

Ensayo sobre la codificación del Derecho civil en Turquía ⁽¹⁾

III

Con gran claridad dice Ruggiero que el fenómeno de la codificación, de la reducción a unidad orgánica de todas las normas vigentes, en un determinado momento histórico de un pueblo, mediante la publicación de cuerpos de derecho o códigos que recojan, modificando o innovando profundamente todo el Derecho de un Estado o ramas del mismo, se repite tan frecuentemente en la historia de la cultura humana, que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica (2).

Así sucedió en la Edad Antigua, cuando, después de las grandes perturbaciones sociales en Grecia y Roma, la legislación solónica y decenviral dieron al pueblo un cuerpo de leyes nuevas, y cuando, al final del ciclo evolutivo de Roma, Justiniano realizaba su famosa compilación. En la Edad Moderna, la necesidad de recoger los elementos dispersos de una farragosa legislación medieval y de unificar el Derecho regional escrito o consuetudinario, anterior a la formación de las modernas nacionalidades, determinó el acusado movimiento codificador, que se inició en Francia (1804), y continuando en Italia (1865), España (1889), Cantones occidentales y meridionales suizos (Vaud, 1819, a Neuchâtel, 1854-1855), y América del Sur (1845 a 1766),

(1) Véase el número 91 de esta Revista.

(2) Roberto Ruggiero: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de Serrano y Santa Cruz. Reus, 1929. I, pág. 101.

vuelve a surgir, lleno de vida propia en Alemania (1814 a 1896), Suiza (1907), el Japón (1) y China (2).

Varios sistemas puede seguir el legislador en su labor codificadora: desde la formación de un código puramente científico, como defendía la escuela filosófica o del Derecho natural, hasta la creación de un código que sea el producto de la vida social, y no una idea abstracta, que pueda circunscribirse y fijarse en fórmulas rígidas, pasando por varios sistemas intermedios o armónicos, bien mediante la adopción de realidades legislativas admitidas en otros países, como ideal de relativa justicia, o bien amalgamando las enseñanzas de la técnica, con las instituciones tradicionales del pueblo.

Este último sistema fué el escogido por los redactores de los Códigos francés y alemán, si bien en el primero se aprecia un marcado carácter práctico, mientras que en el segundo es notoria la influencia del elemento técnico y doctrinario (3).

Respecto de Turquía, ciertos autores propusieron la adopción íntegra de las instituciones jurídicas occidentales (4), desechando cuanto significare aportación de los elementos jurídicos otomanos. Contra esta tendencia, patrocinada con miras políticas por casi todas las potencias europeas, se revelaron escritores árabes tan caracterizados como Abi-Chahla, quien, a este propósito, recuerda «que cada sociedad tiene sus tradiciones, su historia y sus costumbres», agregando después que «estos elementos forman el alma colectiva que engendra el nacimiento de ciertas nociones de derecho y de justicia, que se denominan normas sociales. Estas normas presiden la elaboración del derecho positivo y la organización política del país. Los vínculos estrechos que existen

(1) Sobre los trabajos preparatorios del conjunto de leyes distintas que constituyen el Código civil japonés, véase *Il nuovo Codice civile giapponese quale materiale per lo studio del Diritto comparato*, en *Rivista di Diritto Civile*, año 1910, págs. 338 y siguientes, donde el profesor de Tokio, Hozumi, estudia profundamente la evolución codificadora del Derecho japonés.

(2) El Código civil chino de 23 de mayo de 1929 puede verse en *The Civil Code of the Republic of China*. Libro I. Trad. Ching Hing Hsia y Et Chow. 1929.

(3) Crome: *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français. Livre du centenaire*, II, pág. 587.

(4) Van den Berg: *Principes de Droit Musulman*, pág. 231.

entre el sistema jurídico-político, de una parte, y las tradiciones por la otra, constituyen la única garantía del orden y del progreso. Cada sociedad elabora independientemente estos sistemas jurídicos según las normas que respeta y venera... «La evolución actual tiende a aproximar a todos los pueblos sobre el mismo nivel. Pero esta solidaridad no debe llegar hasta la identidad, hasta la asimilación integral. Esto sería una locura nefasta» (1).

En definitiva, pues, siguen estos autores las enseñanzas de la escuela histórica, capitaneada por Savigny, desde su famoso artículo, oponiéndose a las doctrinas de Hibaüt, sobre codificación del derecho alemán, principalmente porque en las actuales civilizaciones aun no se había llegado a la madurez jurídica necesaria para realizar una útil labor sintética y constructiva del derecho creado mediante la evolución social (2).

Ambas tendencias lucharon denodadamente durante los años de la codificación del derecho civil turco, y cuando parecía seguro el triunfo de la escuela histórica, después de los trabajos de la primera subcomisión codificadora nombrada en 1924, que siguió fielmente las orientaciones de la ley sobre unificación de jurisdicciones de 25 de Octubre de 1917 (3), el Gobierno se decide francamente por el sistema codificador armónico, mediante la adopción de las realidades legislativas admitidas en los países occidentales de mayor *envergadura jurídica*. Para explicar este carácter de la codificación civil turca, dice el Ministro de Justicia Mahmoud Essad, en la exposición de motivos del Código, «que no hay diferencias esenciales entre las necesidades de las naciones que pertenecen a la familia de los pueblos civilizados en los tiempos actuales. Las constantes relaciones económicas y sociales, han hecho de la humanidad civilizada un verdadero bloque familiar. La alegación, según la cual la aplicación del Código turco, inspirado en principios prestados del extranjero, será inconciliable con las exigencias de Turquía, no merece ser tomada en consideración. Por otra parte, Suiza se compone de elementos franceses, alemanes e

(1) Obra citada, pág. 203.

(2) Véase Stern: *Thibaut und Savigny*. Berlín, 1914.

(3) Esta importante ley turca tiene por objeto principal secularizar la jurisdicción judicial, extendiéndose también a completar ciertos preceptos del *Medjellet* sobre el matrimonio y la familia.

italianos, con su historia y tradiciones diferentes. Una ley que puede ser aplicada con éxito en un medio que encierra tan heterogéneos elementos de cultura diferente, podrá ser aplicada ciertamente con éxito en Turquía, donde la población homogénea representa un 80 por 100.»

«Por otra parte, se rechaza la idea sobre inaplicación en Turquía de un Código perfecto, vigente en otra nación civilizada, porque esta tesis viene a afirmar que la civilización no es accesible al pueblo turco; pretensión categóricamente desmentida por los acontecimientos de la historia contemporánea. Toda la historia del renacimiento turco está para atestiguar que la nación no es refractaria a toda innovación sana de progreso sensible, respondiendo a las necesidades del siglo.»

«Está fuera de toda duda—prosigue la exposición de motivos—que las disposiciones del *Medjellet* no son compatibles con la civilización contemporánea; pero no es menos cierto que la vida del pueblo turco no ha sido modelada por el *Medjellet* y otras obras doctrinales de la misma naturaleza. El ministro de Justicia estima que el Código civil suizo favorecerá el impulso de la nación turca, hasta el presente ahogada por preceptos caducos, y que, además, le abrirá un extenso campo de evolución y de progreso. El Código civil no encierra ninguna disposición que repugne a los sentimientos nacionales. Conviene revelar aquí que la nación turca tomó la resolución de adoptar la civilización contemporánea y de crear la suya, por lo cual se ve obligada a conformarse, a cualquier precio, con las necesidades de esta civilización.»

Pretende el legislador turco comparar su sistema de codificación con el seguido en Alemania, Francia y Suiza.

Al efecto, dice que antes del Código vigente, Alemania estaba sometida al Derecho romano, sobre cuyos preceptos se habían amasado una multitud de textos legales en los países centrales. En el Este y Norte, al lado del Derecho romano se formó el Derecho prusiano, lleno de textos y costumbres particulares. En otras partes de Alemania, el Derecho francés estaba en vigor. Así, pues, el 33 por 100 de la población alemana estaba sometida al Derecho romano, el 43 por 100 al Derecho prusiano, el 7 por 100 al sajón y el 17 por 100 al francés. En Baviera sólo se conocían 70 u 80 formas de matrimonio. Antes del Código civil alemán los

ciudadanos no sabían jamás qué ley debía aplicarse al caso del litigio. Los jurisconsultos alemanes hicieron un solo Código para toda la nación, librando al país de esta variedad infinita de leyes y viejos textos. El Código civil alemán fué promulgado en 3 de Julio de 1896. Los partidarios del Derecho consuetudinario pretendieron que el nuevo Código, por ser demasiado abstracto, carecía de valor práctico, mas la realidad demostró su error.

«El Código francés es también el producto de una revolución: también suprimió las viejas costumbres y edificó un Derecho sobre bases nuevas. Entre las grandes reformas que contiene, merece citarse en primer lugar la supresión de los privilegios de castas y la jurisdicción de la Iglesia en los derechos de familia.»

Antes de la elaboración del Código civil, Francia estaba regida por costumbres escritas, que difieren considerablemente de una a otra región. En el Sur aun se conservaban en vigor los preceptos de la legislación romana, mientras que en el Norte el Derecho procedía de fuentes germanas. *«Por el Código civil la Revolución francesa barre todos los vestigios del pasado medieval y los sustituye con disposiciones de ley claras y sensatas.»*

Antes de la adopción del Código civil suizo, había tantas leyes como cantones. El nuevo Código suprime de un golpe todos los derechos consuetudinarios de los cantones y los reemplaza por una ley uniforme *«totalmente diferente de las precedentes»*.

«Estos tres movimientos consumaron la derrota de la Escuela histórica, que pretendía encadenar la vida de los pueblos a las tradiciones inertes.»

Cita el Ministro de Justicia turco estos ejemplos para recordar cómo las naciones, bajo el peso de *necesidades nuevas*, han demolido sus viejas costumbres, y para demostrar que con esta transformación brusca no sobrevino ningún daño vital a los pueblos, antes al contrario, se produjeron grandes beneficios.

Para apreciar la exactitud de las afirmaciones de Mahmoud Esad, sería preciso estudiar detalladamente la economía de los tres Códigos civiles expresados, labor que nos alejaría del objeto concreto de este breve ensayo, mas sin llegar a emprender tamaña empresa, creemos que puede demostrarse la equivocación del Ministro de Justicia turco, recordando brevemente cuáles fueron los elemen-

tos informadores de los tres jalones que señalan el camino de la codificación civil contemporánea.

Si bien es cierto que del Código alemán se ha llegado a decir, con frase exagerada, en sentir de Ruggiero, que se había limitado a formular en artículos las Pandectas de Windscheid, no debe olvidarse que, aunque así fuese, su labor se habría reducido a *expresar técnicamente* las disposiciones del Derecho romano, tan profundamente compenetrado con las costumbres alemanas, puesto que, según reconoce la misma exposición de motivos del Código turco, regía las relaciones jurídicas de un porcentaje, que se elevaba al 33 por 100 de la población del Imperio. Además, tén-gase en cuenta que el excesivo doctrinarismo dogmático de los grandes pandectistas alemanes, cristalizado en los dos primeros proyectos (1874 y 1888), fué abandonado en el proyecto elaborado por la Comisión presidida por Oehlschläger y luego por Kuntzel (1890), y que, aparte de los elementos romanos, se aprecian en el Código alemán numerosas influencias germanas y francesas (1), o sea de los diversos derechos vigentes en el Imperio al iniciarse su unificación mediante la codificación.

Que el Código civil francés no «*barre todos los vestigios del pasado medieval*», nos lo dicen sus primeros detractores, al apellidarle «*Digesto de la legislación atrasada*» (2), y nos lo dicen comentaristas tan destacados como Colin y Capitant, al afirmar que las treinta y seis leyes publicadas en 21 de Marzo de 1804 (30 ventoso XII), constituyendo un solo cuerpo con el nombre de Código civil de los franceses, responden de una manera adecuada a las aspiraciones de su tiempo, combinadas con los preceptos legislativos vigentes en la antigua Francia, por cuyo motivo se confirmó al Código «*el carácter profundamente nacional que los mejores jueces le reconocen*».

Si desacertada es la opinión del Ministro de Justicia turco Mahmoud Essad, cuando expone el carácter de la codificación en Ale-

(1) Véase, por ejemplo, la reglamentación del testamento ológrafo, en Saleilles, *L'article 270 du Code civil français et le paragraphe 2.231 du Code civil allemand*, en *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1903, pág. 387, y 1904, pág. 89.

(2) Colin y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo I, página 31, traducción española de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

mania y en Francia, aun se pone más de relieve su equivocación respecto de la codificación suiza, que, lejos de suprimir de un golpe todos los derechos consuetudinarios, creando una ley uniforme «*totalmente diferente a las precedentes*», lo que hizo fué crear una ley «*nacional*», que representa menos la razón escrita de los jurisconsultos que la conciencia escrita de la nación (1).

En primer término debe advertirse que el Código no modificó la legislación especial de la Confederación sobre materias tan importantes como la propiedad literaria y artística, ferrocarriles, expropiación, seguros, etc., y además, que no sólo respeta los usos y costumbres locales (artículos 5.º, 643, 644, etc.), sino que expresamente reserva al derecho cantonal partes interesantes del derecho privado (artículos 59, 472, 686, 688, etc.). Los Estados confederados, después de la codificación, tienen un ancho campo donde desplegar su actividad legislativa de carácter civil (2).

Precisamente la codificación suiza, lejos de representar un caso de imposición de la voluntad del legislador, significa la aplicación del método más democrático que puede utilizarse en la formación de la ley. Así lo hacen notar Rossel y Mentha, cuando dicen que «si el Código alemán es una obra de gabinete, que surgió de las deliberaciones oficiales de una Comisión, el nuestro, después de haber sido preparado por uno de nuestros más eminentes jurisconsultos (3), fué sometido, desde su primer bosquejo, a la discusión pública. Las Cámaras, la Prensa, los hombres de ley, las Sociedades políticas, industriales y comerciales, todas las clases de la población, y hasta el simple ciudadano, tomaron parte activa y aseguraron su preciosa colaboración»... «Así, el deber del redactor del anteproyecto, y el de los Poderes públicos, fué conectar su obra con el pasado, sin contrarrestar la evolución normal de nuestro derecho privado»; creándose «*este derecho nacional de fon-*

(1) Rossel et Mentha: *Manuel du Droit civil suisse*, I, pág. 44, y Jerónimo González: *Estudios de Derecho hipotecario*, 1924, pág. 258.

(2) Así se hace constar en una *Memoria* publicada por el Departamento federal de Justicia y Policía de Suiza, el 24 de Julio de 1908, y que citan Rossel y Mentha en la obra expresada.

(3) Recuérdese que el Código suizo actual está basado en los proyectos de M. Huber, revisados en 1900 por una Comisión compuesta por el mismo Huber, Gobat, Mentha, Reichel y Rossel.

do y de forma». ¡Qué distinto es todo esto al pensamiento del legislador turco!

De cuanto llevamos expuesto se deriva el error con que el Ministro de Justicia turco proclamaba desde la exposición de motivos del Código civil «la derrota de la escuela histórica». Sin pretender ahora descifrar el proceso interno de la formación de la norma jurídica, ni tampoco el problema de la existencia de una fuente unitaria de la misma, porque, aparte de su exagerada magnitud en relación con nuestros medios, estos estudios requieren un mayor adelanto en los de Psicología social, según dijo Clemente de Diego (1). Basta, para los efectos de este pequeño ensayo, con recordar la doctrina de los comentaristas citados, para que resulte bien de relieve, que los legisladores occidentales siempre hubieron de creer en la omnipotencia de sus facultades, porque sabían muy bien que el gobernante está ligado por el derecho objetivo, que el Estado es, según la expresión alemana, un Estado de derecho (un *Rechtsstaat*) (2), y que la producción del Derecho civil es, ante todo, un hecho humano, cuyo sujeto es la comunidad organizada y no el individuo, aunque detente la fuerza gobernante.

A nuestro juicio, en la exposición de motivos del Código civil de Turquía se sufre una confusión entre dos ideas distintas: entre el carácter omnipotente del legislador y su función codificadora con miras unificadoras, sobre todo durante los períodos revolucionarios.

Cuando el legislador aclara, regulariza y armoniza los confusos preceptos vigentes en un pueblo, con el fin de dotarle de una ley única, ciertamente que no aspira a que prevalezca su propia voluntad o sentimiento jurídico sobre el de la colectividad, aun cuando en algunos casos tenga que resolver conflictos entre normas jurídicas contradictorias, declarando cuál de ellas debe prevalecer y cuáles han de sucumbir en la lucha, por representar intereses sociales menos dignos de protección y respeto. Esta labor ya fué prevista por la escuela histórica y por las doctrinas orgánicas al explicar el proceso de la concepción y producción del derecho.

Cuando surge un desequilibrio entre el orden jurídico estable-

(1) Clemente de Diego: *Curso de Derecho civil*, I, pág. 402.

(2) Duguit: *Derecho constitucional*, pág. 33.

do y los postulados del derecho en su marcha evolutiva dentro de cada pueblo, aparecen las revoluciones. Hoy la revolución es un fenómeno patológico que ofrece especial interés en el campo del derecho (1), donde, sin embargo de su existencia, se reconoce la eterna unidad y continuidad histórica de la vida (2). El legislador revolucionario, pues, tampoco debe aspirar a imponer su voluntad, sino tan sólo a encauzar el movimiento de las masas, poniendo su raíz en el pasado, destruyendo lo decrepito y construyendo sólidamente con miras al futuro.

En la exposición de motivos del Código turco, al observar el fenómeno destructor de ciertas instituciones jurídicas atrasadas, mediante la obra codificadora occidental, se pensó que esto era debido a la omnipotencia del legislador para crear la norma jurídica e imponerla al pueblo, sin sospechar quizás las verdaderas causas: la necesidad de resolver los conflictos existentes entre normas jurídicas de desigual valor y la necesidad de dar cabida al orden jurídico nuevo, dentro siempre de la evolución, como suprema regla de la biología social.

Olvidadas estas fundamentales razones, y tomando el efecto por la causa, nada tiene de extraño que los gobernantes de Turquía creyeran que su labor tiene un carácter jurídico análogo al de las codificaciones de Europa occidental, cuando realmente representa la creación e imposición de una norma jurídica extraña al pueblo turco.

Quizá sea debido este error a la manera de concebir la evolución histórica de la humanidad, muy de acuerdo con la doctrina del siglo pasado, que enhebraba, uno tras otro, los fenómenos sociales, sin tener en cuenta las diferencias etnológicas de cada pueblo. La nueva ciencia etnológica ha descubierto la decisiva influen-

(1) Después de los clásicos estudios de Benjamín Constant, Locke, Santo Tomás, etc., sobre la legitimidad de los períodos revolucionarios que surgen contra los gobernantes que actúan fuera del Derecho, hoy se están realizando profundos estudios sobre esta importante materia: S. Rohatyn, en la *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1930, págs. 193 y 227, escribió un documentado trabajo sobre *Die juristische Theorie der Revolution*, etcétera.

(2) Domenico Antonio Cardone: *La Teoria della rivoluzione*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1932, pág. 101. Dr. Herrfardt: *Revolución y ciencia del Derecho*, trad. *Rev. Derecho Privado*, 1932.

cia de las razas sobre las instituciones jurídicas y sociales, y por esta razón, más que a la similitud de instituciones entre todos los pueblos del mundo, atiende a la evolución completa de cada materia dentro de cada civilización (1).

Si el legislador turco ha querido investigar el proceso de la formación de la norma jurídica sin tener en cuenta la diferencia de razas entre los países orientales y occidentales, nada tiene de particular que incurriera en los errores apuntados, atribuyendo a su obra un carácter jurídico bien diferente al que en realidad tiene.

La codificación en Turquía, pues, significa la afirmación de la omnipotencia de los gobernantes, imponiendo de grado o por fuerza su convicción jurídica a la masa de ciudadanos. Este fenómeno aun no se ha dado en los pueblos occidentales.

Quizá hubiera acertado mejor el Ministro turco Mahmoud Esad si en lugar de comparar su obra codificadora con la occidental, dirige su mirada a otro pueblo de mansedumbre oriental: al pueblo ruso. En Rusia, dice Leroy-Beaulieu, la noción de ley equivale a la expresión de una voluntad individual, poderosa y fuerte, mas pasajera y mutable (2); por eso, al heredar el Gobierno de los Soviets todo el poder que antes ejercían los zares, hubieron de transformar el alma del pueblo mediante simples fórmulas legales, sin conexión, en su mayor parte, con la historia jurídica del país. En el artículo 6.º de la ley de Introducción al Código civil ruso, publicada en *Izvestiia* de 12 de Noviembre de 1922, se establece con toda claridad que «está prohibida la interpretación de las disposiciones del Código sobre la base de leyes dictadas por el gobierno caído y la práctica de los Tribunales antes de la Revolución» (3).

Son, pues, notorias las semejanzas que se observan entre los caracteres de la codificación, en Rusia y en Turquía. Ambos legisladores sobre las ruinas del pasado nacional pretenden levantar una obra legal enteramente nueva.

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia.

(Continuará.)

(1) F. Graebner: *El mundo del hombre primitivo*.

(2) Anatole Leroy-Beaulieu: *L'Empire des tsars et les russes*, París, 1897, I, p. 276, y II, pág. 285.

(3) Jules Patouillet: *Les Codes de la Russie soviétique*, París, 1925.