1811 como Código vigente en todo los territorios del Imperio, menos en los de la corona de Hungría. Este Código Civil austriaco que, como dice Von Tuhr, vino a separar Austria de la comunidad del Derecho que hasta entonces la unía a Alemania, fue formado bajo la influencia del Derecho Natural.

Aunque la codificación austriaca ocupe el primer lugar por figurar en el tiempo en una situación cronológica de gestación legislativa anterior al Código Civil francés, fue este, sin embargo, el que debe ser estudiado en primera línea por su relevancia e interés y por ser el punto de partida del movimiento moderno de la codificación.

Es de todos conocido, por la gran difusión que se le ha dado, el proceso francés de codificación, lo que hace innecesaria una descripción minuciosa de este proceso.

Destaquemos solamente que dicho Código se debe, en realidad, a Napoleón, no solo por su energía y decisión al quebrantar la resistencia política del Tribunado en contra de su aprobación, sino, especialmente, por haber sabido elegir para su redacción a las personas más adecuadas. La Comisión redactora del texto definitivo se componía de Portalis, el filósofo del grupo, autor del famoso *Discurso preliminar*; Tronchet, jurisconsulto práctico, lleno de experiencia, del que dijo Napoleón que era el alma de las discusiones del Consejo de Estado; Bigot du Preameneu, que como Tronchet, defendió el Derecho consuetudinario francés. Actuaba de secretario Maleville, imbuído, como Portalis, en las ideas del Derecho romano. Intervinieron también en las discusiones Cambaceres, en este tiempo segundo cónsul, el consejero de Estado Trailhard y, sobre todo, el mismo Napoleón. La Comisión se reunía en la casa del presidente Tronchet.

El Código Civil francés, posteriormente denominado Código Napoleón, tuvo la gran suerte, según Planiol, de ser hecho en un momento preciso, ni antes ni después. No antes, porque entonces hubiera padecido los embates del rudo ambiente revolucionario, resintiénd-

dose entonces de los arrebatos de la pasión política; no después, porque entonces hubiera cedido a las severidades del régimen militar y al espíritu de reacción, que poco a poco y al amparo del nuevo orden napoleónico se iba desarrollando cada vez más.

Napoleón Bonaparte se identificó de tal manera con el Código Civil que más tarde, cuando fue Emperador, lo impuso en los territorios que iba conquistando Francia. Sin embargo, hay ante todo un hecho singular y muy característico, y es que en aquellos países en que fue impuesto por las armas de Napoleón después de quedar liberados alguno de ellos, lo aceptaron íntegramente: tal es el caso de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, lo que constituye un fenómeno singular en la historia.

Cuentan que después de haber sido destronado dijo Napoleón, desde su prisión en Santa Elena: «Mi verdadera gloria no está en haber ganado 40 batallas; Waterloo hará olvidar mis victorias. Pero lo que no se olvidará, lo que vivirá para siempre, es mi Código Civil». Y la realidad es que 190 años más tarde el Código Napoleón, si bien con bastantes modificaciones, continúa vigente.

La preparación de los redactores del Código, la sabia proporción en que se encontraban representadas las distintas tendencias científicas en la Comisión redactora, unido a su sentido práctico, a su visión realista del momento y de las necesidades de su tiempo es tan notable, que ha permitido, pese a sus defectos de origen, que se mantenga todavía su obra, en sus líneas esenciales, a través de todos los cambios políticos de Francia, y ha hecho que sea aceptado o sirva de modelo o inspiración a los Códigos de numerosos países de Europa y América

En Alemania, la situación fue diferente. Como consecuencia de la recepción del Derecho Romano consumada en 1550, dice Von Tuhr, dominaba en Alemania un estado de derecho que era una mezcla confusa de elementos romanos y germánicos. Con las primeras tendencias de unidad política surge en Alemania la aspiración de un Derecho Civil único, que dio lugar a una célebre polémica entre Thibaut y Savigny.

En junio de 1814, cuando todavía no hacía tres meses de la entrada de los aliados en París, escribía Anton Friedrich Thibaut, profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg, el prólogo de su folleto «Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania».

Relata Stern⁵ que, aceptando la idea de que Alemania no realizaría su plena unidad política ni siquiera después de haber conquistado

⁵ STERN, Jacques. *La codificación*. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1970, p. XXIII.

su liberación, las ideas de THIBAUT eran que en ninguna parte de Alemania se cumplieran los dos requisitos de perfección formal y material que exigen a toda legislación: todo su Derecho autóctono era un amontonamiento informe de preceptos abigarrados y contradictorios que se anulan unos a otros, que parecen destinados a separar a los alemanes entre sí y a hacer imposible que jueces y abogados conozcan a fondo el Derecho. Un Código nacional permitiría, en el aspecto científico, una visión de conjunto de todo el Derecho y, en la enseñanza académica, haría posible la exposición del Derecho práctico, pero también cimentaría la felicidad de los ciudadanos, para cuyas relaciones constituye una plaga la colisión de las leyes locales, debido a lo cual era necesaria la unidad de las leyes civiles. «Yo opino, dice Thibaut, que nuestro Civil necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares».

La obra de Thibaut no logró su propósito, ni podía lograrlo, habida cuenta del estado de las relaciones jurídicas (científicas y prácticas) y de los asuntos políticos de una Alemania debilitada por la guerra y desgarrada por tensiones internas. Pero lo que logró Thibaut, como nadie antes que él, fue despertar el interés general por la cuestión de un Código alemán común, cuya significación nacional y práctica percibió y subrayó correctamente, y exponer ordenadamente todos los argumentos alegados en favor de la unidad del Derecho Civil. Hasta entonces, no se había llevado a cabo una ordenación tan completa de los mismos. Es esta la que, en lo esencial, se ha utilizado sin variación alguna en la historia de la codificación.

Estimulado por la obra de Thibaut, Friedrich Karl von Savigny expuso por primera vez las ideas que forman la teoría de la escuela histórica, en una obra circunstancial titulada *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*.

Dice Stern que antes de entrar más detenidamente en el contenido de la obra de Savigny, piénsese en las palabras de Rudolf von Ihering, el más grande de sus discípulos y más tarde poderoso impugnador: «La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del Derecho, unida a un esquema de los momentos principales de la historia

de su desarrollo y contrapuesta, como concepción «histórica», a la concepción racionalista dominante hasta entonces».

El hilo de las ideas de Savigny se desarrolla en el sentido que la doble perspectiva histórica y sistemática, indispensable para un jurista, es rara en el siglo XVIII y no existe en forma de libro una buena exposición del Sistema de Derecho romano-alemán; la literatura jurídica alemana no ha mantenido el ritmo de la formación literaria general. A esta época, que en realidad deja entrever huellas de un espíritu vivo en la ciencia del Derecho, hay que negarle, a partir de entonces, capacidad para la creación de un buen código. Tanto más cuanto le falta dominio de la materia, así como también del lenguaje propio de la ley.

Savigny resume su posición frente a los partidarios de un código, diciendo:

En el fin, estamos de acuerdo: queremos una base de un Derecho seguro, seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la nación y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para este fin, ellos piden un código, el cual solo traería la deseada unidad para la mitad de Alemania, y la otra mitad quedaría, en cambio, aún más separada que antes. Yo considero que el medio más apropiado está en una ciencia del Derecho orgánica progresiva, que puede ser común a toda la nación.

También estamos de acuerdo en cuanto a la manera de enjuiciar la situación actual, porque ambos reconocemos que es defectuosa. Pero ellos ven la causa del mal en las fuentes del Derecho y creen que su remedio está en un código, y yo encuentro la causa de este mal más bien en nosotros mismos y precisamente por esto creo que no estamos llamados a hacer un Código.

Ante la sorpresa de muchos, el planteamiento de Thibaut, si bien retrasado por algún tiempo debido a las objeciones de Savigny, acabó por triunfar, dada la gran necesidad de una unificación jurídica alemana. La primera Comisión para la confección de un Código Civil que abarcara todo el Imperio alemán se constituyó en 1874, la cual preparó el primer Proyecto de Código Civil, que fue publicado en 1888. En 1895, se publicó un segundo Proyecto, debido singularmente a las magníficas aportaciones de Winscheid y Goldschmid, que fue sometido al Parlamento y aprobado por fin en junio de 1886, entrando a regir el 1.º de enero de 1900. Este Código es conocido como el B.G.B.

Parecería que ante la presencia de estos dos colosos, el Código francés y el Código alemán, no cabía la elaboración de un gran tercer Código. Sin embargo, la idea de codificar el Derecho Privado entre las naciones aliadas en la primera guerra mundial, comenzando por el Derecho de las Obligaciones, surgió de una conferencia dictada en 1918 en la Universidad de la Sorbona por el jurista italiano Vittorio Scialoja. El acto de la Sorbona fue presidido por el jurista francés Larnaude, decano de la Facultad de Derecho de París, quien acogió con entusiasmo la idea expuesta por Scialoja. El acuerdo entre los dos juristas facilitó la creación de una Comisión mixta franco-italiana, integrada por dos comités: el de Francia, presidido por Larnaude y en el que figuraban hombres de prestigio mundial en la ciencia jurídica, tales como Lyon-Caen, Capitant, Colin, Demogue, Geny, Josserand, Ripert, Pillet y otros; y el de Italia, presidido por Scialoja e integrado por hombres no menos prestigiosos como Anziolotti, Ascoli, Chironi, Diena, Polacco y Vivante. Diez años duró el trabajo de la Comisión mixta y su resultado fue la redacción de un verdadero Código de las obligaciones, destinado a reemplazar las disposiciones que consagran a esa materia los Códigos civiles de Italia y Francia.

Pese a las grandes virtudes del Proyecto preparado, no logró plasmarse legislativamente debido a la incomprensión y a las polémicas políticas de las delegaciones nacionales. Francia se encontraba en la vigilia de la experiencia del frente popular, mientras que Italia se preparaba a entrar en la órbita de la influencia alemana.

En efecto, con el advenimiento del régimen fascista, se sintió en Italia la necesidad de sustituir el Código Civil de 1865, impulsada, además, por el deseo de volcar, al mismo tiempo, sobre la nueva ley las ideas que constituían la base del pensamiento político de Mussolini.

Esto determinó que, al fracasar el Proyecto de Código común de las obligaciones, los italianos reanudaran los trabajos de reforma del Código Civil de 1865 iniciados en 1923, que se iban realizando con parsimoniosa y concienzuda lentitud. Merced al trabajo de los más ilustres juristas, reunidos en un equipo de trabajo dirigido primero por Scialoja y después por D'amelio, y a los aportes hechos por los organismos más capacitados en el área del Derecho, se empezaron a publicar por partes, a partir de 1938, los distintos libros, para facilitar el estudio de la nueva obra por las comisiones. Esta dispersión quedó cerrada el 16 de marzo de 1942, en que se publicó el Código Civil italiano como texto definitivo y de conjunto.

No es este el lugar apropiado para hacer una crítica sobre los méritos y deméritos de los Códigos civiles de Francia, Alemania e Italia. Sin embargo, el desarrollo que se acaba de hacer sirve para poner de manifiesto que Europa continental se ha orientado decididamente por el camino de la codificación con excelentes resultados plasmados principalmente por sus tres mejores Códigos: el francés, el alemán y el italiano. Sin embargo, no han dejado de formularse críticas adversas a esta orientación.

En términos parecidos a la polémica entre Thibaut y Savigny, nos relata Puig Brutau⁶ que se produjo otra en Estados Unidos a finales del siglo XIX entre los abogados norteamericanos David Field y James Carter. El primero era favorable a la codificación basada en las consideraciones siguientes: la codificación logrará que incluso los profanos puedan conocer el Derecho; con ella, el ordenamiento jurídico se convertirá en un conjunto sistemático y proporcionará una base más firme para la predicción del resultado de un litigio; es preferible tener un código imperfecto que no tenerlo, pues ninguna nación que ha llegado a codificar ha vuelto al sistema anterior; y un código puede ser rectificado y mejorado a medida que se conozcan sus imperfecciones.

James Carter, a quien se ha calificado de nieto intelectual de Savigny, por haber sido discípulo de Cushing, discípulo a su vez de Savigny, escribió en 1884 un opúsculo llamado *El proyecto de codificación de nuestro common law*, en el que se pronuncia en contra de la posición de Field, con los siguientes argumentos: aunque se promulgue un código, los jueces no dejarán de crear Derecho ante la necesidad de dictar soluciones justas para situaciones nuevas o imprevistas; un código no sería más accesible a los profanos que el Derecho resultante de los casos; si los preceptos del código fuesen muy generales, no permitirían conocer el resultado de un litigio con la seguridad que se pretende, y si, por el contrario, su redacción fuese muy concreta, daría resultados injustos ante situaciones nuevas; un Código impediría el desarrollo del Derecho y sus efectos solo podrían corregirse cuando ya hubiese producido resultados inconvenientes.

Roscoe Pound dice que Carter tenía razón en la medida en que el Derecho norteamericano del siglo XIX carecía de la madurez necesaria para ser codificado, del mismo modo que pudo tener razón Savigny al estimar lo mismo en relación con la Alemania de su tiempo. Pero

⁶ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona: Casa Editorial S.A., 1980, p. 77.

ninguno de los dos estaba en lo cierto al entender que la legislación no es el medio más adecuado para crear Derecho, aunque tampoco cabe desconocer lo difícil que resulta conseguir que los órganos políticos presten atención a las necesidades del Derecho privado.

Al lado del sistema continental europeo del *civil law*, el mundo anglosajón se ha caracterizado por la ausencia de Código —aunque no de leyes—, siquiera su Derecho Civil viene representado fundamentalmente por la *common law*, que es Derecho en principio consuetudinario, basado en el precedente jurisprudencial, complementado por la *equity* y el *statute law* (leyes especiales), gozando ambos de primacía jerárquica sobre el *common law*.

No obstante, el progresivo desarrollo del *statute law*, que responde a las exigencias de la sociedad industrial y, sobre todo, de la idea social en el Derecho privado moderno, amplía cada vez más el campo del Derecho Civil legislado en estas naciones, con lo que se busca una aproximación con los países occidentales, lo que se manifiesta en los Estados Unidos a través de la reciente codificación de su Derecho mercantil —Código Lewellyn o *Uniform commercial Code*—, que, redactado con carácter general, debía ser aceptado voluntariamente por cada Estado, que efectivamente lo han admitido en su totalidad, con la única excepción de Louisiana. Empero, casi todo el Derecho civil es competencia de cada Estado, que, sin perjuicio de peculiaridades, coincide fundamentalmente en todos ellos: así, en la teoría general de las obligaciones, contratos, propiedad, familia y sucesiones.

A su vez, en el Derecho continental europeo, se ha producido también una aproximación al sistema anglosajón que se manifiesta en el reconocimiento de una mayor libertad al Juez en la aplicación de la norma legislativa, la sustitución de la escuela de la Exégesis por la escuela de la libre investigación jurídica y la moderna defensa de las metamorfosis económicas y sociales del Derecho Civil de hoy.

En el Perú, el primer intento de codificación estuvo a cargo de don Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, quien, por encargo de la Corte Suprema de Justicia, elaboró el Proyecto de Código Civil presentado entre 1834 y 1836. Paralelamente, el General Andrés Santa Cruz, Protector del Estado Sud-Peruano, promulgó el 22 de junio de 1836 el Código Civil del Estado Sud-Peruano. Desde el Código Civil de Santa Cruz de 1836, existe una continuada tradición codificadora, pasando por el Código Civil de 1852, que es el fruto de cuatro Comisiones que presentaron sus respectivos Proyectos en 1825, 1834, 1845 y 1951, y el Código Civil de 1936, elaborado por una Comisión

Reformadora y una Comisión Revisora, hasta el Código Civil de 1984, hemos estado regidos por sucesivos Códigos civiles, cuyas fuentes, según Jorge Basadre, han sido el Derecho español y el canónico como fuerzas tradicionalistas y el Derecho francés como fuerza innovadora y como fuente de inspiración para la técnica externa.

Puig Peña analiza los principales argumentos en contra de la codificación, y formula los correspondientes comentarios.

La paralización del desarrollo jurídico ha sido el punto más movido del debate. La fijación del Derecho en un cuerpo articulado de leyes, dicen los opositores a la codificación, tenía forzosamente que cortar la evolución jurídica, impidiendo el desarrollo del progreso y obstaculizando su devenir. Casi se ciegan las fuentes, sobre todo, la costumbre y la misma doctrina se transforman de constructivas en simplemente interpretativa. Pero los tiempos se encargaron de desmentir este punto de vista. En efecto, si es cierto que en un principio se produce, al promulgarse un Código, una crisis del impulso creador, conforme se va dando en el tiempo las cosas varían profundamente. Aquella temida paralización del desarrollo es solo provisional y sumamente transitoria: con la misma evolución social, surgen otra vez los estudios doctrinarios, las construcciones jurídicas de los Tribunales y aun ciertas costumbres que dan vida distinta a una legislación.

El segundo argumento de los impugnadores es la provocación de la omnipotencia del legislador. Tampoco este argumento resiste una crítica serena, pues ello hubiera sido cierto si con los Códigos el legislador hubiera vuelto las espaldas a la realidad social y hubiera impuesto sus mandatos desconociendo el fondo jurídico del pueblo, alejando, por tanto, a este de su intervención en el progreso y evolución de su mundo jurídico. Pero la realidad es que el codificador siempre ha partido, quiérase o no, de la conciencia jurídica popular y ha recogido en sus instituciones aquellas líneas fundamentales propias de la estructura jurídica de la conciencia colectiva. Los casos aislados que se han dado en la historia de la codificación, de la incorporación total de cuerpos legislativos extraños, han fracasado generalmente.

Finalmente, el tercer argumento es la antinomia que por lo general se produce, una vez dictado el Código, entre la ley promulgada y el derecho vivido. Algo de ello se produce ciertamente con la codificación, pero no con esos caracteres tan rigoristas señalados. En primer lugar, los codificadores se preocupan, al promulgar las leyes, de que las fórmulas que dictan tengan la flexibilidad suficiente para poder

amparar relaciones jurídicas nuevas que el poder creador de la mente humana pueda concebir. Pero aun en el último extremo y ante fórmulas estrictas de concepción rigurosa, siempre cabe la posibilidad de una interpretación extensiva o analógica en su caso.

El mismo autor nos proporciona los siguientes argumentos a favor de la codificación.

a) Favorece la unidad política

El efecto unificador del Código es producto del simplismo de las leyes codificadas, que produce involuntariamente una expansión de su derecho que se manifiesta por vía indirecta en el acercamiento entre los connacionales.

b) Provoca la renovación de los cimientos jurídicos

El codificar significa aprovechar una coyuntura histórica para examinar la vieja disciplina de las instituciones jurídicas para encajarla con un nuevo sentido, arte y orientación, deducido de las enseñanzas de la práctica, los aportes de la doctrina y los ejemplos de la legislación comparada.

c) Contribuye a la estabilidad del Derecho

Las leyes sueltas, aun si se quiere las compiladas, se prestan más a su posible sustitución por el legislador. En cambio, un Código es más difícil de destruir al sustituirlo por otro. La obra legislativa de la codificación es lenta, difícil, requiere una previa labor de comisiones, estudios, petición de informes, crítica, etc., todo lo cual contribuye a la dificultad de sustitución.

d) Facilita el conocimiento y aplicación de las normas

Una justicia buena y eficaz requiere que existan pocas leyes, que estas sean claras y concisas, y que estén a la mano del juzgador. No puede en esta cuestión establecerse siquiera comparación con los regímenes legislativos anteriores a la fase codificadora.

e) Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el Derecho a la vida

Por debajo de las normas legislativas concretas, corren los principios generales informadores del sistema que viene a actuar como una infraestructura de todo el organismo. Establecidos clara y concretamente estos principios generales se pueden desarticular alguna pieza sustituyéndola por otra cuando al rozar aquella con la vida ha demostrado su ineficacia. Muchos, en efecto, han sido los Códigos que han sufrido modificación en sus preceptos y la obra legislativa en general no se ha resentido, porque los nuevos pre-

ceptos han respondido a los principios generales que gobiernan el sistema.

El balance entre las ventajas y los inconvenientes de la codificación es favorable a esta.

Es verdad, y hay que convenir en ello, que la codificación representa una concepción estática de lo dinámico. El Derecho no es —o no es solo— la norma codificada, sino su vivencia por la sociedad y, por tanto, el Derecho real y vivo es dinámico como la propia sociedad. Ahora bien, la codificación de las instituciones civiles representa un momento preciso y determinado en la vida de las mismas —precisamente aquel en que el legislador sanciona la vigencia del Código—. De esto derivan las consecuencias que pueden ser negativas; de una parte, la codificación paraliza en algún modo la evolución y la vida real de las instituciones jurídicas y; por otra parte, origina una dualidad entre el Código Civil, de un lado, y la realidad jurídica de otro.

Sin embargo, pese a esta incuestionable desventaja, la codificación, aunque no debe entenderse que con ella se llega a un resultado perfecto y definitivo, permite comprobar con más facilidad cuál es el derecho vigente; ofrece más claridad y concisión en las reglas y proporciona mayor seguridad jurídica. Un hecho significativo es que ningún país que ha entrado en la órbita de la codificación sale después de ella, lo que pone de manifiesto que la codificación se adecua al sentir de los pueblos. Por lo demás, la codificación ha representado y representa hoy la nacionalización del Derecho Civil, y esto en un doble aspecto. Por un lado, hacia el interior de cada Estado, al unificar en línea máxima sus instituciones civiles, que se generaliza a todos los ciudadanos del Estado nacional y asegurando su igualdad ante la ley. Por otro lado, hacia el exterior, respondiendo a la exigencia de la soberanía nacional, concretada al respecto en el poder legislativo del Estado.

He tratado, con esta exposición, de dar una visión general del problema de la codificación por considerar que debemos estar conscientes de las ventajas y defectos del sistema que, por convicción y por tradición, hemos adoptado. Hemos visto que no es un sistema perfecto, pero es necesario reconocer que ninguno puede ufanarse de serlo.

Una de las maneras, la mejor quizá, de paliar los efectos negativos del estatismo (inmovilidad de lo estático) del Derecho que produce la codificación es actualizar periódicamente los códigos mediante el cambio de aquellas de sus normas que han devenido inadecuadas bien

sea por defectos intrínsecos o bien por la cambiante realidad de la vida, que siempre aventaja al Derecho.

Al respecto la Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, que autoriza al Gobierno español para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en dicha Ley, dispone, en su Base 27, que se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en periodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno las reformas que convengan introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países y utilizables en España y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, debe reconocerse que llegará el momento en que, por razón de la evolución de las ideas jurídicas y del avance inexorable de la ciencia, sea preciso cambiar radicalmente nuestro Código Civil. En esa eventualidad, deberá tomarse en consideración algo que se ha omitido en la larga secuencia de la codificación en el Perú, que es el valioso aporte de la jurisprudencia, sin el cual le faltará al nuevo Código el influjo de la vida real.