

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXVIII — JULIO - DICIEMBRE DE 1970 — N°s 153 - 154

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
JULIO SALAS VIVALDI
CARLOS PECCHI CROCE
PABLO SAAVEDRA BELMAR
RENATO GUZMAN SERANI



* * *

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

JOHN N. HAZARD

Universidad de Columbia. Nueva York.

MODERNIZACION Y CODIFICACION (*)

Los nuevos Estados de Asia y Africa están tratando de modernizar rápidamente sus estructuras legales y sociales, pero hay discusión acerca de cómo ello puede ser realizado. Algunos creen que los jueces deberían ser dejados a su propia imaginación para trazar un programa de modernización del Derecho, mientras otros confían en la codificación por una legislación central. El Derecho Civil ha llegado a ser el punto focal del conflicto de puntos de vista. A menudo dentro de un mismo Estado, los proyectos difieren tan ampliamente, que para lograr progreso se requiere del compromiso, y se adopta una posición intermedia. En este volumen de ensayos en honor del mundialmente renombrado civilista, Trajan Ionasco, resulta apropiado examinar la experiencia de diversos Estados y formular interrogantes acerca de las técnicas adecuadas para modernizar el Derecho Civil.

* * *

Indonesia presenta el conflicto en la forma más aguda (1). Con una herencia de Derecho Romano-Holandés, injertado sobre el Derecho *adat* —consuetudinario— por los amos coloniales holandeses, existe allí una tradición dividida. Indonesia siguió el Derecho *adat* hasta la liberación, que variaba de área en área dentro de las islas, mientras los europeos y los comerciantes chinos y árabes, que fueron asimilados a aquéllos, fueron colocados bajo las disposiciones de los Códigos Civil y Comercial, combinando los rasgos de los

(*) Artículo publicado en inglés en la "Revue Roumaine des Sciences Sociales". Série de Sciences Juridiques, Tomo 12, Nº 1 (Bucarest, 1968). Traducido al español, con autorización del Profesor Hazard, por **Mario Cerda Medina**, Profesor de Derecho Público y de Filosofía del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción. **Nota de la Redacción de la Revista.**

(1) Para una descripción del conflicto de ideas indonesio, ver **Daniel S. Lev**: "The Lady and the Banyan Tree: Civil-Law Change in Indonesia", en "The American Journal of Comparative Law", Volumen 14, página 282 (1965).

sistemas Romanista y Holandés. Los indonesios, después de la liberación, se empeñaron en unificar el sistema jurídico como parte de su esfuerzo para crear un Estado unificado, pero los chinos opusieron resistencia acerca de cómo ello debía hacerse. Se opusieron al abandono del Código Civil para adaptar el Derecho *adat* para todos. Preferían someter a los indonesios al Código Civil en vez de someter a los chinos al Derecho *adat* elaborado por el juez. En contraposición, los juristas indonesios tendieron a preferir el colocar a los chinos dentro del sistema *adat*.

No se adoptó una decisión rápidamente, sino que tal resolución llegó gradualmente. El Derecho sobre la tierra fue el primero en ser reformado en interés de la unidad, y la Ley Agraria de 1960 reemplazó a la mayor parte del Libro II del Código Civil, para establecer un conjunto de reglas unificadas para todos los grupos de la población, eliminando los privilegios para los europeos. Los autores del proyecto pretendieron haber codificado el Derecho *adat*, pero, en verdad, agregaron un nuevo elemento creando la potencialidad para el cambio. Proveyeron que si el interés nacional estaba comprometido, los derechos basados en el *adat* podían ser dejados de lado. Esto hizo posible la introducción de políticas de modernización, y parecieron dar al método de codificación prioridad sobre el método de creación judicial cuando fuere deseado un cambio rápido. La impresión no estaba destinada a durar, pues en 1961 el Presidente Soekarno dijo a sus abogados que él no pensaba que fuera posible hacer una revolución con ellos. En 1962, su Ministro de Justicia Sahardjo propuso que los Códigos Civil y Comercial fueran abolidos, para ser reemplazados por un programa de modernización a través de los tribunales.

La proposición fue resistida por muchos jueces y profesores de Derecho, porque pensaban que ello llevaría a una gran incertidumbre legal. Los jueces sentían que necesitaban un guía en materia de Derecho Civil. El Ministro dio una explicación y apareció que su proyecto era menos radical que lo que había aparecido a primera vista. Los jueces quedaron libres para mirar hacia el antiguo Código y para orientarse en busca de ideal, pero se esperaba que usaran su nueva libertad para poner de acuerdo sus disposiciones con las necesidades de la nueva Indonesia independiente. Esto significaba que no habría un retorno hacia el Derecho *adat* en su integridad, pues él habría sido ajustado a la ideología nacional, la *Pantjasila*, lo que significaba para los indonesios: "Crear en un Dios, nacionalismo, internacionalismo, justicia social y gobierno del pueblo". Se esperaba que los jueces irían paso a paso creando un Derecho Civil nuevo a través del proceso judicial, incorporando su concepción de la nueva vida.

* * *

El proyecto pareció muy semejante a la posición adoptada por V. I. Lenin en el primer decreto sobre los tribunales, de 24 de Noviembre de 1917 (2). El estableció para la nueva Rusia

(2) (1917-1918) I "Sob. Uzak". RSFSR, N° 4, item 50.

MODERNIZACION Y CODIFICACION

5

un método de modernización, que sería confiado principalmente a los jueces, especialmente en el campo del Derecho Civil. Su gobierno fue publicando decretos individuales para definir el delito, y estableciendo un Derecho para el matrimonio, el divorcio, el uso de la tierra y las relaciones de trabajo, pero la mayor parte del Derecho Civil fue dejado sin tocar por decreto. El objeto de las obligaciones quedó sometido bajo los términos del primer decreto a la conciencia revolucionaria y a la formación de conciencia revolucionaria de los jueces del nuevo pueblo para su desarrollo, utilizando hasta el punto que ellos consideraban deseable como guía al Código Civil Imperial Ruso. Sólo hasta la Ley de Tribunales del Pueblo, de 30 de Noviembre de 1918 (3), se hizo referencia al Código Imperial prohibido, dejando a los jueces facultades para ejercer su "concepto socialista de la justicia", sujeto a cualquier directiva que pudiera existir en la forma de decretos del nuevo gobierno.

El propósito de Lenin pudo haber sido algo parecido al del Ministro de Justicia de Indonesia, haciendo responsables a los jueces de la evolución del nuevo Derecho Civil socialista, pero un comentarista soviético contemporáneo recordaba, inmediatamente después del acontecimiento, que había también una razón inusual, entre las otras, que estaba influida por una doctrina enunciada por Marx y Engels, denominada "la declinación del Estado". Criticando el fracaso de las autoridades centrales para promulgar decretos protectores de la propiedad personal, ese comentarista notaba que la situación no era el resultado de un accidente sino de un propósito. Era el reflejo de una política definida para dar a la iniciativa local, en el campo legal, la oportunidad de autodesarrollarse a través del establecimiento de sus propias reglas (4). La expectativa pareció haber consistido en que, por la creación de un núcleo judicial en cada aldea comprometida en la evolución de los nuevos principios legales socialistas a través de las decisiones judiciales, las personas que se esperaba estuvieran en estrecha relación con el trabajo del tribunal popular vendrían a apremiar los fundamentos del nuevo orden social y, en consecuencia, se prepararían para asumir las responsabilidades de un autogobierno socialista. Los indonesios no expresaron tal propósito, pues su énfasis en ese entonces lo pusieron en la creación de la preparación del centro que tomara la iniciativa, relacionando las costumbres indonesias con la necesidad de establecer nuevas relaciones civiles.

La elaboración del Derecho por medio de las decisiones judiciales más que por la legislación, encaró a los indonesios con algunos de los mismos problemas que se les habían presentado a otros que habían utilizado el mismo método. El principal problema era el de la preservación de la unidad entre los tribunales, ampliamente dispersos. Lenin conoció este peligro y él mismo se lo expresó al Comisario de Justicia D. I. Kurskii, pidiéndole que estableciera alguna unidad. El confió en el principio de una forma modificada

(3) *Ibid.*, Nº 85, ítem 889.

(4) Véase, *Iak. Berman*: "K voprosu ob ugovnom kodekse sotsialisticheskogo gosudarstva", "Proletarskaia Revoliutsiia i Pravo", Nº 2-4 (12-14) página 49 (February-April, 1919).

de revisión judicial para establecer esa unidad y asegurar un firme ejercicio de la conciencia revolucionaria. Creó en cada *uezd* un "Congreso de Jueces del Pueblo", que no era una Corte profesional de apelación, sino una reunión periódica de todos los jueces del pueblo del *uezd*, para discutir problemas comunes y oír quejas contra el ejercicio de la discreción judicial con carencia de criterio legal.

El "Congreso" fue nuevamente instituido como un "Consejo de los Jueces del Pueblo", por la Ley de los Jueces del Pueblo de 1918. Llegó a ser una efectiva Corte de casación, en que los jueces sesionaban permanentemente y volvían a reexaminar todo caso en que la decisión pareciera errónea. El nuevo "Consejo" fue ulteriormente abolido por los Tribunales del Pueblo, por cuanto residía no en el *uezd* sino en la *gubernila*, y esto probablemente explica por qué no se les permitió reformar las mismas decisiones judiciales, mientras que sí le habría sido permitido hacerlo al "Congreso" del *uezd*.

Sólo en 1922 (5) fue realizada la plena codificación del Derecho Civil, y con algunas reservas. El Comisario Kurskii explicó a sus camaradas que la mayor responsabilidad para presentar una política de codificación, y abandonar el método de revolución en el Derecho a través de los tribunales, se basaba en la necesidad de fomentar las inversiones privadas, tanto por los capitalistas nacionales como del exterior (6). Dijo que el Primer Ministro de Gran Bretaña, Lloyd George, había expresado a los diplomáticos preparados para la Conferencia de Génova, que el capital extranjero no ayudaría a la reconstrucción mientras la nueva Rusia Soviética no estableciera un sistema conocido de normas legales. El Código Civil debería ser tal sistema.

Al año siguiente, N. V. Krylenko, reseñando para los estudiantes las razones del cambio de política, argumentó que el desarrollo hacia la codificación habría estado ocurriendo aun sin la Nueva Política Económica, y que no era la Nueva Política la que la había creado. Más bien, desde su punto de vista, la "Nueva Política Económica suministró solamente la atmósfera, facilitando en verdad y apresurando la realización de la fase insoslayable de nuestro trabajo judicial, pero nunca hizo más que esto. Ella nunca preordenó el contenido del trabajo" (7).

Cualquiera que fuese la razón para el cambio de la política favorecedora del Derecho de creación judicial hacia una codificación, desde 1922 los juristas de la Unión Soviética han preferido confiar en la legislatura para establecer el nuevo Derecho. Ningún otro Estado socialista, excepto la República Popular China, desde el abandono de la Codificación en 1957, ha siquiera cuestionado la conveniencia de revisar el Derecho Civil a través de la codificación para encarar las necesidades del socialismo.

Los esfuerzos de un joven docente soviético, en 1943, para reconsiderar las potencialidades del tribunal como fuente del Dere-

(5) 31 de Octubre de 1922, (1922) I "Sob. Uzak". RSFSR, N° 71, ítem 904.

(6) Véase, D. I. Kurskii: "Izbrannye Stat'i i Rechi" (Moskva, 1948), página 69.

(7) Véase, N. V. Krylenko: "Sudoustroistvo RSFSR (Lektsii jo teorii i istorii sudoustroistva)" (Moskva, 1923), páginas 159-160.

MODERNIZACION Y CODIFICACION

7

cho en suplementación de los Códigos, terminaron en un fracaso (8).

Un Congreso de Juristas llamado a discutir la materia, reafirmó el punto de vista de que bajo la Ley Judicial de 1938, entonces en vigencia, no existía tal Derecho en el Tribunal. La ley permitía solamente la interpretación del Derecho emitida por el pleno de la Corte Suprema de la Unión Soviética. Bajo el estatuto de la Corte Suprema de 1957 (9), su rol fue ampliado, atribuyéndole la iniciativa legislativa. Podría sugerir cambios en la legislación, pero no podría realizar el cambio por sí misma a través de sus decisiones en casos específicos. Esta posición parece firmemente fijada en la política de los Estados Socialistas, como se evidenció por medio de un estudio académico realizado por un erudito rumano, que encontró inconcebible que un tribunal pudiera tener funciones normativas (10).

* * *

A pesar de esta experiencia, que sugiere cuidado en la revisión del Derecho por decisión judicial, los indonesios procedieron a poner en ejecución el plan del Ministro de Justicia. El 5 de Septiembre de 1963, la Corte Suprema emitió una circular declarando que el Código Civil no seguiría más en vigencia, pero se permitía a los jueces utilizarlo como guía, con excepción de siete materias en que el Presidente de la Corte declaró que el Código no era válido. (11). Estas concernían a la capacidad de la mujer para realizar actos jurídicos sin permiso de su marido; a la legitimación de los hijos de madres indonesias y de padres holandeses; a la autorización notarial de las donaciones testamentarias; a la terminación de los arrendamientos; a la demanda para la ejecución de un contrato; a la asunción de riesgos por un comprador, y a la discriminación entre europeos y no europeos en relación con los contratos de trabajo. En la práctica, los antiguos jueces continuaron aplicando los artículos del viejo Código, pues no tenían ni el tiempo ni el deseo de desarrollar nuevas reglas, pero algunos jueces jóvenes se sintieron liberados de las antiguas tradiciones y a través de ellos pudiera operarse un cambio en algunas áreas del Derecho.

La principal razón para la abolición del Código Holandés en Indonesia parece ser, primordialmente, psicológica. Ella simboliza una ruptura con el pasado legal, el fin de las influencias coloniales. Esta razón reviste gran importancia y también se tuvo en consideración cuando Lenin abolió el Código Imperial Ruso, y el Partido Comunista Chino el Código Kuomintang de la República China.

(8) Los detalles de este incidente son expuestos enérgicamente por el autor en "The Soviet Court as a Source of Law", trabajo publicado en "Washington Law Review", volumen 24 (1949), página 80.

(9) Artículos 1 y 9 (d). 12 de Febrero de 1957 (1957) Ved Verkh. Sov. SSSR, N° 4 (871), ítem 85.

(10) Véase, Anita M. Naschitz: "Considérations sur les forces créatrices du droit dans la société socialiste. Aspects du mécanisme de la formation du droit dans la République Socialiste de Roumanie", "Revue Roumaine des Sciences Sociales. Série de Sciences Juridiques", Tomo 9, N° 2, páginas 235 y 250 (1965).

(11) El informe del Presidente se contiene en obra citada supra, nota 1 de la página 293, nota al pie N° 27.

Una ruptura con el odiado pasado colonial fue también la intención de los revolucionarios americanos de 1776. Para ellos la ruptura pareció requerir la substitución del Derecho Inglés por el Francés, pero la motivación fue idéntica: eliminación de todo recuerdo del pasado. Los revolucionarios americanos no tuvieron fortuna, por una curiosa razón. No pudieron encontrar lo que era el Derecho Francés, porque carecían de conocimientos del francés y no existían todavía traducciones. Pothier no fue vertido al inglés hasta 1800, mientras las fuentes del Derecho Inglés estaban convenientemente disponibles en el gran tratado de Blackstone, publicado en cuatro volúmenes, a partir de 1770.

También, como en Indonesia dos centurias después, los jueces de los nuevos Estados Americanos estaban familiarizados con la ley que habían estado aplicando y no encontraban deseable cambiar de ruta. El canciller James Kent, de la Corte Suprema de Nueva York, continuó citando las decisiones de los tribunales ingleses en sus opiniones, y esto tuvo gran influencia por doquiera, por cuanto era un juez distinguido, muy respetado en los nuevos Estados que se formaron de las antiguas colonias inglesas. Por esto, el deseo de muchos juristas en los inexpertos Estados Unidos de América de introducir un nuevo sistema de Derecho, no basado en el Derecho de Inglaterra, que odiaban como creación de sus amos coloniales, fue frustrado por la ausencia de material acerca del sistema francés y por la inercia de los jueces.

* * *

La conveniencia de desarrollar el Derecho a través de decisiones judiciales antes que por medio de los Códigos, ha sido argumentada firmemente por los eruditos del sistema adat en las universidades indonesias. Estas personas, apoyadas por el Ministro de Justicia y el Presidente de la Corte Suprema, han creído que durante un período transicional un método de desarrollo legal análogo al del sistema del Common-Law anglo-americano, era particularmente apropiado para las necesidades de la nueva Indonesia. Este crearía la situación flexible requerida durante un período de cambio social, y realzaría también el papel de los jueces. Los opositores a este punto de vista arguyen que él crea un sistema que funciona muy lentamente. Por eso prefieren la codificación, para extraer la acumulación de sabios conocimientos a través del mundo.

Sobre la base de esta argumentación, la sabiduría del mundo puede ser implantada rápidamente por el estudio del Derecho de otros Estados, seleccionando las características más modernas e introduciéndolas velozmente en la vida indonesia por medio de la codificación y de normas promulgadas, que serían tan detalladas y completas como fuera posible. Algunos argumentan que entregar el desarrollo del Derecho a los jueces no solamente hace el proceso lento, sino que crea diversidad en las reglas, especialmente cuando las distancias son grandes, como ocurre en Indonesia. En tales circunstancias un proceso de revisión no puede ser suficiente, pues llega muy tardíamente y puede inclusive nunca verificarse del todo.

MODERNIZACIÓN Y CODIFICACIÓN

9

Sólo el establecimiento de normas con anterioridad a las decisiones judiciales puede satisfacer la necesidad.

En oposición a los codificadores, que piensan posible tomar prestado del extranjero, copiando los códigos, que liberan a los jueces para que hagan lo que desean, los críticos muestran que la experiencia comprueba que se han cometido muchos errores.

Los turcos copiaron el Código Suizo y descubrieron que gran parte de él era inaplicable para el modelo cultural turco. Lo mismo podría decirse acerca de la recepción etíope de un Código Civil de tipo francés. A pesar de los esfuerzos del autor francés del proyecto para estudiar la sociedad etíope, el Código no ha sido aplicado en muchas regiones. Los propugnadores del Derecho de creación judicial sostienen que solamente el juez de cada localidad, enfrentándose con disputas concretas, puede modernizarlo inteligentemente, conformando las aspiraciones con la realidad. Los codificadores no pueden hacer esto, al menos en varias sociedades complejas.

* * *

A este argumento en contra de la codificación en sociedades complejas puede oponerse, como una refutación, la notable experiencia de las tres antiguas colonias de Francia —Mali, Guinea y Senegal—. Todas ellas, igual que Indonesia, tenían un sistema jurídico pluralista: un Código Civil y Comercial Francés que gobernaba la vida comercial de los extranjeros; un Derecho religioso islámico que gobernaba las relaciones domésticas de un alto porcentaje de la población de cada Estado, y una variedad de Derechos tribales que definían las relaciones de propiedad y de parentesco, de las que muchas de estas relaciones dependían.

La unificación del pueblo y del Derecho ha sido un propósito en esos tres Estados africanos, al igual que en Indonesia. Sin embargo, cada uno ha usado su propio método concordando solamente en una sola regla fundamental. En ninguno de ellos ha sido abolido el Código Civil Francés, mientras que los indonesios han abolido el Código Civil Holandés. El Código Civil Francés permanece en vigencia, por lo menos mientras sea necesario para preparar nuevas leyes para regular las transacciones regidas por el Código Civil. Cuando estas leyes han sido promulgadas, pasan a ser contenidas dentro de un nuevo Código Civil, pero mientras tanto los jueces no quedan sin la guía formal de la legislación, aunque ésta sea francesa.

* * *

Mali proporciona un ejemplo de especial interés, porque sus líderes han presionado más allá que cualquiera de sus vecinos para introducir lo que Modibo Keita llama un "sistema socialista" (12). El resultado es similar al de la N. E. P. de Lenin, pues la ley ha nacionalizado los mandos económicos superiores de la economía, pero no hasta el extremo de prohibir toda inversión privada o su

(12) Un análisis de la Legislación de Mali por el autor, publicado en la Revista "Yale Law Journal" correspondiente al Otoño de 1967.

utilización. Ha introducido una planificación económica nacional, creando un sistema independiente de circulación monetaria, estableciendo la banca estatal, con excepción de un solo Banco francés que permanece, nacionalizando la importación y exportación de materias primas, fijando los precios de mercaderías claves, y exigiendo la matrícula o licencia de todos los comerciantes.

Los derechos sobre el subsuelo han sido nacionalizados, pero la propiedad de la superficie de las tierras ha quedado en manos de los poseedores de títulos registrados. Las tierras tribales permanecen poseídas como anteriormente. Los propietarios con títulos registrados deben valorizar las tierras o perderlas. La granja colectiva de la aldea es estimulada aun hasta la ampliación de la extensión de los campos comunes tradicionalmente cultivados por la tribu, y Keita proyecta eventualmente poner toda la tierra dentro de ese campo común. Los artesanos están autorizados para trabajar independientemente, aunque son estimulados a formar cooperativas con el objeto de mejorar sus técnicas y obtener las ventajas de la adquisición y del mercado masivos.

A pesar de estos importantes cambios en el Derecho para impulsar una política de socialización de la economía, el Código Civil permanece siendo el Código Civil de la Francia, modificado sólo formalmente por la supresión de los capítulos del matrimonio y de la familia, para los cuales ha sido dictado un nuevo Código. El Derecho de las Obligaciones permanece intacto en el antiguo Código, lo mismo que el Derecho de las Personas y de la Sucesión. Solamente han sido tomadas medidas para proteger a los deudores de las astutas prácticas de los acreedores y han sido fijados los alquileres.

Los ciudadanos de Mali dicen que desean mantener la estabilidad de su Derecho, y demuestran su falta de temor frente a los antiguos Códigos coloniales como símbolos del pasado, mientras no los puedan reemplazar. Por esto, cuando han creado nuevos Códigos, como los de Procedimiento Criminal y Civil, han tomado precauciones en contra de la formación de lagunas en el Derecho. El Código de Procedimiento Civil, adoptado después de la independencia, concluye con una disposición en que se establece que "las materias no reguladas por el presente Código quedan gobernadas por los textos en vigencia, en tanto que sus disposiciones no sean contrarias a las de este Código". Disposiciones muy similares finalizan el Código de Procedimiento Criminal.

* * *

En Guinea, asimismo, el Código Civil Francés ha sido dejado en vigencia, excepto para algunas escasas disposiciones concernientes a la aplicación del Código a los extranjeros y a la ejecución de las sentencias extranjeras (13). El cambio mayor en el Derecho Civil, al igual que en Mali, ha sido la revisión del Derecho de Familia,

(13) Un análisis de la Legislación de Guinea por el autor, aparece publicado en "Columbia Journal of Transnational Law", volumen 5 (1966), página 231.

MODERNIZACION Y CODIFICACION

11

ciñéndose al propósito del Código, por medio de la eliminación de la posesión de la propiedad privada en los mandos superiores de la economía. Al mismo tiempo, la Corte Suprema ha ido introduciendo gradualmente lo que parece ser un Derecho de creación judicial de "principios generales", basado sobre el Código Civil, pero sin la cita de sus artículos. A través de esta técnica se ha realizado la apertura para una revisión judicial del Código.

Los líderes de Guinea están tratando de refrenar a los capitalistas, y no cambiar el Derecho en esta etapa. El énfasis recae sobre la concesión de licencias para los comerciantes y la dirección, a través del partido, de una competencia entre comerciantes. La empresa privada con alto nivel de beneficios para el desarrollo de los recursos es fomentada, pero regulada por un Código de inversiones. Todo esto crea lo que Sékou Touré denomina "la vía no capitalista", muy particular de Guinea.

* * *

Léopold Sédar Senghor en Senegal, con su concepto de "socialismo africano" ha tomado una posición similar sobre la codificación (14). El Código Civil Francés es preservado, mientras una comisión de codificación trabaja en nuevas formas, como ya ha sido realizado, por un Código de Obligaciones y un Proyecto de Código de Familia próximo a terminarse. Pero también ha habido codificaciones de los "principios generales" del Derecho, aplicados anteriormente por el Conseil d'Etat y aún aplicados por una Cámara especial de la Corte Suprema.

Frente a los argumentos de que en ese campo es deseable la flexibilidad, que aún en Francia es preservada por la aplicación de un Derecho no codificado, a través del Consejo de Estado, los juristas senegaleses replican que la incertidumbre no es deseable en Senegal, donde el pueblo tiene derecho a saber cuál es la norma que debe aplicarse.

Los senegaleses no quieren un sistema donde los ciudadanos tengan que contratar abogados para conocer sus derechos, y piensan que esto es especialmente necesario en un sistema de Derecho no escrito. En resumen, para los juristas senegaleses, la codificación es preferible frente al Derecho elaborado por decisiones judiciales, aun en aquellas esferas donde Francia, con una larga tradición codificadora, se ha contentado con desarrollar una rama del Derecho a través del Consejo de Estado.

* * *

El Derecho Consuetudinario ha sido tratado de modo diferente en estos tres países africanos. En Senegal todavía es aplicado por tribunales especiales, herederos de las Cortes de Paz en el pasado. El cambio operado respecto de ellos ha consistido en colocarlos dentro de un sistema unificado de tribunales del Estado, y some-

(14) Un análisis de la Legislación de Senegal por el autor, aparece publicado en "Columbia Law Review", volumen 65 (1965), página 778.

tiendo sus decisiones a la revisión de la Corte Suprema. En Guinea se ha tomado la otra posición extrema, pues el Derecho Consuetudinario ya no es aplicado en tribunales especiales. Estos fueron abolidos en 1960. Después de eso, la misma ley se hizo aplicable para todos, sin distinción de costumbres especiales, religión o regionalismos.

Mali ha creado también un sistema de Cortes unificadas, pero sin ningún tribunal especial para aplicar el Derecho Consuetudinario. Los tribunales generales, sin embargo, pueden aplicarlo cuando son requeridos para establecer un derecho legal, pero cuando lo hacen, se agregan al tribunal asesores no profesionales, con conocimiento del Derecho, para ayudar al juez de carrera. De este modo, el juez de carrera puede prescindir de la costumbre si ella no está de acuerdo con su comprensión de la nueva vida. La política de Senegal consiste en absorber, con el transcurso del tiempo, la justicia de las Cortes de Paz en los tribunales generales, de suerte que el futuro del Derecho Consuetudinario no aparece en mejor situación que lo que está ocurriendo en Guinea.

Las leyes claramente escritas son la preferencia de Mali, Guinea y Senegal, y ellos son los tres Estados africanos del Oeste que han expresado los más vigorosos deseos de crear una vía no capitalista de vida. Ninguno de ellos quiere dejar a la imaginación de los jueces, como Lenin quería y ahora desea hacer Indonesia, la elaboración de un sistema de Derecho apropiado para una nueva sociedad socialista y conservando los valores africanos.

* * *

La India ha encarado el mismo problema proyectando un adecuado nuevo Derecho (15). Su caso es excepcional, porque es la heredera del poder colonial británico del Common-Law Inglés, largamente asociado con el Derecho de creación judicial, pero la India ha heredado el Derecho Inglés en forma poco común. En vez de apoyar su Derecho sobre los precedentes judiciales, el Derecho Civil Indio ha sido promulgado en un Código Civil, preparado durante el período colonial por los británicos para facilitar la aplicación del Derecho Inglés a su colonia más importante. Si bien es llamado código, el Código Indio para materias civiles, y los que han sido promulgados para el procedimiento, no son ni en la inspiración ni en la aplicación romanistas sino el resultado de un deseo de utilidad en adaptar el Derecho Inglés a las condiciones índicas.

Los autores ingleses del proyecto deseaban simplificar, clarificar, refinar y remover los localismos y las anomalías históricas inglesas que no eran apropiadas para la India. La simplificación era para facilitar la administración del Derecho en un país que carecía de las grandes bibliotecas necesarias para un sistema de precedentes. Los Códigos eran ingleses en el origen, ya que nada pidieron en préstamo al Derecho Hindú, **Muslim** o consuetudinario, aun cuando miraban en ocasiones acomodar las reglas inglesas a esas influencias jurídicas.

(15) Los materiales sobre la Legislación de la India han sido tomados de un trabajo inédito de Mar Galanter titulado "Hindu Law and the Development of the Modern Indian Legal System".

En la aplicación del Código, los jueces indios crearon en la práctica y gradualmente lo que llegó a ser muy especial Common-Law Indio. Ello era inevitable, puesto que habían sido entrenados en Inglaterra —fueran ingleses o indios— y tendían a seguir la práctica inglesa de desarrollar el Derecho estatutario a través del Derecho de casos y a interpretarlo a la luz del Derecho de casos del pasado. Declaraban su intención de respetar la costumbre, si se hallaba en conflicto con el Derecho Inglés escrito, pero hacían dificultoso su reconocimiento. Las reglas decían que la costumbre no sería permitida prevalecer sobre el Código a menos que fuera probado, por prueba pericial, de ser inmemorial, o antigua, uniforme, invariable, continua, cierta, notoria, razonable —o no irrazonable—, pacífica, obligatoria y no inmoral, u opuesta a disposiciones expresas o de política pública. Esto era una petición de mayor claridad que la que podía encontrarse actualmente en la tradición hindú, de modo que mucho del Derecho Consuetudinario se perdió.

Cuando la India llegó a ser independiente, su Constitución de 1950 estableció un Estado laico, en la forma de una República federal, pero con un fuerte gobierno central. Los autores del proyecto rechazaron la proposición de seguir una línea que reconociera el Derecho Consuetudinario, y establecieron legislaturas en el centro y en todos los Estados. La Judicatura fue creada como unificada, cubriendo toda la India y sometida a una Corte Suprema que fue convertida en la Corte de apelación final de todos los casos. Una declaración de Derecho estableció la uniformidad para establecer la igualdad en el tratamiento de los ciudadanos y abolió las sanciones legales para el sistema de castas. La Constitución contenía también un conjunto de "principios directivos" de la política del Estado, destinados a la reconstrucción de la sociedad india y de su gobierno a través de un estado de bienestar. Entre ellos está el compromiso, que es el más importante para los problemas sentados por ese trabajo, de que el Estado "asegura a los ciudadanos un Código Civil uniforme a través de todo el territorio de la India" (16).

El Código Civil no ha sido promulgado todavía, pero la familia y la casta han sido sometidas a sistematización por medio de una serie de normas escritas, conocidas o colectivamente como el "Código Hindú". Este reemplaza enteramente a las fuentes religiosas y pone al Derecho Hindú bajo el control de la Legislatura, pues la Legislatura central puede ahora legislar sobre todos los hindúes en materias vitales de la casta y de la familia. El resultado no es, sin embargo, enteramente satisfactorio ya que pretende arreglar todas las disputas con precisión, mientras el método tradicional hindú había llegado a soluciones de compromiso imprecisas. En consecuencia, el Derecho en creación en la India no es tanto el reflejo de las aspiraciones de toda la sociedad, sino la creación de aquellos parlamentarios que tratan de conducir a la India en nuevas direcciones por medio de la Legislatura. Se ha creado así un vacío entre el Derecho oficial y el Derecho popular y local, como ha ocurrido en todos los Estados donde la modernización y la reor-

(16) Artículo 44.

ganización son presionadas a un paso más rápido que el que el pueblo en general está dispuesto a caminar.

Aun en el sistema del Common-Law anglo-americano, como está en vigencia en el Reino Unido, los Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelandia, la necesidad de clarificar el Derecho en una sociedad compleja ha conducido hacia mucha codificación. Por ejemplo, por muchos años la necesidad de certeza en el derecho de venta de bienes ha sido satisfecha en Inglaterra como en los Estados Unidos por el Derecho estatutario sobre ventas, de instrumentos negociables, conocimientos de embarques y recibos de depósitos. Estas codificaciones han sido esfuerzos para colocar en reglas escritas lo que ha sido el Derecho ya creado en formas no escritas por las decisiones judiciales. No han sido esfuerzos para crear un nuevo Derecho o para guiar a los tribunales en nuevas direcciones.

En la década pasada, una nueva y notable tentativa se ha desarrollado para la modernización del Derecho a fin de encarar las necesidades de los tiempos modernos y la técnica de los sistemas de máquinas grabadoras usada actualmente en los negocios. Ella ha tomado la forma de un Código Comercial Uniforme, que es algo más que un Código para comerciantes. Como ha sido tradición en el Common-Law inglés desde Lord Mansfield, es un Derecho para todos los ciudadanos. Ninguna venta, aun la de un vecino a otros de un juguete sobrante para niños, puede realizarse fuera de sus disposiciones. También concierne al derecho bancario, de la navegación y del almacenaje. La intención es doble: para crear un Derecho unificado para el uso de todos los Estados de la federación, pero también para modernizarlo. La cibernética requiere de un Derecho nuevo, y los proyectistas han intentado crearlo, pues los antiguos medios de control contable no pueden continuar en la época de la máquina de contabilidad, ni se requiere de la misma documentación.

El Código Comercial Uniforme no es el resultado del trabajo de unos pocos hombres imaginativos, sino de un gran número, organizados primero como una Comisión de Proyecto, y después como autores participantes ante las comisiones legislativas de cada uno de los Estados que trataron de determinar qué era lo más apropiado para las necesidades de los negocios. Algunos bancos, firmas de navegación y comerciantes temieron que esto convertiría en obsoletos sus vastos conocimientos que los tribunales aceptarían como apropiados, y que los substituiría por un nuevo Derecho que tomaría años en ser verificado por los tribunales. Por esta razón tuvieron que ser convencidos de que podían vivir con el Derecho modernizado. Nadie podría ser forzado por éste.

Los esfuerzos para educar a todos los afectados han sido exitosos, pues la mayoría de las legislaturas de los Estados han promulgado el Código. Esto proporciona un notable ejemplo de cómo el Common-Law anglo-americano puede ser modificado por la legislación y serlo de una nueva manera. Enseña, especialmente, que no constituye una clarificación de las reglas de las decisiones judiciales del pasado, puesto que ellas no han de ser usadas en su interpretación. Busca, como lo hacen los Códigos continentales,

de colocar la ley dentro del Código mismo. Naturalmente, tomará años determinar si los tribunales admitirán ser tan limitados.

Para un jurista entrenado en la tradición del Common-Law anglo-americano, resulta complicado meditar acerca de la posibilidad de que el método del Common-Law para desarrollar el Derecho lentamente, a través de las decisiones individuales de los jueces, quede fuera de lugar en la última parte del siglo veinte. No puede sino advertir que el movimiento está acelerando para poner mayor peso en la codificación como el medio más satisfactorio para la modernización, ya que el desarrollo judicial parece lento y crecientemente difícil de operar, aun con los métodos de recuperación de datos creados por las computadoras.

Todavía, la antigua tradición parece destruirse difícilmente. Los jueces del Common-Law y los abogados tienden a pensar en los términos aprendidos en la escuela del Derecho de sus predecesores y tienden a preferir el desarrollo en una marcha lo suficientemente lenta que permita una consideración cuidadora de sus consecuencias. Sólo si los procedimientos de codificación son introducidos de manera que todos los afectados tengan la oportunidad de ser oídos, de suerte que el impacto de cada frase pueda ser medido, los juristas del Common-Law aceptarán la técnica codificadora.

* * *

A causa de la tendencia mundial hacia la codificación, como el medio más conveniente para la modernización de un sistema legal, merece para los comparatistas estudiarse la experiencia de Indonesia; pero ella puede ser un modelo de aplicación limitada. Esto se debe a que relativamente hay pocos Estados en los que la técnica para crear el Derecho no escrito a través de decisiones judiciales pueda ser entendida. Podría preguntarse si los juristas de cualquier Estado con tradición romanista pueden concebir la modernización a través de los tribunales. Indonesia constituye un caso especial, porque sus juristas tenían vasta experiencia, durante el período de la ocupación colonial holandesa, con técnicas romanistas, pero también poseían experiencia con el desarrollo del Derecho *adat* a través de los tribunales.

El sistema del Common-Law anglo-americano también ha experimentado esta básica experiencia. China tuvo una experiencia con la codificación romanista, pero fue muy corta, datante solamente desde el Derecho Civil de 1930. La gran tradición milenaria de China fue la mediación en las disputas civiles, fuera de los tribunales, por la aplicación de las costumbres de la comunidad, englobadas por la ética de Confucio. Para China, Indonesia y los Estados Anglo-americanos del Common-Law, la necesidad de la codificación no se ha sentido todavía fuertemente. La codificación, como una técnica, es impuesta en términos de conveniencia, no como un enfoque con respecto del cual no cabe alternativa.

* * *

El más grande ejemplo de elaboración del Derecho a través de la decisión judicial, en un Estado donde la tradición romanista

existía profundamente, fue el de la Rusia de Lenin. El estaba preparado para experimentar con el juez elaborador del Derecho y para rechazar la codificación hasta 1922. Aún entonces, la influencia de la Nueva Política Económica pareció haber sido decisiva para retornar hacia la técnica del Código. El extranjero que está familiarizado con el Derecho de creación judicial no puede evitar las interrogantes del por qué la codificación fue adoptada otra vez en la Nueva Rusia de 1922.

¿Fue acaso porque la elaboración del nuevo Derecho a través de la decisión judicial había fallado para modernizar la sociedad lo suficientemente rápido? ¿Fue porque un retorno hacia una nueva forma de capitalismo llevaba consigo la necesidad de codificar en las mentes familiarizadas con los códigos romanistas de las sociedades europeas capitalistas? ¿Fue porque los conductores de la nueva Rusia habían pensado en la codificación como un valor transicional solamente, mientras ellos formulaban las políticas definitivas sobre la base de sus propios pensamientos o sobre la base de alguna sabiduría popular que brotara de los cientos de miles de casos emanados de los Tribunales del Pueblo?

¿Fue porque la esperanza de que el pueblo se preparara rápidamente a sí mismo para una sociedad en la que él mismo dirigiera un sistema de autogobierno se había marchitado, y nadie esperaba que el Estado se fuera aniquilando rápidamente? ¿Fue porque la jefatura temió que los jueces pudieran haber sido corrompidos por la Nueva Política Económica y no pudieran continuar vinculados en la modernización del Derecho en el interés de las masas?

Las respuestas a esas preguntas pueden ser dadas únicamente por los juristas socialistas, que conocieron más la materia que lo que está impreso en las publicaciones legales de los primeros años, o por quien conoció las discusiones que ocurrieron en los Estados socialistas de postguerra para determinar los métodos a seguir para modernizar su sistema legal.

Quizás la consideración del dilema de Indonesia estimulará el pensamiento sobre el tema a los juristas de tradición romanista, que parecen haber dado al mismo poca atención en razón de que la idea del juez elaborador del Derecho les parezca enteramente absurda.

En cuanto a los juristas de los Estados donde la modernización a través del proceso judicial es una realidad, la respuesta que a estas preguntas se otorgue, será esperada con docto interés.